

Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales



Mémoire de Master 2 Droit du Travail

**La vie privée du salarié à l'épreuve des Technologies
de l'Information et de la Communication (TIC)**

Mémoire réalisé par Naïs BESSAYAH

Encadré par Monsieur Bernard BOSSU

Année 2020-2021

Sommaire

SOMMAIRE	3
TABLE DES ABRÉVIATIONS	5
INTRODUCTION	7
CHAPITRE I : LE RESPECT DE LA VIE PRIVÉE SOUMIS AU PRINCIPE DE LOYAUTÉ DANS L'USAGE DES TIC	18
SECTION I : UNE APPRÉCIATION ÉTENDUE DE L'OBLIGATION DE LOYAUTÉ DE L'EMPLOYEUR	18
SECTION II : UNE APPRÉCIATION RIGIDE DU DEVOIR DE LOYAUTÉ DU SALARIÉ	43
CONCLUSION INTERMÉDIAIRE	59
CHAPITRE II : LE RESPECT DE LA VIE PRIVÉE SOUMIS À L'EXTENSION DU POUVOIR DE DIRECTION DANS L'USAGE DES TIC	60
SECTION I : L'EXERCICE DU POUVOIR DE DIRECTION AU SEIN DE L'ENTREPRISE	60
SECTION II : L'EXERCICE DU POUVOIR DE DIRECTION EN DEHORS DE L'ENTREPRISE	76
CONCLUSION GÉNÉRALE	95
BIBLIOGRAPHIE	97
TABLE DES MATIÈRES	111

Remerciements

Avant toute chose, je tiens à remercier le Professeur BOSSU d'avoir accepté de m'encadrer dans la réalisation de ce mémoire.

Je voudrais également remercier l'ensemble des professeurs et intervenants du Master II, qui, au travers de leurs cours, ont su guider mes réflexions.

Mes remerciements s'adressent également à l'ensemble du cabinet CALIFANO-BAREGE pour m'avoir chaleureusement accueillie et formée durant une année. Je remercie tout particulièrement Julien CORTOT pour sa disponibilité et ses judicieux conseils m'ayant permis d'élaborer de mon mémoire.

Enfin, j'exprime toute ma gratitude envers ma mère, pour avoir pris le temps de me relire et de me corriger, ainsi qu'à l'ensemble de mes proches, pour leur soutien inconditionnel et leurs encouragements.

Table des abréviations

Analyse d'impact relative à la protection des données :	AIPD
Accord national interprofessionnel :	ANI
Article :	art.
Bulletin de la chambre civile de la Cour de cassation :	Bull. civ.
Chambre civile de la Cour de cassation :	Cass. civ.
Chambre criminelle de la Cour de cassation :	Cass.crim.
Chambre mixte de la Cour de cassation :	Cass. mixte.
Chambre sociale de la Cour de cassation :	Cass. soc.
Code civil :	C. civ.
Code de procédure civile :	CPC
Code du travail :	C. trav.
Code pénal :	C. pen.
Collection :	Coll.
Comité social et économique :	CSE
Commission National 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
Déclaration universelle des droits de l'homme :	DUDH
Délibération :	délib.
Droit ouvrier :	Dr. ouv.

Droit social :	Dr. soc
Edition :	Ed.
Fascicule :	Fasc.
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.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques	PICDP
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
Universal serial bus :	USB
Volume :	Vol.

Introduction

« *La liberté du peuple est dans sa vie privée ; ne la troublez point* »¹

Depuis la philosophie des Lumières², l'Homme n'a eu de cesse de se questionner sur la nécessité de disposer d'un espace de quiétude aux fins d'y exercer ses libertés individuelles, à l'abri de toute intervention étrangère³. S'il s'agissait pour Saint-Just de réduire les immixtions étatiques au sein du cercle privé, la nécessité de disposer d'un tel espace, distinct de la vie en communauté, au sein des relations de travail s'est rapidement posée. Toutefois, de nos jours, la quête pour le salarié d'une jouissance inconditionnée de sa vie privée, émancipée de toute intervention de l'employeur⁴, demeure encore inachevée. Par ailleurs, la recherche d'une protection effective de la vie privée du salarié n'a jamais autant été d'actualité, à l'aune du développement exponentiel des outils techniques et informatiques. A l'époque simple reflet des doléances révolutionnaires, la notion de vie privée reprise par « l'Archange de la Révolution » continue irrémédiablement de faire écho aux revendications contemporaines de notre société, face aux risques technologiques⁵.

Intemporelle, la vie privée se révèle être une notion évolutive, appréhendée de tout temps par les individus⁶. Concept sensible aux mœurs des sociétés et des époques, la vie privée a souvent été la source de conflits « de valeurs et d'intérêts »⁷, tant politiques que juridiques, ayant permis de dévoiler l'ampleur de son contenu. Néanmoins, son caractère protéiforme⁸ au grès des politiques juridictionnelles a considérablement complexifié la notion, de sorte qu'il apparait désormais difficile d'y apporter une définition unique et exhaustive⁹.

A contrario de la vie publique, inévitablement connue de tous¹⁰, la vie privée correspond pour Gérard CORNU « à la sphère d'intimité de chacun et ce qui, dans la vie de

¹ SAINT-JUST, « *Du droit social* », Fragments sur les institutions républicaines, III, 4, 1800

² DETRAIGNE Y., ESCOFFIER A.-M., « *Rapport d'information sur la vie privée à l'heure des mémoires numériques. Pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information* », 2009

³ CONSTANT B., « *Œuvres politiques* », 1874

⁴ BADINTER R., « *Le droit au respect de la vie privée* », JCP 1968, I, 2.136

⁵ BOUCHET H., « *La cybersurveillance des salariés* », Bull. soc. F. Lefevre 7/01, p. 329

⁶ ARIES P., DUBY G., « *Histoire de la vie privée. De l'Empire romain à l'an mil* », Points Histoire, n°260, 1999

⁷ RIGAUX F., « *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité* », Bruylant, Bruxelles 1990

⁸ BERSSET-BIRCHER V., « *Les systèmes d'information et la vie privée du salarié : analyse en droit européen, en droit suisse et en droit français* », Thèse de droit privé, Université de Strasbourg, 2013

⁹ CEDH, 4 décembre 2008, req. n°30562/04, Marper c/ Royaume-Uni

¹⁰ Dictionnaires Le Robert - Le Grand Robert de la langue française

chacun, ne regarde personne d'autre que lui et ses intimes, s'il n'a consenti à le dévoiler »¹¹. En d'autres termes, la vie privée serait la face cachée (et choisie) d'un individu, au sein de laquelle seul ce dernier pourrait avoir un droit de regard¹². Dès lors, l'Homme se retrouve au cœur de la notion de vie privée, comme unique décisionnaire capable de revendiquer et déterminer la publicité des informations le concernant¹³.

Ces facultés lui octroient d'ailleurs le pouvoir d'écarter les tiers de son espace secret¹⁴. La notion de vie privée inclut le droit pour l'individu de préserver son intimité à l'abri d'une quelconque ingérence extérieure¹⁵ : elle s'entend comme « *un mur* », délimitant les espaces confidentiels de ceux dévolues aux intrusions du monde extérieur¹⁶. En définitive, la vie privée accorde à l'individu un privilège, celui du secret, lui permettant d'occulter librement une partie de sa vie.

La consécration d'une protection de l'intimité de la vie privée a été le fruit d'une prise de conscience des plus timides. Déjà soulevé aux temps de la Révolution¹⁷, ce n'est qu'à partir de la seconde moitié du XXème siècle que le concept de respect de la vie privée s'est émancipé de l'ombre. En effet, les nombreuses menaces et atteintes sur les droits des individus, produits de conflits mondiaux et plus particulièrement de la Seconde guerre mondiale, ont alors insufflé un mouvement tendant à vouloir asseoir l'individu « au cœur de nos systèmes juridiques démocratiques »¹⁸.

Progressivement, la vie privée va s'affirmer comme un droit de l'Homme, individuel et singulier. D'abord revendiqué largement sur le plan international, où toute immixtion « arbitraire ou illégale » dans la vie privée est largement prohibée¹⁹, les institutions

¹¹ CORNU G., « *Vocabulaire juridique* », 13è éd., PUF, 2020, p. 1064

¹² KERNALEGUEN F., « *Brèves remarques sur la vie privée du salarié* », Mélanges en l'honneur de Henry Blaise, 1995

¹³ PEYRAT-GUILLARD D., « *Quels enjeux pour les entreprises et les organisations syndicales ?* », Rev. française de gestion, 2012, p.153

¹⁴ CARBONNIER J., « *Droit civil* », t. 1, n° 71, éd. 1980

¹⁵ BAREGE A., BOSSU B., « *Un fait tiré de la vie privée ne peut constituer une faute* », La Semaine Juridique Social, n° 28, 10 Juillet 2007, 1538

¹⁶ HALPERIN J.-L., « *Protection de la vie privée et privacy : deux traditions juridiques différentes ?* », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, vol. 48, n°. 3, 2015, pp. 59-68.

¹⁷ Notamment Saint-Just, Royer-Collard ou encore Robespierre

¹⁸ CANAS S., « *L'influence de la fondamentalisation du droit au respect de la vie privée sur la mise en oeuvre de l'article 9 du code civil* », Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°48, 2015, p.47

¹⁹ DUDH, 10 décembre 1948, art. 12 (JORF, 19 février 1949) - PIDCP, 16 décembre 1966, art. 12 (JORF 1^{er} février 1981)

européennes vont également largement se saisir de la notion en assurant « un droit au respect de la vie privée et familiale » pour chaque individu²⁰.

En droit interne, la protection de la vie privée a tardé à trouver son effectivité. Notion absente du Code civil de 1804 et de la Constitution, ce n'est qu'à partir de la loi du 17 juillet 1970²¹ que le droit au respect de la vie privée a bénéficié d'une sacralisation légale. L'article 9 du Code Civil confère dès lors aux citoyens français un nouveau droit subjectif, en posant le principe selon lequel « *Chacun a droit au respect de sa vie privée* ». Son efficience est consolidée par le dispositif punitif qui l'accompagne, sanctionnant les délits d'atteinte à la vie privée²². Toutefois, au regard de ses larges composantes²³ étroitement liées au domicile, à la protection du droit à l'image ou encore à la protection des relations intimes, la vie privée a été confrontée à des risques d'atteintes aussi accrus que diversifiés. Pour assurer sa pleine autonomie et davantage de protection à cette notion qualifiée par la doctrine de « concept attrape-tout »²⁴, le Conseil Constitutionnel a conféré une valeur constitutionnelle au droit au respect de la vie privée dans une décision du 23 juillet 1999, en la rattachant à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁵. Tirant sa vigueur du bloc de constitutionnalité, le droit au respect de la vie privée s'affirme comme un droit fondamental et immuable des plus précieux²⁶.

« *Le droit n'est pas donné mais se construit* »²⁷. Originellement conçu pour se protéger des regards extérieurs, le droit à la vie privée s'est pourtant paradoxalement élargi vers la possibilité de tout à chacun de disposer de son libre-arbitre. Inspirée par les élans personnalistes²⁸ et la notion de « *privacy* » en droit américain²⁹, la vie privée n'est plus seulement limitée au secret de l'intimité de l'individu, qu'il ne voudrait voir dévoiler, mais au

²⁰ Charte droits fondamentaux de l'Union Européenne, 7 décembre 2000, art. 7 – CESDH, 4 novembre 1950, art. 8

²¹ Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, JORF du 19 juillet 1970, p. 6751.

²² C. pen., art. 226-1

²³ MAZEAUD V., « *La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée* », Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel, juin 2015, n°48, p7

²⁴ GAUTIER P.-Y., « *La preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la « vie privée » des salariés* », Recueil Dalloz, 2001, p. 3148

²⁵ Cons. const., 23 juill. 1999, n° 99-416 DC, JO 28 juill

²⁶ BAREGE A., BOSSU B., « *L'éthique et le rapport de travail* », tome 47, 2012

²⁷ CAYLA O., « *L'indicible droit naturel de François Génys* », Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique, SHFD, 1988, pp.102-122

²⁸ LYON-CAEN A., « *Vie privée et entreprise* », Rev. Justice et cassation, 2018

²⁹ MORGENROTH T., « *La vie privée en droit du travail* », Thèse de doctorat. Droit privé. Lille : Université de Lille 2 – Droit et Santé, 2016. p. 474

contraire au « *droit à être perçu tel que l'on est* » et « *le droit de vivre comme on veut* »³⁰. Au-delà de disposer de la faculté « de tenir les tiers en lisière d'un domaine réservé »³¹, le droit au respect de la vie privée induit désormais un droit à l'autonomie, permettant à chaque individu de mener son existence à sa guise³², y compris à la vue du monde extérieur³³. La vie privée ne désigne plus seulement le cercle des intimes : elle comprend également la liberté pour l'individu de tisser des liens et relations avec ses semblables³⁴, de se comporter comme il l'a entendu dans cette partie privilégiée de sa vie³⁵ et d'y développer pleinement sa personnalité.

L'essor de ce droit de disposer de soi-même³⁶ apparaît légitime, dans la mesure où le citoyen est un être affranchi, dans la limite de l'espace normatif au sein duquel il évolue. La maxime « Nul n'est censé ignorer la loi » n'en est d'ailleurs que le bref rappel. De fait, à la condition de ne pas en faire un usage proscrit, le citoyen dispose d'un droit à la tranquillité, semblant mobilisable à l'envie. Il lui permet de légitimer sa liberté de faire et contrôler les informations qui lui sont propres. Pour autant, si le respect de la vie privée de l'Homme dans la cité ne pose plus de difficulté, celui de l'Homme dans l'entreprise est apparu plus délicat en raison de son assujettissement à la loi contractuelle.

Dès la conclusion de son contrat de travail, le citoyen consent à se soumettre à la subordination de son employeur. Devenu salarié, il se retrouve dans un état de dépendance, sous les ordres de celui pour lequel il doit effectuer des tâches. Cette autorité naturelle de l'employeur découlant du contrat de travail se manifeste par un triptyque de pouvoirs, celui de direction, gestion et enfin disciplinaire. Dès lors, au temps et lieu de travail, le salarié est soumis à son employeur dans l'exécution des tâches contractuelles qui lui sont dévolues. L'exercice libre et autonome de la vie privée du salarié se confronte à ses premières frontières, celles de la vie professionnelle.

Au cœur de cette vie professionnelle, l'autorité de l'employeur est rapidement apparue comme une compétence supplémentaire lui permettant de s'interposer au sein de la vie privée

³⁰ LEPAGE A., « *Droits de la personnalité* », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2009, n°118

³¹ CORNU G., « *Droit civil* », Tome I, 5^e éd., n° 513

³² Conclusions Cabanes prises dans CA Paris, 7^eme chambre, 15 mai 1970

³³ CEDH, 7 février 2012, req. n° 40660/08 et 60641/08, Von Hannover c/ Allemagne

³⁴ CEDH, 16 décembre 1992, req. n°13710/88, affaire Niemietz c/ Allemagne

³⁵ KAYSER P., « *La protection de la vie privée par le droit* », Economica, 3^e éd., 1995, n° 1, p. 11.

³⁶ MORGENROTH T., *op. cit.*

du salarié aliéné³⁷. En ce sens, les doctrines de l'époque approuvaient l'exercice sans borne du pouvoir de direction. L'employeur considéré comme une figure paternaliste intangible, il était largement admis qu'il pouvait disposer d'un « *pouvoir de contrôle sur la vie des travailleurs, hors de l'entreprise* »³⁸. L'employeur revêtait alors une double casquette de juge et de chef d'entreprise, en fondant la rupture du contrat de travail du salarié sur des faits relevant de sa vie privée, dès lors que ces derniers entraient en conflits avec les intérêts de l'entreprise³⁹ ou étaient manifestement contraires à la morale⁴⁰.

Cette situation critique, renforçant les inégalités⁴¹ au détriment du salarié partie faible au contrat, a justifié l'édification d'une protection particulière du droit au respect de la vie privée des travailleurs. En effet, la vie privée est un droit fondamental inaliénable, qui ne peut être bafoué légitimement par la seule caractérisation du statut de salarié. Cette conception protectrice de la vie privée s'est largement développée sous la politique du Ministre du travail Jean AUROUX, dans les années 1980, avec l'idée selon laquelle : « *Citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans l'entreprise* »⁴². Les lois du 4 août 1982, et particulièrement celle relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise⁴³, ont permis de concrétiser cet idéal, en affirmant que le salarié jouit de ses droits de citoyen et d'homme libre, au sein même de l'entreprise. Il n'est plus question de droits des travailleurs en entreprise mais bien des droits de l'individu au travail⁴⁴.

Par un travail de concert, le législateur et les magistrats du Quai de l'Horloge se sont dès lors efforcés de rappeler que le salarié et l'Homme sont les deux faces d'une même pièce⁴⁵. Le travailleur, au même titre que le citoyen, est dépositaire de libertés individuelles, qui ne peuvent être effacées au nom de l'impératif de production⁴⁶. Quand bien même il est admis que

³⁷ LYON-CAEN A., « *Les libertés publiques et l'emploi* », La documentation française, 1992

³⁸ DURAND P., JAUSSAUD R., « *Traité de droit du travail* », Dalloz, 1947, Tome I, n° 356

³⁹ WAQUET P., « *La vie personnelle du salarié* », Dr. Social, 2004, p.23

⁴⁰ LYON-CAEN A., « *Vie privée et entreprise* », *op. cit*

⁴¹ DOCKES E., « *Droit du travail* », Relations individuelles, HyperCours, 5 avril 2007

⁴² AUROUX J., « *Les droits des travailleurs* », Rapport au Président de la République et au Premier ministre, La documentation française, septembre 1981

⁴³ Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, art. 1, JORF 6 août 1982

⁴⁴ LAIGNEAU M., RAY J.-E. et MATHIEU B., « *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux* », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2011/2, p. 193

⁴⁵ RICHARD DE LA TOUR J., « *La vie personnelle du salarié* », Rapport annuel de la Cour de cassation, La Documentation française, 1999

⁴⁶ BOSSU B., « *Surveillance au travail : une loyauté partagée* », Recueil du droit du travail, 2020, p.406

la vie privée ne peut bénéficier des mêmes garanties au sein et hors du domicile, elle ne peut être dépouillée de toute protection lorsque l'individu franchit les portes de l'entreprise⁴⁷.

Cette consécration du droit respect de la vie privée du salarié au travail a amené à une extension de ce champ de protection bien au-delà des frontières de l'entreprise. Au regard de l'appréciation trop largement étendue du pouvoir de direction de l'employeur par la jurisprudence d'antan, les juges se sont saisis d'une mission de rééquilibrage des intérêts en présence, en limitant les prérogatives de l'employeur face à l'application de certains droits individuels menacés⁴⁸. La Cour de cassation a estimé nécessaire de reconnaître explicitement que le lien de subordination n'abolit pas la liberté du salarié, surtout lorsque celui-ci ne se trouve ni au temps ni au lieu du travail⁴⁹. Cette conception apparaît d'autant plus raisonnable que l'employeur tire l'essence de son pouvoir de direction du contrat de travail : en dehors de l'exécution du contrat et des portes de l'entreprise, l'employeur perd toute légitimité de disposer de ses attributs de responsable et reprend son statut d'individu au même titre que le salarié.

Se fondant sur les précieux conseils prodigués au sein du rapport de Gérard LYON-CAEN⁵⁰, la Haute juridiction a ainsi développé la notion prétorienne de vie personnelle du salarié. D'abord mobilisé pour écarter l'ingérence de l'employeur dans le cadre de la vie extra-professionnelle du salarié⁵¹, le concept de vie personnelle a finalement été largement entendu en conférant une protection au travailleur sur l'ensemble des éléments ne relevant pas directement de l'intimité de sa vie privée. *De facto*, le respect de la vie privée du salarié se trouve aussi bien garantie pendant son temps du travail qu'en dehors de l'exécution de son contrat. D'apparence contraires et indépendantes, la sphère privée et professionnelle du salarié se rencontrent et se recoupent pour donner vie à l'existence d'une vie privée au sein de l'entreprise, échappant à l'autorité de l'employeur. Cette conception a d'ailleurs été consacrée par un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 14 mai 1997, qui proclame que «

⁴⁷ KERNALEGUEN F., « Brèves remarques sur la vie privée du salarié », Mélanges en l'honneur de Henry Blaise, 1995, p. 269

⁴⁸ Cons. const., déc. 18 janv. 1995, n° 94-352 DC

⁴⁹ WAQUET P., « Trouble objectif : le retour à la case « départ » », La semaine sociale lamy, 10 septembre 2007, n°1319

⁵⁰ 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.

⁵¹ Cass. soc. 17 Mai 1982 n° 80-16.541

les agissements du salarié dans sa vie personnelle ne sont pas constitutifs d'une cause de licenciement »⁵².

Loin d'évincer la notion de vie privée, la vie personnelle constitue, *a contrario*, un rempart supplémentaire pour la protéger. D'ailleurs, la notion de vie privée est davantage mobilisée par la Juridiction suprême, comme avec l'arrêt NIKON énonçant « *que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée* »⁵³. Alors que la vie privée est une notion civiliste qui bénéficie à chaque citoyen, la vie personnelle est un concept travailliste, uniquement relatif à l'autonomie du salarié sur l'autorité patronale⁵⁴. Pour reprendre l'expression du doyen Philippe WAQUET : « *La vie privée apparaît comme le donjon de la vie professionnelle, comme un sanctuaire particulièrement protégé* »⁵⁵.

La vie privée du salarié est droit fondamental vaste et étendu, ne trouvant à première vue ses limites que dans l'accomplissement des prérogatives professionnelles du travailleurs. Toutefois, la révolution numérique du XXIème siècle est en train de bouleverser ce paradigme juridique progressivement construit. Les (nouvelles) technologies de l'information et de la communication (N)TIC ont envahi les moindres recoins de notre société, perturbant « la perception que l'homme a de la réalité, et plus précisément des notions d'espace-temps »⁵⁶. Les TIC sont définis comme les techniques utilisées dans « la transmission et le traitement des informations »⁵⁷ ou comme « un ensemble d'outils et de ressources technologiques permettant la création, la transmission, la diffusion, le partage et l'échange des informations »⁵⁸. Ils concernent ainsi l'ensemble des outils informatiques, tels que le smartphone ou l'ordinateur mais aussi les instruments numériques permettant une télécommunication virtuelle comme les réseaux sociaux ou les mails. Efficaces de jour comme de nuit en n'importe quel lieu, les TIC sont omniprésents et s'insèrent dans tous les pans de notre vie quotidienne, dont la vie professionnelle.

⁵² Cass. soc., 14 mai 1997, n° 94-45.473, Bull. civ 1997, n° 175

⁵³ Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, Bull. civ 2001, n° 291

⁵⁴ LYON-CAEN A., VACARIE I., « *Droits fondamentaux et droit du travail* », Mélanges en l'honneur de J. M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 421

⁵⁵ WAQUET P. op. cit.

⁵⁶ BRYON-PORTET C., « *Les bouleversements de l'espace-temps. Vers une redéfinition des pratiques commémoratives et de leurs lieux consacrés à l'ère des TIC* », Communication, 2012, n° 30

⁵⁷ TRICOIT J.-P., « *Recrutement, rupture du contrat de travail et TIC* », La Semaine Juridique, Ed. sociale, 2013, n° 40, p. 6

⁵⁸ Site internet de l'Unesco

Les TIC ont passablement transformé le paysage juridique en droit du travail. Elles ont permis d'octroyer de nombreux avantages tant pour le salarié, en favorisant son autonomie, que pour l'employeur, bénéficiaire de gain de productivité : les données sont informatisées, les rapports entre employeur/salarié numérisés et l'organisation du travail métamorphosée. Toutefois, les horizons de notre monde ultra connecté sont loin d'être utopiques. La transformation du citoyen « *homo sapiens* » en « *homo numericus* »⁵⁹ entraîne des conséquences sur sa vie privée, devenue cible d'atteintes en permanence. Au sein d'une ère digitale de l'instantanéité, bercée par l'utilisation intensive des modes contemporains d'informations et de communications, les frontières entre la vie privée et publique se confondent et la distinction entre vie professionnelle et personnelle devient poreuse.

Au cœur de ce tourbillon numérique, le citoyen et le salarié sont devenus la même face d'une pièce. Avec l'apparition des TIC, le salarié n'est plus coupé du monde⁶⁰. Constamment sollicité, cette ininteruption technologique provoque un véritable bouleversement de la « *summa divisio vie personnelle/vie professionnelle* »⁶¹ : se livrant à ses occupations personnelles au cours de sa prestation de travail, le travailleur se consacre de la même manière à ses prérogatives contractuelles pendant son temps personnel. En ce sens, les enquêtes ont démontré que l'utilisation de l'ordinateur familial au sein du domicile était largement dédiée à la poursuite de l'activité de travail⁶². Le domicile, espace de tranquillité de référence, devient paradoxalement une nouvelle terre d'accueil pour exécuter la prestation de travail. L'autonomie conférée par les TIC est en réalité illusoire, renforçant au contraire une plus grande dépendance à l'égard de son employeur⁶³.

Les TIC ont un impact sur la vie privée du salarié au sein même de l'entreprise. Celle-ci n'est plus le seul lieu d'exécution du travail mais une véritable plateforme permettant de développer une activité sociale (et virtuelle)⁶⁴. Ne sachant plus délimiter ce qui relève de sa vie personnelle ou professionnelle, le salarié use, et parfois abuse, des instruments technologiques mis à sa portée. Or s'il est acquis que le salarié bénéficie d'une protection de sa vie privée en entreprise, l'employeur demeure en droit de l'encadrer lorsque celle-ci s'exerce au détriment

⁵⁹ DETRAIGNE Y., ESCOFFIER A.-M., op. cit.

⁶⁰ RAY J.-E., « *Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination* », Dr. Social, 1992, p. 525

⁶¹ RAY J.-E., « *Vies professionnelles et vies personnelles* », Dr.social, 2004, p. 5

⁶² RAY J.-E., *ibid*

⁶³ RADE C., « *Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination* », Dr.soc, 2002, p. 26

⁶⁴ DABOSVILE B. , « *Le «téléprivé»* », Dalloz actu, 4 février 2019

de sa prestation de travail⁶⁵. Investi d'un pouvoir de direction, l'employeur bénéficie d'une pleine compétence de contrôle, qu'il doit exercer comme un devoir en sa qualité de chef d'entreprise⁶⁶. Pour autant l'utilisation des TIC au profit d'une surveillance de ses subordonnés renforce la menace pesant sur l'ensemble des droits individuels du travailleur, dont sa vie privée au travail. Autrefois opéré par l'Homme, le contrôle des salariés s'effectue désormais insidieusement, par des procédés technologiques de plus en plus sophistiqués. Comme le reprenait le visionnaire Professeur LYON-CAEN, les nouvelles techniques placées entre les mains des entreprises peuvent devenir des sources intarissables d'abus, offrant aux mains de l'employeur des moyens puissants de connaissance, de pouvoir, et de contrôle⁶⁷.

Autrefois considérés comme boucliers, les TIC se révèlent progressivement comme des armes d'intrusion redoutables au sein de la vie privée du salarié. Leur développement ravive les controverses sur la difficile conciliation entre l'exercice des droits et libertés fondamentales des salariés et la bonne administration de l'entreprise par l'employeur. Les récents débats laissant supposer la présentation d'un QR Code⁶⁸, synonyme de vaccination contre le COVID 19, comme condition *sine qua non* pour accéder à son lieu de travail, ne peuvent qu'en témoigner. Si l'essor numérique et technologique a progressivement modifié les rapports établis entre le salarié et l'employeur⁶⁹, il amène surtout à la nécessité de réétudier l'équilibre entre les pouvoirs de l'employeur et le déploiement de la vie privée du salarié. Avec l'apparition des TIC et les mutations de la société qu'elles génèrent, la vie privée du salarié se trouve contrariée entre l'extension de son périmètre et les possibles immixtions engendrées, conséquences directes de son expansion. Confrontée à une abolition progressive des cloisons avec la sphère professionnelle, la vie privée se retranche dans ses propres limites amenant à se demander si **l'utilisation des TIC au service des parties au contrat de travail garantie-t-elle une préservation suffisante de la vie privée du salarié ?**

Malgré les incertitudes doctrinales, la notion de vie privée n'est pas morte⁷⁰. Imprescriptible et perpétuel, le droit à la protection de la vie privée du salarié se transforme au gré des innovations technologiques et se conçoit désormais davantage comme une liberté : la

⁶⁵ AUZERO G., BAUGARD D., DOCKES E., « *Droit du travail* », Précis Dalloz, 34^e édition, 2021

⁶⁶ BOSSU B., « *Surveillance au travail : une protection du salarié en recul* », Hebdo édition sociale, Lexbase, n°870, 24 juin 2021

⁶⁷ LYON-CAEN G., « *Les libertés publiques et l'emploi* », La documentation française, 1992.

⁶⁸ Code-barres à réponse rapide

⁶⁹ RADE C., *op. cit.*

⁷⁰ FALQUE-PIERROTIN I., « *Présentation du 35^{ème} rapport d'activité 2014* », CNIL, 16 avril 2015

vie privée n'a pas disparu, elle s'est individualisée⁷¹. En ce sens, les TIC ont été un instrument d'autonomie ayant contribué à l'affranchissement progressif des frontières de la vie privée du salarié au-delà du domaine extracontractuel. Hors de cette zone de confort, la vie privée du travailleur se confronte à la curiosité des tiers, dont celle l'employeur.

La vie privée du salarié ne demeure plus un concept immaculé. Fruit d'une longue évolution jurisprudentielle, elle doit faire face à l'employeur, garant des intérêts de l'entreprise et de l'exécution du contrat de travail du salarié. Si la prise en compte de la vie privée du travailleur est une contrainte obligatoire dans l'exécution de ses pouvoirs, l'employeur ne perd pas pour autant sa capacité de faire valoir ses droits en tant que chef d'entreprise. Par conséquent, l'exercice de la vie privée du salarié n'est pas illimité : il doit s'apprécier au regard de la recherche d'un équilibre mutuel des droits et libertés des parties au contrat de travail. La vie privée du travailleur peut faire l'objet de restrictions. Pour autant, ces dernières ne sont pas toutes admissibles. En raison de la gravité de leur finalité, les atteintes à la vie privée du salarié doivent se parer d'une motivation légitime. *De facto*, l'usage des TIC peuvent à juste titre affecter la vie privée du salarié dès lors que leur utilisation répond à des exigences raisonnables ou vertueuses, sans volonté de leurrer son partenaire contractuel. C'est donc le principe de loyauté qui permet d'assurer un compromis entre les contractants (CHAPITRE I). La vie privée trouve son encadrement dans le respect de la loi morale, découlant de la relation de travail⁷².

Au-delà des obligations contractuelles incombant aux parties, la vie privée se trouve également confrontée à l'usage des prérogatives spécifiques de l'employeur. Si la jurisprudence d'antan admettait l'ubiquité des pouvoirs de l'employeur, cette conception est désormais obsolète. Toutefois, l'affaiblissement des délimitations entre la vie professionnelle et la vie privée entraîne des conséquences directes sur ce principe prétorien. Au cœur d'une époque d'addiction au numérique, l'emploi des TIC par les salariés se présente comme de nouvelles menaces pour le bon fonctionnement de l'entreprise : les publications « à chaud » et intempestives sur les réseaux sociaux ou l'utilisation malhonnête des outils informatiques sont des risques d'autant plus pernicieux qu'ils peuvent intervenir à tout moment et hors de l'exécution du contrat de travail. Les TIC ne peuvent conférer un droit à la vie privée absolu pour le salarié, aux dépens de l'employeur : il doit disposer de moyens pour se protéger et se

⁷¹ RAY J.-E., « *Actualité des TIC – Tous connectés partout, tout le temps ?* », Dr. social, 2015, n° 6, p. 516

⁷² BAREGE A., BOSSU B., « *L'éthique et le rapport de travail* », tome 47, 2012

défendre à armes égales (et légales). Dans sa pleine mission de sauvegarde et gestion de l'entreprise, l'impact des TIC en droit du travail semble permettre à l'employeur de retrouver un pouvoir de direction étendu, aux fins de mettre la vie privée en conformité avec les besoins de l'entreprise à protéger (CHAPITRE II).

CHAPITRE I : Le respect de la vie privée soumis au principe de loyauté dans l'usage des TIC

En tant que contrat synallagmatique, le contrat de travail ne peut échapper aux principes généraux du droit des obligations. Afin d'assurer la pérennité de la convention et garantir la sérénité dans l'exécution de la prestation de travail, les parties doivent exécuter de bonne foi le contrat qu'elles ont conclu entre elles⁷³. Néanmoins, l'intrusion des TIC au sein de la relation de travail peut largement perturber cette juste coopération, notamment lorsque l'usage de ces technologies affecte la vie privée du salarié ou la confiance née de la signature du contrat de travail. Dès lors, il incombe aux parties de faire une utilisation intègre et honnête des TIC dans la conduite de leurs engagements. Cette exigence de loyauté contractuelle incombe d'abord à l'employeur, partie forte du contrat de travail (SECTION I). En tant que « *père de l'entreprise* »⁷⁴, l'employeur se doit d'adopter un comportement raisonnable dans l'usage des TIC sans abuser de son statut hiérarchique confortable. Dès lors que l'employeur manifeste une forme de droiture dans l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication, il lui est admissible de limiter l'exercice de la vie privée du salarié.

Toutefois, l'employeur n'est pas le seul débiteur de cette obligation de loyauté : le salarié doit également « *montrer patte blanche* ». Si le respect de sa privée est un droit fondamental, les TIC mis à sa disposition ne peuvent l'amener à renier les devoirs qui lui incombent en raison de son contrat de travail. L'obligation de loyauté est donc également requise pour le salarié, partie faible au contrat (SECTION II).

Section I : Une appréciation étendue de l'obligation de loyauté de l'employeur

L'exercice du pouvoir de contrôle de l'activité du salarié par l'employeur doit impérativement se concilier avec les droits et libertés fondamentales dont disposent les travailleurs. De fait, pour assurer la légitimité d'une utilisation intrusive des TIC et asseoir des restrictions, l'employeur doit se soumettre à certaines obligations juridiques permettant de

⁷³ C. civ, art. 1104

⁷⁴ CORNU G., « *Vocabulaire juridique* », *op. cit*

démontrer sa loyauté. L'employeur est d'abord confronté à une exigence de transparence dans l'usage des dispositifs technologiques qu'il a mis en œuvre, notamment lorsque ces derniers apparaissent attentatoires aux libertés de ses subordonnés (I). En outre, la loyauté de l'employeur suppose des motivations légitimes, étrangères à une volonté de déséquilibrer les rapports contractuels. Lorsque l'employeur émet le souhait de restreindre la vie privée du salarié par des TIC, ce dernier doit être en adéquation avec l'exigence légale de proportionnalité rigoureusement contrôlée par la Haute Juridiction (II).

I. L'utilisation des TIC soumise à une exigence de transparence

Lorsque l'employeur use de TIC dans l'administration de son entreprise, susceptibles d'atteintes aux libertés des travailleurs, il devient assujéti à une large obligation de transparence. Celle-ci se manifeste par une exigence de clarté à laquelle il ne semble pouvoir échapper (A). Si le principe de cette obligation de transparence est signe de probité, sa pratique concrète auprès de la communauté de travail apporte toutefois quelques nuances (B).

A. La légitimité des TIC assurée par un principe général de clarté

Pour comprendre le principe de loyauté de l'employeur, il est d'abord nécessaire d'appréhender le fondement de l'obligation de transparence dont il est le débiteur, renforcé avec l'usage de dispositifs informatiques (1). Ce principe de clarté vis-à-vis de la communauté de travail dispose d'un large champ d'application (2) : loin d'être facultatif, au contraire il oblige l'employeur à de nombreuses contraintes.

1. Le fondement de l'obligation de transparence dans le cadre des TIC

La quiétude au sein des relations de travail ne va pas de soi. À l'instar des relations sociales extra-professionnelles, elle se cultive par l'instauration d'un climat confiance et de sécurité entre les parties⁷⁵. Au travail, il est clair et non-équivoque que les relations contractuelles entre le salarié et l'employeur ne peuvent prospérer qu'à la condition d'y trouver respect et loyauté mutuels. L'instauration de la confiance entre les parties apparaît donc comme

⁷⁵ CEDH, 12 septembre 2011, req. n° 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, *Affaire Palomo Sánchez et autres c/ Espagne*

l'une des premières obligations du contrat de travail afin de lui assurer une forme de prospérité⁷⁶. Toutefois, la confiance contractuelle n'est pas instinctive et inhérente dès la signature du contrat de travail. En principe, elle suppose un rapport d'égalité entre les individus. Or, l'employeur, comme partie forte, peut apparaître hostile pour le salarié, au regard de son autorité et de ses pouvoirs étendus. Pour pallier ce déséquilibre intrinsèque au contrat de travail, l'employeur doit démontrer au salarié que son attitude et ses actions sont intègres et dépourvues de malhonnêteté. Dès lors, l'employeur est astreint à la transparence comme seule preuve de sa bonne foi. L'équilibre et la confiance dans les relations de travail tient donc principalement à la capacité de l'employeur de respecter la dignité de son co-contractant⁷⁷. Considérée par la doctrine comme « *inséparable de la relation à l'autre* »⁷⁸, c'est à travers la loyauté affichée par l'employeur que le rapport de travail va trouver son équilibre⁷⁹. Pour permettre l'instauration d'un climat de confiance, il lui est donc indispensable d'être transparent vis-à-vis de ses subordonnés⁸⁰.

Dans le cadre de l'essor des NTIC, la transparence à laquelle est soumis l'employeur se concrétise par une obligation d'information des dispositifs spécifiques qu'il met en place au sein de l'entreprise. Cette obligation apparaît clairement légitime dans la mesure où les techniques utilisées constituent un risque pour la vie privée du salarié dont il dispose en entreprise. Le développement des technologies a progressivement incité l'apparition d'un droit à la transparence pour le travailleur, incombant à l'employeur. Ce droit à la transparence est une garantie supplémentaire pour le salarié de voir sa vie privée hors d'atteinte, dans la mesure où l'employeur s'engage à ne pas dissimuler ses intentions et assurer un équilibre des informations entre les parties. La loi du 6 janvier 1978 s'est inscrite dans ce mouvement, en proclamant un principe de collecte loyale des données. Dans le cadre du travail, le législateur prohibe les méthodes permettant à l'employeur de recueillir et utiliser des données personnelles par un moyen illicite ou frauduleux⁸¹. Cette protection des informations personnelles des individus s'est vue largement renforcée par diverses interventions européennes. D'abord,

⁷⁶ CHAUVY Y., « *De l'utilisation, au regard du principe de bonne foi, des moyens modernes de captation d'image et de parole comme preuve du comportement professionnel* », Rec. Dalloz, 1992, p.73

⁷⁷ CAMERLYNCK G.-H., LYON-CAEN G., « *Droit du travail* », Précis Dalloz, 10^e édition, 1980

⁷⁸ AYNES L., L'obligation de loyauté, Archive de la philosophie du droit, L'obligation, Dalloz, tome 44, p.199

⁷⁹ BAREGE A., BOSSU B., « *L'éthique et le rapport de travail* », *op. cit.*

⁸⁰ BOSSU B., « *Surveillance au travail : une protection du salarié en recul* », Hebdo édition sociale, Lexbase, n°870, 24 juin 2021

⁸¹ 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.

l'article 5 de la Convention pour la protection des personnes du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981⁸² a repris nos dispositions en droit interne, en rappelant que « *les données à caractère personnel (...) doivent être obtenues et traitées loyalement et licitement* ». Aussi, la directive du Conseil des communautés européennes du 29 mai 1990, reprise par le décret du 14 mars 1991 dispose « *qu'aucun dispositif de contrôle quantitatif ou qualitatif ne peut être utilisé à l'insu des salariés* »⁸³. La loyauté se concrétise ainsi par un devoir de l'employeur de prévenir les salariés des dispositifs attentatoires à leur vie privée, sous peine de voir leur légitimité contestée.

L'obligation d'information dont l'employeur est le débiteur a largement été étendue par le législateur. Initialement prévue en matière d'embauche au visa de l'article L. 121-8 de l'ancien Code du travail⁸⁴, l'article L. 1222-4 du Code du travail reconnaît désormais cette obligation tout au long de la relation de travail, en prévoyant qu'« *aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié* ». La loyauté contractuelle, assurant l'éthique du contrat de travail, est donc présente à tous les stades de la vie du contrat⁸⁵. L'utilisation de procédés spécifiques, notamment les dispositifs relevant des TIC, induit le respect d'une procédure préalable : l'employeur ne pourra se prévaloir de ses procédés et moyens techniques que s'il en a informé la communauté de travail avant leur mise en place⁸⁶. Pour pouvoir être considérée comme préalable, l'information de l'employeur doit être donnée avant même que celui-ci ne commence à se prévaloir et utiliser les dispositifs technologiques susceptibles de troubler la vie privée du salarié⁸⁷. Cet impératif s'inscrit dans la continuité de l'exigence de transparence. L'employeur se trouve limité dans son hégémonie, en étant contraint de dévoiler au grand jour les techniques de surveillance et de collecte d'informations possiblement intrusives qu'il souhaite mettre en œuvre dans son entreprise. Par ailleurs, la

⁸² Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, Conseil de l'Europe, 28 janvier 1981, art. 5

⁸³ Décret n°91-451 du 14 mai 1991 relatif à la prévention des risques liés au travail sur des équipements comportant des écrans de visualisation

⁸⁴ Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage

⁸⁵ OPPETIT B., « *Éthique et vie des affaires* », Mélanges en l'honneur de André COLOMER, Paris : Litec, 1993, p. 323

⁸⁶ FAVENNEX-HÉRY F., « *Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire* », Dr.social, 2004, p.48

⁸⁷ MARGUÉNAUD J.-P., MOULY J., « *L'ouverture des fichiers personnels du salarié par l'employeur : vers une exception française ?* », Recueil Dalloz, 2018, p. 1291

transparence n'induit pas seulement une obligation d'information préalable mais également un accès facilité aux données personnelles recueillies⁸⁸. En dévoilant l'ampleur des informations recueillies, l'employeur démontre la conformité des dispositifs techniques mis en place avec l'obligation légale du respect à la vie privée.

L'obligation de transparence est l'un des fondements essentiels de la notion de loyauté. Véritable accessoire de la légitimité des TIC, l'employeur ne doit pas seulement adhérer à ce concept relevant de l'éthique contractuelle mais effectivement se soumettre aux exigences de son contenu (2).

2. L'étendue du principe de clarté dans le cadre des TIC

L'inclusion des TIC en entreprise est un progrès au profit trompeur. Instruments intuitifs et gain de rapidité, leur praticité et utilité dissimulent toutefois une face moins utopique. Pour Jean-Emmanuel RAY, les TIC font preuve d'une omniscience redoutable pour le salarié, ne semblant s'arrêter devant aucune frontière dont celle de la vie privée : « *Les nouvelles technologies permettent tant aux entreprises privées qu'aux pouvoirs publics d'utiliser les données à caractère personnel comme jamais auparavant dans le cadre de leurs activités* »⁸⁹. L'obligation d'information préalable de l'employeur apparaît donc comme une limite aux possibles dérives de l'utilisation de procédés informatiques et technologiques : son pouvoir de direction, induisant le droit de contrôler et surveiller l'activité de ses salariés, doit être nécessairement tempéré et modéré lorsqu'il est utilisé par le moyen de TIC, en raison des risques attentatoires qu'ils induisent.

Parce que l'entreprise ne doit pas être devenir un lieu d'espionnage⁹⁰, les procédés de contrôle sont soumis au respect des libertés des salariés et les règles de loyauté. Pour conserver leur légitimité, les procédés spécifiques de surveillance et de contrôle des salariés doivent obligatoirement être connus et déclarés par l'employeur. La précision du caractère « *spécifique* » des mesures de contrôle a toute son importance. En effet, cet adjectif extensif permet de regrouper toutes les méthodes contemporaines d'encadrement et de surveillance,

⁸⁸ GOUTTENOIRE A., « *Le régime du contrôle du télétravailleur par la donnée* », Revue de droit du travail, 2021 p.88

⁸⁹ RAY J.-E., « *À propos de la révolution numérique* », Dr. Social, 2012, p. 934

⁹⁰ RAY J.-E., « *Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination* », *op. cit.*

dont la large catégorie des TIC. L'information préalable est donc conditionnée à l'existence d'un contrôle opéré par un dispositif spécifique, c'est à dire inexécuté de manière directe par l'Homme. En effet, l'employeur n'est pas soumis à une information préalable lorsque le contrôle est opéré par un service interne à l'entreprise⁹¹ ou par un supérieur hiérarchique⁹², cette méthode étant le fruit de l'exercice naturel du pouvoir de direction. En outre, cette dispense d'obligation d'information intervient également lorsque la surveillance n'est pas réalisée par un dispositif spécifique mais résultant de l'utilisation de techniques connues du salarié et légitimes⁹³. Tel est le cas de la consultation de relevés téléphoniques par l'employeur⁹⁴ ou de messages écrits et vocaux, dont le destinataire ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur⁹⁵. De la même manière, la réalisation d'une enquête sur un salarié sans l'en informer ne constitue pas un procédé de surveillance clandestin, ne relevant pas des dispositions de l'article L. 1222-4 du Code du travail⁹⁶. L'utilisation des TIC au profit du pouvoir de direction de l'employeur implique donc nécessairement une information explicite auprès des membres de la communauté de travail. La seule constatation de leur installation ou de la visibilité des outils mis en place ne peut suffire à satisfaire l'obligation de transparence dont l'employeur a la charge⁹⁷.

L'obligation d'information préalable par le biais des TIC trouve son application dans le cadre du contrôle de l'activité professionnelle des salariés, en raison de leur pratique possiblement contraire aux libertés individuelles⁹⁸. *A contrario*, il est donc clairement admis que les dispositifs spécifiques ayant pour seule préoccupation la sécurité générale de l'entreprise ne sont pas soumis à cette exigence de transparence⁹⁹. L'obligation d'information s'apprécie donc uniquement au regard de la finalité des dispositifs spécifiques mis en place par l'employeur. Ainsi, si l'objectif affiché ne répond pas à un mode de surveillance ou contrôle des activités des salariés, l'employeur s'en retrouve dispensé. Tel est le cas de la mise en place de caméras de surveillance dans des locaux où les salariés n'ont pas accès¹⁰⁰ ou au sein desquels

⁹¹ Cass. soc, 5 novembre 2014, n° 13-18.427, Bull. civ. 2014, n° 255

⁹² Cass. soc. 26 avr. 2006, n° 04-43.582, Bull. civ. 2006, n° 145

⁹³ BAREGE A., BOSSU B., « *Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié* », *JCP S*, n°41, 1393, 2013.

⁹⁴ Cass., soc. 15 mai 2001, n° 99-42.219, Bull. civ. 2001, n°167

⁹⁵ Cass., soc, 23 mai 2007, n° 06-43.209, Bull. civ. 2007, n°85 et Cass., soc. 6 février 2013, n° 11-23.738, Bull. civ. 2013, n°31

⁹⁶ Cass., soc. 17 mars 2021, n° 18-25.597, Bull. civ

⁹⁷ Cass., soc. 15 mai 2001, *op. cit.*

⁹⁸ Réponse du ministre du Travail, JO déb. Ass. nat., 16 juin 1980, p. 2512, n° 23412

⁹⁹ CHAUVY Y., *op. cit.*

¹⁰⁰ Cass., soc. 19 janvier 2010, n° 08-45.092

ils n'y exercent pas leur prestation de travail¹⁰¹. Cet encadrement apparaît toutefois critiquable dans la mesure où il semble restreindre la protection de vie privée du salarié au seul lieu d'exercice de ses missions et non pas au sein de l'entreprise. La jurisprudence tente toutefois de pallier cette imperfection, à travers une appréciation stricte de l'objectif des dispositifs déclarés. L'employeur ne peut se prévaloir des TIC pour des raisons étrangères à leur finalité initiale¹⁰². Cette conception est justifiée dans la mesure où elle garantit une loyauté constante de l'employeur, sans instrumentalisation de ses devoirs. L'employeur ne peut détourner les dispositifs spécifiques mis en place¹⁰³ et échapper à son obligation de transparence dès lors que l'utilisation des TIC amène à un contrôle des salariés, quand bien même il serait ponctuel¹⁰⁴.

Si la loyauté est l'exaltation de la transparence¹⁰⁵, toutes tentatives d'occultation d'informations par l'employeur auprès des salariés sont donc synonymes de malhonnêteté. Devenus clandestins, les dispositifs de contrôle par les TIC deviennent alors illégitimes en raison de leur caractère dolosif et frauduleux. L'ampleur de l'obligation d'information de l'employeur est considérable, de sorte que le manquement à l'obligation de transparence est très sévèrement apprécié. En effet, la déloyauté des procédés de surveillance spécifiques est sanctionnée d'illicéité¹⁰⁶. En plus d'être lourdement sanctionné par des dispositions du Code pénal¹⁰⁷, il est constant d'apprécier que les informations recueillies à l'insu des salariés empêchent l'employeur de s'en prévaloir. Depuis l'arrêt Néocel du 20 novembre 1991¹⁰⁸, il est de jurisprudence constante de considérer que l'absence d'information préalable incombant à l'employeur engendre automatiquement l'inopposabilité au salarié des preuves recueillies, les moyens techniques étant rendus illicites¹⁰⁹. L'obligation de transparence de l'employeur revêt un caractère impérieux, dont les violations ne sauraient être permises en raison des risques pesants sur la vie privée du salarié.

¹⁰¹ Cass., soc, 9 avril 2005, n° 02-46.295, Bull. civ. 2005, n° 141

¹⁰² Cass.soc, 3 novembre 2011, n° 10-18.036, Bull. civ 2011, n° 247

¹⁰³ CNIL, délib. n° 2009-201, 16 avr. 2009 : JCP S 2009, act. 480. – V. égal., CNIL, déc. n° 2011-036, 16 déc. 2011

¹⁰⁴ GOUTTENOIRE A., *op. cit*

¹⁰⁵ BOSSU B., « *Surveillance au travail : une protection du salarié en recul* », *op. cit*

¹⁰⁶ FAVENNEX-HÉRY F., « *Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire* », Dr.social, 2004, p.48

¹⁰⁷ C.pén., art.226-16 à 226-24

¹⁰⁸ Cass., soc, 20 novembre 1991, n° 88-43.120, Bull. civ. 1991, n° 519

¹⁰⁹ Cass.soc, 31 janvier 2001, n° 98-44.290, Bull. civ. 2001, n° 28

Pour autant, la jurisprudence semble vouloir revenir sur la rigidité de l'appréciation de l'obligation d'information de l'employeur. La chambre sociale a récemment édicté que « *l'illicéité d'un moyen de preuve n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats* »¹¹⁰. Ce revirement prétorien interroge sur le futur de l'obligation d'information et ses effets sur la vie privée du salarié. En effet, la Cour de cassation affirme désormais qu'un élément de preuve obtenu en violation de la loi n'est plus systématiquement écarté, quand bien même ce dernier porterait un risque d'atteinte à la vie privée du salarié¹¹¹. Même si l'obligation d'information demeure un principe fondamental, il devient admis à l'échelle juridique européenne que l'employeur puisse s'en défaire pour des motifs « *impératifs prépondérants relatifs à la protection d'intérêts publics ou privés* »¹¹². Alors que l'ancienne conception prétorienne écartait sans analyse les éléments obtenus en méconnaissance de la réglementation, les juges se voient devenir des « *arbitres de l'équilibre* », en mettant en balance l'illicéité de l'obligation de transparence et l'ordre social que l'employeur estime en danger. Cette appréciation est d'ailleurs contestable en plusieurs points. D'abord, elle induit une échelle de valeurs somme toute subjective, amenant à des insécurités juridiques pour le justiciable. Ensuite, elle réduit considérablement les garanties de protection de la vie privée du salarié, de sorte qu'il semble désormais permis de mettre en place et utiliser des dispositifs de contrôle et de surveillance mobilisant des données personnelles des salariés sans l'en informer. En effet, sans sanction d'illicéité, le cadre et la rigueur de l'obligation imposés à l'employeur sont littéralement atrophiés.

Bien que la jurisprudence récente en réduise la portée, l'obligation de transparence de l'employeur demeure un principe général fondamental comme preuve de loyauté. Dans la pratique, elle se traduit par une information auprès de l'ensemble des acteurs de la communauté de travail (B).

¹¹⁰ Cass., soc, 25 novembre 2020, n°17-19.523, Bull. civ

¹¹¹ MRAOUAHI S., « *Preuve et protection des données personnelles : l'illicéité n'emporte pas toujours l'irrecevabilité* », Revue de droit du travail, 2021, p.199

¹¹² CEDH, 17 octobre 2019, req. n°1874/13 et 8567/13, López Ribalda et autres c. Espagne

B. La légitimité des TIC assurée par la pratique de l'obligation d'information

Pour prévenir des risques qu'ils peuvent induire sur la vie privée des travailleurs, les dispositifs de contrôle relevant des TIC sont soumis à une information directe auprès des salariés (1) mais également auprès d'intervenants externes au contrat de travail, mandataires d'une mission de protection des travailleurs (2).

1. L'information auprès des salariés

Le salarié, en sa qualité de co-contractant, est averti en priorité dans le cadre de l'obligation d'information de l'employeur. Cette information directe auprès des travailleurs est rendue nécessaire dans la mesure où les dispositifs de contrôle relevant des TIC ne doivent pas se révéler intrusifs à l'égard de sa vie personnelle. Cette transparence de l'employeur sur les moyens techniques de contrôle permet d'abord d'apaiser les sentiments d'insécurité de certains salariés, pensant être à la vue et merci d'un employeur aux apparences de « *Big Brother* »¹¹³. De plus, l'obligation d'information préalable permet au salarié, éclairé des TIC mis en place, de dissocier les éléments qu'il souhaite voir relever de sa vie professionnelle ou de sa vie privée¹¹⁴. Le salarié redevient maître des informations qui le concernent, disposant du choix de déterminer les données et renseignements qu'il concède à la curiosité de l'employeur. En réalité, l'obligation d'information est une véritable garantie de confiance entre les parties au contrat. La Commission du Parlement Européen partage d'ailleurs cette conception, en relevant que « *Les citoyens ne feront confiance aux innovations fondées sur les données et ne les adopteront que s'ils sont convaincus que tout partage de données à caractère personnel sera subordonné à la pleine conformité avec les règles strictes en matière de protection de la vie privée* »¹¹⁵.

Parce que les TIC touchent à la vie quotidienne des salariés, s'affrontant avec les limites de leur vie privée, l'obligation d'information de l'employeur est soumise à certaines conditions. En premier lieu, l'information sur les dispositifs spécifiques doit être relativement précise. Elle ne porte pas uniquement sur l'existence du dispositif mais également sur la nature de la

¹¹³ RAY J.-E., « *Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination* », *op. cit.*

¹¹⁴ PLANQUE J.-C., « *Vers un assouplissement des conditions de licéité de la surveillance des salariés ?* », D. 2002, p.2292.

¹¹⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, Une stratégie européenne pour les données, 19 février 2020

surveillance et des inspections réalisées¹¹⁶. En effet, le travailleur doit connaître l'ampleur du contrôle opéré par l'employeur, sa forme et les méthodes d'analyse réalisées sur les informations collectées¹¹⁷. Ces exigences sur le contenu de l'information dispensée permettent d'assurer que l'employeur n'exécute pas illusoirement l'obligation dont il est le débiteur : la loyauté ne tient pas seulement en la prise de l'engagement mais s'étend aussi à son exécution. L'obligation d'information implique que le salarié soit au fait de la finalité de la mesure mise en place de l'employeur et de son usage. La jurisprudence a pu considérer que l'information sur la présence de caméras de surveillance était incomplète lorsqu'elle ne précisait pas si celles-ci permettaient de contrôler les heures d'arrivée et de départ des salariés¹¹⁸. Pour satisfaire à son obligation légale, il est ainsi impératif que l'information fournie sur les dispositifs soit suffisamment complète pour que la personne soit en mesure d'analyser s'ils portent une atteinte à sa vie privée. Une fois avisé, l'individu, qu'il soit candidat à un emploi ou salarié, dispose alors d'un droit de demander à l'employeur l'accès aux données récoltées lorsqu'elles présentent un caractère personnel, de les rectifier, les limiter ou de les effacer¹¹⁹. Ces facultés restent toutefois à nuancer, dans la mesure où elles doivent répondre à des conditions légales strictement posées par le RGPD.

L'exigence de transparence impose à l'employeur de fournir des informations nécessaires et suffisantes aux salariés. Au-delà de ces conditions de fonds bien délimitées, l'obligation d'information est également soumise à des modalités de forme. Le législateur restant silencieux sur la question, l'obligation d'information peut en principe se réaliser par tous moyens. L'employeur dispose ainsi du choix de la manière d'informer le salarié, par voie écrite ou orale. Pour autant, cette liberté offerte n'est qu'apparente : l'employeur doit se prémunir d'une certaine sécurité juridique face aux éventuelles contestations des salariés. En effet, en cas de contentieux, il doit être en mesure de démontrer qu'il s'est correctement acquitté de son obligation de transparence, sous peine de voir les procédés techniques frappés d'illicéité¹²⁰. De fait, il est largement préconisé d'informer les salariés par le biais d'un écrit, tel que le contrat de travail, un avenant au règlement intérieur, une note de service ou encore

¹¹⁶ DRAI L. « *Les conditions du contrôle par l'employeur des correspondances électroniques de ses salariés* », Communication électronique, janvier 2018, Etude n° 2, p. 2

¹¹⁷ GOUTTENOIRE A., *op. cit.*

¹¹⁸ Cass. soc., 10 janvier 2012, n° 10-23.482, Bull. civ. 2012, n°2

¹¹⁹ RGPD, Chapitre III - Droits de la personne concernée, Section 2 - Information et accès aux données à caractère personnel et Section 3 - Rectification et effacement

¹²⁰ Cass.soc, 11 décembre 2019, n° 18-11.792, Bull. civ.

une charte visant l'utilisation des TIC. Pour que l'écrit produise effet, l'employeur devra nécessairement se soumettre aux formalités et diligences inhérentes au support choisi¹²¹.

Cette liberté du choix des moyens pour satisfaire à l'obligation de transparence comporte toutefois des incohérences. En principe, l'employeur doit s'assurer que chaque salarié ait été personnellement et individuellement avisé de l'information sur les procédés relevant des TIC mis en place dans l'entreprise¹²². Or, la possibilité de transcrire l'information par le biais d'un écrit mis à la disposition de l'entreprise relève plus de l'information collective. En pratique, rien n'assure que chacun des salariés aient bien eu connaissance des nouvelles dispositions décidées par l'employeur. La CEDH s'est récemment prononcée sur cette difficulté au travers de son arrêt du 22 février 2018¹²³. Elle a estimé que la mention d'une potentielle surveillance des fichiers informatiques au sein d'une charte d'entreprise ne violait pas le principe de transparence, dans la mesure où elle avait vocation à avertir le salarié des dispositifs spécifiques mis en œuvre. Cette décision contrarie grandement la jurisprudence établie par la chambre sociale de la Cour de cassation. D'abord, elle ignore l'exigence d'une information individuelle auprès du salarié mais surtout, la CEDH méconnaît le principe de l'information préalable, fondement de l'obligation de loyauté de l'employeur. Une telle décision amoindrit considérablement le cadre de protection de la vie privée du salarié en entreprise, qui souffrait déjà d'instabilité. Même si l'employeur satisfait correctement à son obligation d'information, la doctrine s'interroge sur les garanties offertes au salarié et à la place de son consentement dans la gestion de ses données personnelles. En réalité, ce dernier ne dispose que de peu de moyens pour s'opposer à la mise en place de dispositifs techniques¹²⁴, et quand bien même, le salarié est réduit à intervenir postérieurement à l'établissement des TIC, par le biais de recours judiciaires demeurant contraignants. Bien que prometteuse, la pratique de l'obligation d'information auprès du salarié laisse apparaître un résultat mitigé : l'appréciation jurisprudentielle de l'obligation d'information de l'employeur confère finalement une protection relativement partielle de la vie privée du salarié au travail.

¹²¹ Cass.soc, 9 mai 2012, n° 11-13.687, Bull. civ. 2012, n° 134

¹²² CNIL, délib. n°2009-201, 16 avr. 2009

¹²³ CEDH, 22 février 2018, req. N°588/13, Affaire Libert c. France

¹²⁴ RAY J.-E., *ibid*

Le salarié réduit à intervenir postérieurement à la mise en place de dispositifs spécifiques de contrôle et surveillance, l'employeur est contraint de prévenir et consulter en amont des acteurs externes de protection des travailleurs (2)

2. L'information auprès des acteurs de protection du personnel

L'ampleur de l'obligation de transparence de l'employeur à l'égard des dispositifs technologiques et informatiques s'étend également à des acteurs tiers au contrat de travail, tel que le CSE (a) mais également à une autorité externe à l'entreprise, la CNIL (b).

a. La transparence de l'employeur envers le CSE

Depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017¹²⁵, le législateur a fusionné les anciennes instances représentatives du personnel élues par les salariés, à savoir les délégués du personnel, le Comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail et le Comité d'entreprise. D'apparence nouvelle, le Comité social et économique reprend finalement les nombreuses prérogatives dévolues à ses prédécesseurs, dont l'obligation d'information et de consultation de l'employeur sur les dispositifs technologiques et informatiques de contrôle de l'activité des salariés¹²⁶. En raison des risques et potentielles dérives sur les droits et libertés des salariés que peuvent apporter les TIC, le CSE dispose d'une large compétence sur l'ensemble des questions intéressant l'introduction en entreprise de nouvelles technologies ayant un impact sur la santé, la sécurité ou les conditions de travail des salariés¹²⁷. Plus spécifiquement, 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* »¹²⁸. Dès lors, l'ensemble des procédés de contrôle¹²⁹ et surveillance issus des TIC, qu'ils soient mis en œuvre au stade de l'embauche ou au cours de l'exécution de la prestation de travail, doivent donner lieu à une information auprès du CSE.

¹²⁵ Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, JORF n°0223 du 23 septembre 2017.

¹²⁶ Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992, *op. cit.*

¹²⁷ C. trav., art. L2312-8

¹²⁸ C. trav., art. L2312-38

¹²⁹ Cass. soc, 12 juillet 2010, n° 09-66.339, Bull. civ. 2010, n° 168

Dans le cadre de son devoir de transparence, l'employeur n'est pas seulement soumis à la fourniture des informations relatives aux dispositifs spécifiques de contrôle. Il doit également les soumettre pour consultation auprès de l'instance représentative du personnel. Le CSE, investi d'une mission de protection des travailleurs, est ainsi compétent pour délivrer un regard critique sur les méthodes et techniques de contrôle utilisées par l'employeur¹³⁰. En effet, cet interlocuteur privilégié est compétent pour rendre un avis sur le contenu de l'information délivrée par l'employeur. Au regard de l'ensemble des éléments mis en sa possession, le CSE devra ainsi se prononcer sur l'équilibre entre les moyens utilisés par l'employeur, leur finalité et leur impact sur le respect de la vie privée du salarié¹³¹. Cette faculté de consultation supplémentaire permet inévitablement de compenser l'unique information octroyée au salarié. Quand bien même il ne lie pas l'employeur, l'avis rendu par le CSE n'est aucunement dépourvu d'utilité. Il permet d'abord à l'employeur de se questionner sur la concordance des dispositifs de contrôle issus des TIC avec la conservation des droits et libertés en entreprise. Aussi, un avis négatif pourra potentiellement inciter les salariés à s'opposer à la mise en place des procédés de surveillance en entreprise par la saisine des autorités compétentes. Toutefois, cette obligation d'information et consultation ne peut porter uniquement sur les dispositifs spécifiques visant à contrôler l'activité des salariés¹³². Dès lors, tous les procédés usant des TIC et présentant une finalité étrangère à la surveillance ne sont pas soumis à une consultation et information de l'employeur. Tel est le cas d'un système de vidéosurveillance installé pour assurer la sécurité de l'entreprise¹³³.

L'information auprès des représentants du personnel est un préalable auquel l'employeur ne peut déroger. En plus de constituer un délit d'entrave au fonctionnement du CSE¹³⁴, la violation de tout ou partie de cette obligation entraîne l'illicéité du dispositif spécifique mis en cause¹³⁵. De fait, le licenciement d'un salarié reposant sur des éléments récoltés de manière illicite est sans cause réelle et sérieuse, quand bien même la matérialité des faits est établie¹³⁶. En outre, la chambre sociale de la Cour de cassation considère que l'employeur doit informer et consulter le CSE de tout procédé de contrôle et de surveillance de

¹³⁰ MORGENROTH T., *op. cit.*

¹³¹ Cass., soc., 10 avril 2008, n° 06-45.741

¹³² Cass., soc., 26 juin 2013, n° 12-16.564

¹³³ Cass. soc., 18 novembre 2020, n° 19-15.856

¹³⁴ C. trav., art. L2317-1

¹³⁵ Cass., soc., 7 juin 2006, n° 04-43866, Bull. civ. 2006, n° 206

¹³⁶ CA Reims, 21 mars 2001, n° 98-1703

l'activité du salarié, même si, à son origine, le dispositif n'y était pas exclusivement destiné¹³⁷. L'obligation d'information et de consultation des représentants du personnel dévoile un contenu dense, aussi strictement délimité par le législateur que par la jurisprudence. Cette appréciation plutôt sévère, voire contraignante, s'entend par la nécessité d'offrir des garanties suffisantes de sauvegarde du droit au respect de la vie privée du salarié. Le CSE apparaît dès lors comme un rempart, un bouclier supplémentaire dans la quête d'une protection des libertés et droits fondamentaux des travailleurs en entreprise.

Au-delà des exigences de consultation et information auprès du CSE, l'employeur doit également veiller à se conformer aux recommandations de la CNIL (b).

b. La transparence de l'employeur envers la CNIL

Le développement massif des TIC a eu un impact conséquent sur la gestion et le traitement des données personnelles des individus, notamment en entreprise. Pour encadrer la collecte des informations à caractère privé et leur éviter une utilisation inopportune par l'employeur, le législateur a créé une autorité administrative indépendante visant à superviser la gouvernance des données des travailleurs¹³⁸. Considérée comme le « *gendarme des données* »¹³⁹, la CNIL faisait initialement l'objet d'une déclaration préalable de l'employeur sur l'ensemble des traitements automatisés des données à caractère personnel¹⁴⁰. Ainsi, sous l'œil expert de cet acteur extérieur, les dispositifs technologiques et informatiques devaient être analysés aux fins de vérifier leur respect avec les principes fondamentaux de la loi du 6 janvier 1978 et implicitement, avec le droit au respect de la vie privée¹⁴¹. La CNIL disposait ainsi d'une « *action de police préventive* »¹⁴² permettant de protéger la vie personnelle des salariés et circonscrire les atteintes manifestement excessives. Sur la même lignée que l'obligation d'information auprès des IRP ou du salarié, l'absence de déclaration préalable empêchait l'employeur de se prévaloir des procédés spécifiques en entreprise¹⁴³, en raison de leur caractère nécessairement illicite¹⁴⁴.

¹³⁷ Cass. soc., 11 décembre 2019, n° 18-11.792, Bull. civ

¹³⁸ FAVRO K., « *La CNIL, une autorité à l'âge de la maturité* », Rev. Dalloz IP/IT, 2018, p.464

¹³⁹ GOUTTENOIRE A., *op. cit*

¹⁴⁰ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 22

¹⁴¹ DE GIVRY E., « *TIC et surveillance du salarié : regards de la CNIL* », JCP S 2013, p. 1394

¹⁴² FAVRO K. « *La démarche de compliance ou la mise en oeuvre d'une approche inversée* », Légicom, 2017, p.21

¹⁴³ CA de Nancy, 25 juin 2001, n° 00/00147

¹⁴⁴ Cass.soc, 8 octobre 2014, n°13-14.99, Bull. civ 2014, n° 230

La déclaration préalable auprès de l'employeur a toutefois subi un déclin brutal. La loi du 6 août 2014¹⁴⁵ a ouvert la marche en offrant une dérogation à l'employeur lorsque celui-ci nomme un correspondant à la protection des données à caractère personnel. Finalement, l'entrée en vigueur du RGPD le 25 mai 2018¹⁴⁶ a emboité le pas en supprimant définitivement les formalités de déclaration préalable des traitements de données auprès de la CNIL, sauf rares exceptions. Désormais en conformité avec le droit européen, l'employeur se retrouve délaissé d'une obligation, certes, contraignante mais qui permettait d'assurer un regard et une protection supplémentaire sur la mise en place des TIC en entreprise, potentiellement menaçante pour la vie privée des salariés au sein de l'entreprise. Désormais, l'employeur devient « *juge et partie* »¹⁴⁷ du respect à la loi d'un procédé relevant des TIC. Alors que les technologies et outils informatiques entraînent des intrusions de plus en plus redoutables à l'égard de la vie privée des salariés, il a été fait le choix assez singulier de conférer plus d'autonomie et de confiance à l'employeur dans sa gestion des données personnelles. Cette solution apparaît d'autant plus paradoxale au regard des abus relevés par la CNIL : selon son rapport annuel pour l'année 2020¹⁴⁸, sur près de 13 585 plaintes, 19% d'entre elles concernent le secteur du travail.

Malgré la suppression de la déclaration préalable, la CNIL demeure une instance d'accompagnement des entreprises, et à défaut de sanction. En réalité, les nouveautés introduites par le RGPD ont transformé les fonctions de l'autorité : la CNIL n'est plus un acteur d'approbation mais de contrôle du respect des dispositions fixées au sein du RGPD. Qu'il s'agisse de la personne en charge de la protection des données au sein d'une entreprise ou, à défaut de lui-même, l'employeur doit être en mesure de démontrer la conformité et la légalité des dispositifs spécifiques mis en œuvre. En outre, l'employeur est soumis à la réalisation d'une analyse d'impact relative à la protection des données¹⁴⁹ (AIPD) dans le cadre de procédé « *susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes concernées* »

¹⁴⁵ 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, 7 août 2014)

¹⁴⁶ Règlement européen 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

¹⁴⁷ FAVRO K., *ibid*

¹⁴⁸ CNIL, Rapport d'activité annuel 2020

¹⁴⁹ Délibération n° 2018-326 du 11 octobre 2018 portant adoption de lignes directrices sur les analyses d'impact relatives à la protection des données (AIPD) prévues par le règlement général sur la protection des données (RGPD)

ou relevé sur une liste préétablie par la CNIL. Ainsi, face aux TIC les plus à même de porter atteinte aux droits et libertés des salariés, et particulièrement à la vie privée, l'employeur se retrouve contraint d'opérer à un AIPD, transmis à la CNIL pour contrôle. L'efficacité de cette nouvelle obligation reste toutefois à démontrer. Contrairement à l'obligation de déclaration préalable qui relevait d'un encadrement clair et compréhensible, l'AIPD relève au contraire d'un concept flou, notamment sur le contenu de l'étude qui doit être réalisée. De plus, bien que la volonté d'accorder plus de confiance auprès de l'employeur est louable, elle reste à relativiser. Il est difficilement concevable qu'un employeur réalise de lui-même que les procédés qu'il souhaite mettre en place compromettent la vie privée du salarié et de surcroît, qu'il réalise une AIPD, au risque que la CNIL censure son dispositif.

En réalité, le pouvoir de contrôle de la CNIL semble véritablement effectif suite à une plainte directe du salarié. Dans ces circonstances, si le dispositif signalé n'est pas conforme à la loi informatique et libertés, la CNIL sera compétente pour rappeler les règles applicables à l'employeur et lui demander de s'y conformer, sous peine d'une sanction financière. Ce passage d'une protection « *en amont* » à une protection « *en aval* » est critiquable. En effet, le dépôt d'une plainte induit l'existence d'une atteinte préalable. La saisine de la CNIL par un salarié est nécessairement provoquée par une menace aux libertés et droits fondamentaux des travailleurs en entreprise. Au regard de ses nouvelles prérogatives, l'autorité administrative constitue désormais davantage une arme de défense voire de dissuasion auprès de l'employeur plutôt qu'un rempart, permettant de sauvegarder des garanties suffisantes au respect de la vie privée des salariés.

La légitimité des TIC repose sur la transparence de leur utilisation par l'employeur, devant garantir le respect de la vie privée des travailleurs. Même si cette conciliation tend à surprotéger les droits fondamentaux des salariés en entreprise, l'employeur n'est pas totalement dépourvu de ses pouvoirs et semble autorisé à pouvoir restreindre la vie privée des salariés au sein de l'entreprise, sous certaines conditions (II).

II. L'utilisation des TIC soumise à une exigence de justification

Le respect de la vie privée du salarié est un droit inaliénable. Cette protection considérable au profit des travailleurs tend toutefois à rigidifier les prérogatives de l'employeur et la gouvernance de l'entreprise notamment par le biais des TIC. Pour éviter un déséquilibre

manifeste entre les prétentions des parties, les évolutions législatives ont étendu l'influence de l'employeur lui permettant d'émettre des restrictions à la vie privée du salarié (A). Pour autant, ces restrictions doivent répondre à des conditions strictes, soumises à l'appréciation fluctuante de la jurisprudence (B).

A. Les restrictions à la vie privée du salarié strictement admises

La vie privée du salarié ne peut s'exercer sans limite, notamment dans le cadre de la vie professionnelle. Afin d'assurer une conciliation, l'établissement de restrictions à la vie privée par les TIC a été rendu nécessaire pour permettre un exercice efficient des pouvoirs de l'employeur au sein de l'entreprise (1). Pour éviter les dérives, elles sont toutefois soumises à une exigence de proportionnalité prévue par le législateur (2).

1. L'introduction de limites à la vie privée justifiée par l'exercice des pouvoirs de l'employeur

L'entreprise constitue le lieu sacré, l'essence même de l'activité menée par l'employeur. Cette espace apparaît dès plus singulier, au regard de la dualité des ordres auxquels l'entreprise est soumise. Assujetties aux règles d'ordre public, cette zone d'activité destinée à la production de bien ou de services est également sous l'autorité de son entrepreneur. Ainsi, l'entreprise ne répond pas seulement aux normes légales, elle est également subordonnée aux règles et préceptes, presque dogmatiques, déterminés par l'employeur.

La sujétion des salariés à ces règles trouve son fondement dans l'exercice du pouvoir patronal. Disposant d'une autorité naturelle conférée par le contrat de travail, l'employeur doit être capable d'user de discipline et de commandement, afin d'exercer la gouvernance et la bonne conduite de son entreprise. L'administration de cet espace privée suppose donc l'établissement de pouvoirs et prérogatives, aux fins de diriger les moyens humains au service de l'entreprise. Le droit du travail s'est ainsi engagé à conférer à l'employeur un pouvoir de direction, permettant de légitimer les actes d'ingérence, de limite et contrôle au rapport social au sein de l'entreprise¹⁵⁰. Le pouvoir de direction légitime les manifestations du pouvoir

¹⁵⁰ AUZERO G., BAUGARD D., DOCKES E., « *Droit du travail* », Dalloz, 31e éd., 2018

patronal de l'employeur, lui permettant d'encadrer et régir son entreprise. Par exemple, ce déploiement peut se matérialiser à travers les dispositions de son règlement intérieur¹⁵¹.

Le bien-fondé du pouvoir de direction puise sa source d'une base juridique vaste de droits subjectifs dont l'employeur est le bénéficiaire¹⁵². En effet, le pouvoir de direction de l'employeur se rattache à un socle constitutionnel bâti sur le principe fondamental de la liberté d'entreprendre¹⁵³, directement déduit de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789¹⁵⁴. Elle confère ainsi un droit de créer et d'exercer librement une activité économique, et donc la liberté d'y asseoir les règles adéquates. De plus, le pouvoir de direction implique le droit au respect des biens de l'employeur, relevant de son droit de propriété. Les moyens matériels de production au service de son activité offrent la capacité à l'employeur d'imposer le respect de règles de vie collective¹⁵⁵. Ainsi, l'ensemble de ces droits confère à l'employeur d'importante responsabilité, en vertu de la maintenance et protection de l'entreprise. Parmi elles, l'employeur jouit de la faculté de superviser et diriger les subordonnés dans l'exercice de leur contrat de travail. Il dispose d'un intérêt légitime de surveiller l'activité des salariés pendant le temps de travail¹⁵⁶, ce contrôle relevant directement de la bonne marche de l'entreprise et de la protection de ses biens¹⁵⁷. De fait, l'introduction de TIC visant à contrôler et surveiller l'activité des salariés, dont certaines informations personnelles, se justifie largement par l'exercice des pouvoirs de l'employeur, en sa qualité de chef d'entreprise.

Longtemps considéré comme seul juge dans l'exercice de son pouvoir de gestion et de direction¹⁵⁸, l'employeur a progressivement été confronté au respect impérieux des libertés et droits individuels des travailleurs, dont la jouissance ne peut être délaissée pour la simple signature du contrat de travail¹⁵⁹. Citoyen dans l'entreprise, « le travailleur doit « *moins être considéré comme travailleur que comme personne* »¹⁶⁰. Or, loin d'être une place publique où chacun trouve la liberté d'agir comme il le souhaite¹⁶¹, l'entreprise est un lieu privé qui impose

¹⁵¹ C. trav., art. L. 1321-1 et s.

¹⁵² SAINT-PAU J.-C., « *Droit au respect de la vie privée - Atteintes autorisées par des droits concurrents* », Jurisclasseur communication, Lexisnexis, Fasc. 47, 15 juillet 2018

¹⁵³ Cass.soc., 13 juillet 2004, n° 02-15.142, Bull. civ. 2004, n° 205

¹⁵⁴ DDHC, art. 4. - Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC

¹⁵⁵ AUZERO G., BAUGARD D., DOCKES E., *ibid*

¹⁵⁶ Cass.soc., 20 novembre 1991, *op. cit*

¹⁵⁷ CEDH, 17 octobre 2019, *op. cit*

¹⁵⁸ Cass., soc., 31 mai 1956, n° 56-04.323, Bull. civ., n°499

¹⁵⁹ RAY J.-E., « *Les libertés dans l'entreprise* », *op. cit*

¹⁶⁰ LYON-CAEN A., « *Vie privée et entreprise* », *op. cit.*

¹⁶¹ RAY J.-E., « *Les libertés dans l'entreprise* », Pouvoirs, 2009, p. 127

le respect de principes et normes édictés par l'employeur, auquel le droit au respect de la vie privée ne peut déroger. Pour certains auteurs de doctrine, le pouvoir de direction de l'employeur est doté d'une « *force normative identique au droit au respect de la vie privée* »¹⁶². Ainsi, il n'est pas question d'un repli sans réserve du pouvoir de direction de l'employeur face au respect la vie privée du salarié, mais bien la recherche d'un rapport horizontal entre les droits de chacune des parties en présence. De fait, l'usage des TIC dans le cadre du pouvoir de direction de l'employeur est admis, dans une stricte mesure d'équilibre entre les intérêts de l'employeur et du salarié.

Les restrictions à la vie privée du salarié désormais admise par la doctrine, le législateur s'est attelé à encadrer ce vaste pouvoir offert à l'employeur (2).

2. L'introduction de limites à la vie privée consacrée légalement

L'entreprise ne constitue plus seulement le lieu d'exécution du contrat de travail des salariés mais un lieu de vie au sein duquel l'accomplissement de comportements et actes ne relevant pas de la sphère professionnelle est admis¹⁶³. Pour autant, la réalisation de la prestation de travail doit rester une priorité et ne peut pâtir d'un exercice abusif des droits dont dispose les travailleurs. Pour y veiller, l'employeur est contraint de vérifier que la gestion du temps de travail est consacrée à l'exécution de la mission confiée au salarié¹⁶⁴. Devenu « vigilant douanier »¹⁶⁵, l'employeur est ainsi en mesure d'apporter des restrictions à la vie privée de ses subordonnées lorsque celle-ci empiète manifestement sur les intérêts de l'entreprise.

À l'ère des TIC, les outils de contrôle à la disposition des employeurs sont de plus en plus développés et complexes. Il n'est plus question d'un encadrement par des moyens humains mais par des moyens électroniques et technologiques dépassant de jour en jour les limites de la connaissance possible. Les TIC ont d'ailleurs largement accentué la « *tendance naturelle des entreprises à vouloir disposer connaître et disposer d'informations sur leurs*

¹⁶² MOULY J., « *Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne* », Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Ed. Bruylant, 2005

¹⁶³ LOISEAU G., « *Focus sur la vie personnelle du salarié* », Recueil Dalloz, 2009, n° 35, p. 2393

¹⁶⁴ ADAM P., « *SMS, vie privée et portable professionnel : histoire (courte) d'un Homme « sans territoire* » », Revue de droit du travail, 2015, p.191

¹⁶⁵ *ibid*

collaborateurs »¹⁶⁶, en raison de la confusion de l'espace et du temps qu'elles engendrent et des relations sociales qu'elles transforment. Pour autant, l'usage de ces dispositifs pointus ne peut conférer une puissance absolue auprès de l'employeur : il demeure tenu d'une obligation de loyauté et de correction et ne peut bafouer la moralité et la dignité du travailleur par des outils. En ce sens, la doctrine est unanime sur l'usage des TIC, reprenant l'adage de Jean-Emmanuel RAY « *Si tout est techniquement possible, tout n'est pas juridiquement permis* »¹⁶⁷. Les droits fondamentaux du salarié ne peuvent donc être restreints sans limite. En effet, s'il est admis que la vie privée du salarié peut faire l'objet d'un certain sacrifice, ce dernier ne peut être inconditionnel¹⁶⁸.

Cette idéologie de la relativité des droits du travailleur et de l'employeur a fait l'objet d'une consécration légale progressive. Fruit de la jurisprudence dite *Corona* conférant un droit au respect à la vie privée au travail¹⁶⁹, le législateur a d'abord admis l'existence de restrictions aux libertés fondamentales du salarié pour le seul exercice de son pouvoir disciplinaire de l'employeur¹⁷⁰ avant de l'élargir à l'ensemble du pouvoir patronal. Désormais, l'article L1121-1 du Code du travail prévoit explicitement que « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». La rédaction de cet article amène à de nombreux propos. L'emploi du terme « *Nul* » ne se borne pas uniquement à des restrictions émises par l'employeur. Le législateur étend le respect de la vie privée et ses possibles restrictions aux acteurs périphériques du contrat de travail, comme les IRP, mais également aux normes infra légales, tels que le contrat de travail, le règlement intérieur ou la convention collective. En outre, le législateur exige impérativement l'existence d'une motivation, une justification dans les restrictions apportées aux droits et libertés fondamentales. Ainsi, les TIC au service du pouvoir de direction, contrôle et gestion de l'employeur ne peuvent emporter la vie privée de manière arbitraire.

Pour autant, bien qu'il apparaisse protecteur des salariés, l'article souffre de grandes imprécisions¹⁷¹. D'abord la vie privée est entendue par les expressions « *droits des personnes*

¹⁶⁶ TEYSSIE B., « *Personnes, entreprises et relations de travail* », Dr. social, 1988, p. 375

¹⁶⁷ RAY J.-E., « *Droit du travail* », Coll. Droit vivant, 28ème éd., 2020, éd. Liaisons

¹⁶⁸ LYON-CAEN G., « *Les libertés publiques et l'emploi* », op. cit.

¹⁶⁹ Conseil d'État, 1er février 1980, *Société Peintures Corona*

¹⁷⁰ C. trav., art. L122-35 anc.

¹⁷¹ DUPAYS A., « *Droit du travail* », Le Lamy social, 2021

» et « *libertés individuelles* ». Or, la notion aurait mérité une codification plus explicite, au regard des nombreuses menaces qu'elle peut subir. La jurisprudence abondante sur la violation de la vie privée du salarié, de plus en plus régulière depuis l'évolution massive des TIC, n'en est que la modeste preuve. Aussi, les critères légitimant les restrictions à la vie privée sont très larges, ne reprenant qu'un objectif de finalité et de proportionnalité. Cette perception du respect de la vie privée est très objective, contrairement à l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur, qui repose sur de la subjectivité. On peut douter que l'employeur dispose du recul nécessaire pour apprécier lui-même la finalité et la proportionnalité des dispositifs de surveillance issues des TIC qu'il souhaiterait mettre en œuvre et leur impact sur le salarié. Si aucun des droits du salarié ou de l'employeur ne doit primer sur l'autre, il revient à un ordre, une force externe d'en faire l'arbitrage. Or l'article L1121-1 du Code du travail en exclut totalement le législateur, qui n'en pose que les bases.

Les restrictions à la vie privée strictement admises par le législateur, il revient désormais à la jurisprudence d'en faire une appréciation juste pour équilibrer les intérêts des parties au contrat.

B. Les restrictions à la vie privée du salarié indéfiniment appréciées

La Haute juridiction est investie d'un large pouvoir d'appréciation dans l'usage des TIC par l'employeur (1), dévoilant toutes les difficultés de leur mise en œuvre face à la vie du salarié surprotégée (2).

1. Les TIC soumis à une appréciation prétorienne des exigences légales

L'article L1121-1 du Code du travail laisse une place dominante à la Haute juridiction dans la recherche d'un juste équilibre entre l'autonomie de la vie privée du salarié et l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur, notamment par le biais des TIC¹⁷². En effet, il revient à la Cour de cassation d'apprécier l'équilibre des intérêts en présence et vérifier que l'employeur n'a pas fait un usage déloyal de ses prérogatives par des comportements altérant la position fragile du salarié, partie faible au contrat¹⁷³. Le juge devient alors l'arbitre de la juste mesure.

¹⁷² LYON-CAEN G., « *Vie privée et entreprise* », op. cit.

¹⁷³ VIGNEAU C., « *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail* », Dr. soc, 2004, p. 254

En effet, la jurisprudence ancienne, mise en lumière par l'arrêt NIKON, a conféré une tendance à la surprotection de la vie privée du salarié, pouvant susciter des réserves du côté patronal¹⁷⁴. Depuis, la Haute juridiction s'est efforcée de consacrer des solutions plus nuancées et équilibrées. Prenant conscience de l'essor des TIC en entreprise, les juges ont mis en place une véritable « *déontologie du contrôle* »¹⁷⁵.

Dans un premier temps, il revient au juge d'apprécier si la restriction de la vie privée en raison d'usage de TIC est justifiée par la nature de la tâche à accomplir. La mise en place de dispositifs spécifiques ne doit pas avoir pour finalité la surveillance du salarié, et *de facto* de sa vie privée, mais contrôler et analyser son activité de travail ou assurer d'autres impératifs distincts du travailleur. Sans précision donnée par le législateur, cette exigence repose en réalité sur l'adéquation du dispositif informatique et technologique avec le strict intérêt de l'entreprise. Les TIC pourront ainsi légitimement restreindre la vie privée du salarié, s'ils répondent à un impératif de réputation, de discipline ou encore d'hygiène ou de sécurité¹⁷⁶. En ce sens, en vertu d'un impératif de sécurité incontestable, les dispositifs biométriques, particulièrement intrusifs, sont potentiellement autorisés pour les sites classés à hauts risques, comme les entreprises SEVESO ou les centrales nucléaires¹⁷⁷. De la même manière, la jurisprudence a estimé que la surveillance permanente au sein d'un casino était justifiée par la nature de la tâche à accomplir, en raison des impératifs de sécurité des personnes et des biens dans un établissement aussi sensible¹⁷⁸. Pour autant, les TIC au profit du pouvoir de direction de l'employeur doivent aussi être conciliés avec les modalités d'exécution du contrat de travail du salarié. Ainsi, pour la Haute juridiction « *l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail* »¹⁷⁹.

En outre, il appartient au juge de vérifier si les mesures relevant des TIC ne portent pas une atteinte excessive à la vie privée. Par une appréciation *in concreto*, les magistrats sont ainsi contraints de mettre en balance les intérêts de l'entreprise et les droits fondamentaux des salariés. Cette exigence de proportion invite les juges à vérifier si les effets des TIC choisies

¹⁷⁴ LEPAGE A., « *Droits de la personnalité* », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2009

¹⁷⁵ WAQUET PH., « *L'entreprise et les libertés du salarié* », Ed. Liaisons, 2003, p. 163

¹⁷⁶ BAREGE A., BOSSU B., « *L'éthique et le rapport de travail* », op. cit.

¹⁷⁷ CNIL, Délibération SAN-2018-009 du 6 septembre 2018

¹⁷⁸ Cass. soc., 2 février 2011, n° 10-14.263

¹⁷⁹ Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-18.036, Bull. civ 2011, n°247

par l'employeur ne sont pas d'une gravité excessive par rapport aux résultats escomptés¹⁸⁰. En réalité, dans la pratique il n'est pas question de comparer littéralement les intérêts des parties, qui sont nécessairement différents, mais vérifier que les TIC n'engendrent pas des conséquences démesurées sur la vie privée du salarié. Ainsi, les juges vont vérifier si les TIC, associées à leur finalité, n'auraient pas pu être remplacées par des moyens moins attentatoires dans la quête de cette objectif¹⁸¹. La jurisprudence a considéré le contrôle du temps de travail par des dispositifs de badgeage par empreintes digitales étaient disproportionnés, au regard des données extrêmement sensibles recueillies, qui portaient gravement atteintes « *au corps humain et aux libertés individuelles* »¹⁸². L'utilisation de badge électronique, et non biométrique, serait un compromis.

Bien qu'ils puissent émettre des restrictions et atteintes à la vie privée, les TIC trouvent leur pleine légitimité dans les critères légaux interprétés à la lumière des juges. Pour autant, dans la pratique, leur usage se révèle des plus complexe (2).

2. Les TIC soumis à une difficile mise en œuvre au sein de l'entreprise

L'appréciation des TIC par la jurisprudence dévoile une admission prétorienne craintive des outils technologiques au service de l'employeur. En effet, les juges ont attaché le critère de proportionnalité des TIC à l'existence d'un moyen moins attentatoire pour atteindre la même finalité poursuivie par l'employeur. Or, les TIC étant des outils relativement nouveaux et contemporains dans l'espace juridique de travail, il est indéniable qu'il existe de nombreuses alternatives de contrôle plus modérées au bénéfice de l'employeur, et *de facto* plus archaïques. L'argument tiré de l'obsolescence des anciennes méthodes et procédés de contrôle ne séduit pas les instances suprêmes, dont l'avis semble catégorique : le contrôle de l'activité du salarié est illicite s'il peut être réalisé par un autre moyen, même si ce dernier est moins efficace¹⁸³. Tel est le cas de la mise en place d'un système de géolocalisation dans la voiture d'un salarié pour contrôler et optimiser son temps de travail¹⁸⁴. Dans cette espèce, la jurisprudence a estimé

¹⁸⁰ BOSSU B., « *Surveillance du salarié et respect des droits fondamentaux* », Hebdo édition sociale, Lexbase, 14 novembre 2019, n°802

¹⁸¹ BAREGE A., BOSSU B., « *L'ordinateur et la vie privée du salarié* », JCP S 2007, p. 1451

¹⁸² Tribunal judiciaire Paris, 19 avril 2005, n° 05/00382

¹⁸³ CE, 15 décembre 2017, n° 403776

¹⁸⁴ Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-18.036, Bull. civ. 2011, n° 247

que l'employeur disposait d'autres instruments de surveillance à sa disposition, comme des systèmes de pointage ou encore les relevés kilométriques du véhicule.

En établissant un critère de subsidiarité, l'employeur ne doit plus seulement démontrer qu'aucun outil ne permet le même degré de contrôle que celui établi par les TIC mais qu'aucun autre procédé ne confère un niveau satisfaisant de contrôle. En réalité, la jurisprudence tend à rendre l'usage des TIC comme un accessoire, un outil de second choix au service du pouvoir de contrôle de l'employeur. A la vue des nombreuses décisions rendues en la matière¹⁸⁵, la Haute juridiction semble bien frileuse à admettre le contrôle de l'activité des salariés par les TIC et tend à ne faire aucun compromis.

L'appréciation plutôt stricte de la Cour de cassation peut s'expliquer facilement dans la mesure où les outils technologiques et informatiques n'offrent que très peu de garanties convenables et suffisantes au salarié contre les abus générés sur sa vie privée. Dans la pratique, l'utilisation des TIC au travail peut mettre le travailleur en mauvaise posture : en plus de voir sa vie privée en danger, le salarié se confronte aux risques d'une utilisation malveillante des informations recueillies par l'employeur pour le sanctionner. En effet, la majorité du contentieux relatif à l'utilisation des TIC font état de mesures de licenciement à l'encontre du travailleur. Consciente de ces répercussions graves, la Cour de cassation a construit une logique de sanction dissuasive auprès de l'employeur, sur le même fondement que le dispositif punitif contre les discriminations¹⁸⁶. En cas de non-respect des dispositions de l'article L1121-1 du Code du travail, la sanction prononcée est frappée de nullité. En conséquence, le salarié se voit offrir la possibilité de bénéficier d'une indemnisation confortable exemptée des barèmes légaux¹⁸⁷ ou d'obtenir une ordonnance de réintégration dans son poste. Le salarié ayant demandé sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration¹⁸⁸. La jurisprudence de la Cour de cassation donne véritablement une nouvelle vigueur aux garanties de protection des droits et libertés fondamentales du salarié contre un usage injustifié et excessif des TIC par l'employeur.

¹⁸⁵ Cass. soc., 19 décembre 2018, n°17-14.631, Bull. civ -

¹⁸⁶ LAIGNEAU M., RAY J.-E. et MATHIEU B., op. cit

¹⁸⁷ C. Trav, art. L. 1235-3-1

¹⁸⁸ Cass. soc. 21 novembre 2018, n°17-111.22

Au regard des dispositions légales et prétoriennes, l'utilisation des TIC en entreprise semble complexe à mettre en œuvre. Aucune solution pratique n'ayant été dégagée, le salarié comme l'employeur se confrontent à un flou juridique sur l'usage des TIC au travail. La doctrine s'interroge vivement sur les directions à prendre afin de les régler, envisageant même une interdiction totale pour éviter les risques de dérives¹⁸⁹. Cette solution, manifestement contraire au progrès technique, apparaît bien excessive voire irréalisable dans notre société actuelle, d'autant plus que la crise sanitaire a normalisé l'utilisation des TIC au sein de tous les secteurs du travail, rendant leur usage presque indispensable. Si les TIC en entreprise se mesurent à une application difficile, certains supports peuvent toutefois leur assurer un encadrement plus stable. En effet, s'il est de principe que le salarié ait un libre accès aux moyens de télécommunications, l'employeur peut y apporter des tempéraments dans le but de garantir des conditions de travail décentes aux travailleurs. Ainsi, l'utilisation des TIC peut être circonscrite à un usage strictement professionnel ou restreindre à l'accès à des sites internet référencés comme les réseaux sociaux. *A contrario*, une interdiction générale du téléphone personnel est trop absolue, incompatible avec le respect de la vie privée du salarié¹⁹⁰. Constituant des « *petites lois contraignantes* »¹⁹¹, la rédaction de normes internes sur l'utilisation des TIC apparaissent être une solution efficace et raisonnable, permettant à la fois de circonscrire leur usage et de garantir une protection suffisante de la vie privée du salarié.

En outre, pour être opposable à la communauté de travail, les chartes ou clauses apposées au sein du règlement intérieur pour régler l'usage des TIC doivent respecter des diligences précises¹⁹². Ainsi, l'intervention du CSE et de l'inspecteur du travail sont gages d'un encadrement équilibré et constituent un véritable socle de légitimité pour les TIC au sein de l'entreprise. La rédaction de règles internes constitue un compromis équilibré entre les intérêts des parties : le salarié bénéficie d'un bouclier supplémentaire de sauvegarde de ses libertés individuelles et l'employeur s'assure d'un usage raisonnable des TIC lui permettant d'exercer à juste titre son pouvoir de sanction¹⁹³.

¹⁸⁹ LAIGNEAU M., RAY J.-E. et MATHIEU B., *op. cit*

¹⁹⁰ DUPAYS A., « *Droit du travail* », Le Lamy social, 2021

¹⁹¹ GAUTIER P.-Y., « *La preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la « vie privée » des salariés* », Recueil Dalloz, 2001, p. 3148

¹⁹² RAY J.-E., « *À propos de la révolution numérique* », *op. cit*

¹⁹³ Cass. soc., 22 octobre 2008, n°07-42.654 - Cass. soc., 15 décembre 2010, n°09-42.691).

A condition de respecter les exigences légales et prétoriennes de son obligation de loyauté, l'employeur dispose d'une large liberté dans l'utilisation des TIC en entreprise, permettant même de restreindre les droits fondamentaux du salarié au travail. Toutefois, le respect de la vie privée du salarié ne tient pas aux seuls engagements de l'employeur. Le salarié doit également adopter un comportement de bonne-foi dans l'exercice de sa vie privée (II).

Section II : Une appréciation rigide du devoir de loyauté du salarié

Les TIC ne sont pas des instruments à la seule disposition de l'employeur. Le salarié en fait également usage, dans le cadre de sa vie professionnelle mais également dans le cadre de sa vie personnelle. Pour autant, en sa qualité de co-contractant, il est lui aussi contraint au respect de certaines exigences envers son employeur auquel il est subordonné. De fait l'utilisation des TIC dans le cadre de la vie privée du salarié ne peut constituer un obstacle au respect de ses obligations contractuelles (I). La loyauté du salarié s'étire au-delà du contrat de travail, puisque l'étendue de la vie privée du salarié se borne au respect des intérêts de l'entreprise (II).

I. L'atteinte à la vie privée justifiée par le respect des obligations contractuelles du salarié

Les TIC ont largement favorisé un affranchissement des frontières entre la vie personnelle et la vie professionnelle du salarié. Pour autant, la vie privée du salarié ne peut compromettre l'exécution du contrat de travail auquel le travailleur est subordonné (A), sans quoi il s'expose au pouvoir disciplinaire de son employeur (B).

A. L'exercice de la vie privée subordonné à l'exécution du contrat de travail

Le salarié est un individu polymorphe. Débiteur de droits subjectifs, il conserve son statut de citoyen au sein de l'entreprise et les droits s'y afférant (1). Mais, l'existence du contrat de travail, comme convention productrice d'obligations, le soumet à un statut de travailleur subordonné de l'employeur (2).

1. Le salarié, citoyen en entreprise

Depuis 1982¹⁹⁴, le droit social semble accorder un dévouement au salarié dans l'exercice de ses droits et libertés. Dès la signature de son contrat de travail, le salarié devient subordonné à l'employeur, pour lequel il exerce des prérogatives. Usuellement appelé partie faible au contrat de travail, le salarié subit dès lors les répercussions d'une hiérarchie implicite et indiscutable, devant se soumettre à l'autorité de son supérieur. Pour autant, le salarié n'est pas esclave d'un maître. D'abord parce que son travail lui rapporte une contrepartie mutuellement négociée mais aussi parce qu'il demeure libre dans la rupture de la convention qui le lie à l'activité de l'entreprise. Cette faculté de pouvoir disposer de soi-même est la résultante du statut de citoyen dont il dispose. Avant d'être un travailleur, le salarié est un individu jouissant de droits civils et politiques inhérents à l'être humain. Le salarié, parce qu'il est un Homme, est donc dépositaire de droits et libertés dont il peut revendiquer les effets en tout lieu et en tout temps. Il existe ainsi un véritable socle de la citoyenneté au sein de l'entreprise « *permettant au travailleur, en desserrant l'étau de la subordination, de s'accomplir comme individu et ainsi d'exercer son droit à être libre* »¹⁹⁵.

Le droit du travail, devenu le droit des travailleurs, milite pour la défense et le respect des droits et libertés des travailleurs tant au sein de leur vie professionnelle que personnelle. Désormais il est acquis pour le salarié de profiter de son droit à la vie privée même au temps et lieu de travail. Autrefois nommé « *travail en perruque* », l'utilisation d'une partie du temps de travail du salarié dans un but extraprofessionnel, voire strictement privé, est reconnue et tolérée depuis longtemps¹⁹⁶. Ainsi, le travailleur peut passer un appel téléphonique ou converser avec ses collègues, sans que ces actes ne relèvent de sa vie professionnelle mais bien de sa vie personnelle¹⁹⁷. La jurisprudence de la CEDH accorde également une certaine importance à cette autonomie sociale conférée, relevant que la vie privée octroie à l'individu la possibilité « *de développer son identité sociale* »¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, art. 1, JORF 6 août 1982

¹⁹⁵ PÉCAUT-RIVOLIER L., STRUILLOU Y., WAQUET P., « *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié* », Coll. Droit vivant, Ed. Liaisons, 13 février 2014

¹⁹⁶ RAY J.-E., « *Vies professionnelles et vies personnelles* », Dr.social, 2004, p. 5

¹⁹⁷ DUPAYS A., *op. cit*

¹⁹⁸ CEDH, 6 juin 2016, Req. n° 61496/08, Barbulescu c/ Roumanie

Même si la démarcation entre la vie personnelle et professionnelle est moins linéaire, leur indépendance est toujours cultivée. En effet, il reste de principe de considérer que tout ce qui ne relève pas de la vie professionnelle relève donc du champ de la vie personnelle du salarié. *De facto*, lorsque le salarié use des TIC au travail à des fins étrangères à l'exécution de ses prérogatives contractuelles, il se soustrait à l'autorité de l'employeur. En effet la doctrine s'accorde de considérer que « *Les droits et libertés du salarié découlant de sa vie personnelle n'entrent pas dans la sphère du pouvoir de direction de l'employeur* »¹⁹⁹. Cette thèse fonde la solution constante adoptée par la Haute juridiction, selon laquelle un fait tiré de la vie personnelle du salarié échappe à l'exercice du pouvoir de subordination de l'employeur²⁰⁰. Les éléments relatifs à la vie privée du salarié, qu'ils aient lieu au sein ou à l'extérieur de l'entreprise, sont insaisissables du contrôle de l'employeur, qui ne peut s'en prévaloir pour sanctionner le salarié.

Toutefois, les TIC ont véritablement densifié le flou entre la vie personnelle et professionnelle du salarié au sein de l'entreprise. Sans frontière apparente et précise, le salarié est livré à lui-même dans l'utilisation des TIC. Or, ces outils interconnectés en permanence intensifient grandement les tentations d'utilisation extraprofessionnelle. Pris dans un engrenage, le salarié devient, sans même le concevoir, acteur de l'estompage des frontières en introduisant à outrance des éléments de sa vie privée au sein de son espace dédié au travail²⁰¹. Cette difficulté de discernement des sphères professionnelle et personnelle incommode surtout l'employeur. Cette distinction lui est fondamentale en ce qu'elle détermine l'usage ou non de ses prérogatives de direction.

La vie privée, étendue au temps et au lieu de travail, dévoile la confusion désormais établie de la vie personnelle et professionnelle. Toutefois, le statut de citoyen du salarié ne saurait évincer sa fonction de travailleur. Le contrat de travail s'apparente ainsi à un rempart intangible entre les sphères privés et professionnelles (2).

¹⁹⁹ PAGNERRE Y, « *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail* », *Economica* 2011 p.95

²⁰⁰ Cass. soc, 20 novembre 1991, op. cit. – Cass.soc, 16 décembre 1998, n° 96-43.540, Bull. civ. 1998, n°559

²⁰¹ RADE C., « *Les salariés protégés également tenus par l'obligation de loyauté* », *Hebdo édition sociale*, Lexbase, 25 juillet 2019, n°792

2. Le salarié, travailleur subordonné

Le contrat de travail est une notion absente du Code du travail. Pour pallier le silence du législateur, la jurisprudence lui a apporté une définition prétorienne immuable depuis 1954. Le contrat de travail est une « *convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant rémunération* »²⁰². Au regard de la définition apportée par la Haute juridiction, le contrat de travail est donc un acte source d'obligations entre les parties²⁰³. Constituant une convention soumise aux règles civilistes, le contrat de travail dispose d'une force contraignante. Les articles 1103 et 1134 du Code Civil disposent en ce sens que « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* »²⁰⁴. Cette force obligatoire confère aux contractants la faculté de créer une loi entre elle, « *la loi commune fixée par le contrat* ». De fait, le contrat de travail oblige les parties au respect de son existence, de son contenu et des effets qu'il produit.

Le salarié se définit par l'existence du contrat de travail²⁰⁵. En effet, l'individu acquiert la qualité de salarié à la signature de la convention avec l'employeur, qui fixe les modalités d'exécution de la prestation de travail. Bien qu'il soit subordonné, le travailleur n'est pas pour autant asservi à l'employeur. Lorsque le salarié consent à se mettre au service d'autrui, il abandonne ses libertés pour tout ce qui relève de l'exécution du travail pour laquelle il a contracté²⁰⁶. Le salarié n'est donc pas à proprement parlé assujéti à l'employeur mais plutôt au respect de ses obligations contractuelles. *De facto*, la subordination du salarié trouve ses limites dans la seule exécution de son contrat de travail. En principe, pour le reste de sa vie « *il demeure libre* »²⁰⁷. La soumission du salarié ne dépend donc que du respect des règles de son contrat et des obligations qui en découlent, comme la loyauté et la bonne-foi.

Les relations de travail doivent être des « *relations civilisées* »²⁰⁸, c'est à dire que chacun des contractants doit respecter ses engagements auxquels il a consenti au sein de son contrat de

²⁰² Cass. soc. 22 juillet 1954, Bull. civ. 1954, IV, n° 576

²⁰³ AYNES L., MALAURIE P., « *Droit civil, Les obligations* », Les sources, Sirey, 2ème édition, Tome 1, 1987

²⁰⁴ C. Civ, art. 1103 et art. 1134

²⁰⁵ CORNU G., « *Vocabulaire juridique* », *op. cit*

²⁰⁶ LYON-CAEN G., « *Les libertés publiques et l'emploi* », *op. cit*

²⁰⁷ *ibid*

²⁰⁸ SUPIOT A., « *Pourquoi un droit du travail ?* », Dr. soc. 1990.492

travail. Dès lors, aucun obstacle ne pourrait intervenir et déséquilibrer ce consensus²⁰⁹. Ainsi, le respect de la vie privée du salarié se trouve directement confronté avec ses obligations contractuelles, auxquelles il ne peut échapper²¹⁰. Bien qu'il ait fait l'objet d'une protection des plus accrues, sous l'égide du Conseil Constitutionnel²¹¹, le droit au respect de la vie privée ne peut être une échappatoire à l'exécution du contrat de travail. Le salarié est certes citoyen mais il n'en demeure pas moins contractant. De fait, ses droits et libertés doivent être conciliés avec des exigences de conscience professionnelle et une forme de probité dans l'exécution du contrat de travail²¹². Le salarié ne peut instrumentaliser son droit au respect de la vie privée au détriment de sa tâche professionnelle. Cette conception se justifie par la prédominance de la loi contractuelle sur les individus. À défaut de rompre la convention, les parties s'engagent à exécuter correctement leurs obligations mutuelles jusqu'à son extinction. Dès lors, l'usage des TIC dans la vie personnelle du salarié est tributaire d'une exigence de loyauté et de raison, afin de ne pas compromettre la relation de travail contractualisée. Si le salarié fait le choix de profiter de sa vie privée au sein de l'entreprise, elle doit nécessairement se concilier avec les impératifs nés de son contrat de travail.

Le travailleur ne peut se cacher illusoirement derrière la notion de vie privée, pour échapper à l'autorité de l'employeur. Au cœur de l'exécution du contrat, l'employeur dispose de ses pouvoirs de plein droit en cas de manquement du salarié (B).

B. L'exercice de la vie privée limité par le pouvoir disciplinaire de l'employeur

La subordination du salarié auprès de l'employeur est le socle du contrat de travail. La jouissance des droits fondamentaux du travailleur ne peut lui permettre de renverser cet équilibre. De fait, l'usage démesuré de la vie privée du salarié au détriment de la relation de travail est sanctionné par l'employeur (1). Cette sanction trouve sa pleine légitimité, dans la mesure où le fait de la vie personnelle se rattache directement à l'exécution du contrat de travail (2).

²⁰⁹ ARPAILLANGE, « Les droits de la défense et le droit du travail », La Semaine sociale Lamy, n° 410, 24 mai 1988

²¹⁰ SAVATIER J., « La protection de la vie privée des salariés », Dr. Social, 1992, p. 329

²¹¹ Cons. const., 23 juill. 1999, op. cit.

²¹² VIGNEAU CH., « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », Dr. soc, 2004,

1. Le fait personnel nécessairement sanctionné

« Le salarié met à la disposition de l'employeur sa force de travail mais non sa personne »²¹³. Depuis l'avènement de la liberté des travailleurs dans l'entreprise, intronisé par les lois Auroux²¹⁴, il est de principe que la vie personnelle du travailleur ne peut donner lieu à une sanction disciplinaire. La faculté de sanction conférée à l'employeur tient sa source de son pouvoir disciplinaire. Partie forte au contrat, l'employeur est compétent pour prendre des mesures à l'encontre du salarié à la suite d'un agissement fautif de celui-ci²¹⁵. Toutefois en se réfugiant derrière les barrières de sa vie privée, le salarié n'est plus subordonné à l'autorité patronale ni à ses obligations contractuelles résultant de sa relation de travail²¹⁶. Au sein de la vie professionnelle, le salarié dispose d'un espace d'autonomie et de liberté échappant à la sanction, même si le lien de subordination prévaut. D'ailleurs, en dehors de l'entreprise, cette protection est renforcée car le salarié n'est plus soumis à l'autorité de l'employeur. Ainsi, le prononcé d'une sanction à l'encontre du salarié suppose l'existence d'une faute préalable. Or, dans le cadre d'un fait tiré de la vie personnelle, il est de principe de considérer que ce dernier ne peut constituer une faute²¹⁷ passible de sanction disciplinaire.

Pour autant, la séparation des sphères privée et professionnelle ne peut conférer une impunité totale au salarié²¹⁸. En tant que co-contractant, il est débiteur d'une obligation de loyauté auquel il ne peut déroger. Sa violation doit être tout autant réprimée que chez l'employeur²¹⁹. Le salarié ne peut donc abuser de son droit au respect de la vie privée en le détournant de sa finalité²²⁰ : il lui confère un espace de liberté suffisant en dehors et au sein de l'entreprise et non une arme de riposte contre le pouvoir disciplinaire de l'employeur.

L'usage de la vie privée du salarié n'est donc pas intouchable. Dans le cadre des TIC, le salarié doit en faire un usage raisonnable et limité pour répondre aux stricts besoins de sa vie

²¹³ RIVERO J., « *Les libertés publiques dans l'entreprise* », Extrait du colloque de Nanterre des 20-21 novembre 1981, *L'entreprise et les libertés publiques*, Dr. soc., 1982, p. 417 et suiv.

²¹⁴ Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, *op. cit*

²¹⁵ C. Trav, art. L1331-1

²¹⁶ Cass. soc, 21 octobre 2003, n° 00-45.291 et 01-44.761, Bull. civ. 2003, n°259

²¹⁷ Cass.soc, 16 décembre 1997, *op. cit*

²¹⁸ RADE C., « *Salariés : attention à ce que vous publiez sur Facebook !* », La lettre juridique, Lexbase, 15 octobre 2020, n°840

²¹⁹ BOSSU B., « *Loyauté et contrat de travail* », Droit et loyauté, Ed. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 117

²²⁰ KEFER F. « *La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié* », La vie privée au travail d. Anthemis, juin 2011, p. 17 et suiv.

personnelle. S'il se révèle abusif, empiétant sur l'exécution du contrat de travail, l'employeur retrouve légitimement un pouvoir de contrôle, pour vérifier l'application des règles en entreprise, et de sanction, si le salarié tend à s'y soustraire²²¹. Ainsi, la vie personnelle échappe à la sanction de l'employeur à la seule condition de ne pas troubler la prestation de travail ou l'obligation de loyauté du salarié²²². En effet, lorsqu'un fait de vie personnelle engendre un manquement à une obligation découlant du contrat de travail, il change de sphère et s'associe à la vie professionnelle du salarié, en raison de son exécution contractuelle défaillante. Le salarié est perpétuellement soumis au respect de ses obligations professionnelles, qui le suivent même au-delà de sa vie professionnelle²²³. S'il tente d'en échapper, le salarié commet une faute au regard des obligations qui pèsent sur lui, justifiant la mise en place d'une sanction²²⁴.

L'employeur peut donc se prévaloir d'un fait de la vie privée du salarié pour le sanctionner, dès lors que le comportement ou l'acte réalisé relève d'une faute. Encore faut-il que l'employeur puisse qualifier le fait de vie personnelle comme fautif (2).

2. Le fait personnel rattaché à la vie professionnelle

Le fait de vie personnelle est par nature étranger à la vie professionnelle. Pour autant, afin d'éviter qu'elle ne devienne un « *paravent à la fraude* »²²⁵, la jurisprudence a développé un mécanisme de rattachement à l'exécution du contrat de travail. Dès lors, un fait tiré de la vie privée du salarié peut constituer une faute passible d'une sanction disciplinaire dès lors qu'il se rattache à la vie professionnelle²²⁶. Pour relever du pouvoir disciplinaire de l'employeur, le fait tiré de la vie privée doit nécessairement constituer un manquement à son obligation professionnelle, c'est à dire une violation des termes du contrat de travail ou des obligations qu'il a fait naître. Les liens permettant le rattachement à la vie professionnelle doivent être explicites et convaincants. L'assimilation d'un fait de vie personnelle à la relation de travail impose l'existence d'un moyen matériel. En ce sens, la jurisprudence considère que le fait de la vie privée doit produire des conséquences et répercussions professionnelles

²²¹ BAREE G E A., BOSSU B., « *Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié* », *op.cit*

²²² AUZERO G., BAUGARD D., DOCKES E., *op. cit*

²²³ ADAM P., « *Vie personnelle/ vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? (Petit exercice de jardinage juridique)* », *Dr. Ouvrier*, Juillet 2013, n°780

²²⁴ WAQUET P., « *Trouble objectif : le retour à la case « départ »* », *La semaine sociale lamy*, 10 septembre 2007, n°1319

²²⁵ KERNALEGUEN F., *op. cit.*

²²⁶ Cass. soc., 24 juin 1998, n° 96-40.150, Bull. civ 1998, n°338 - CE, 15 déc. 2010, req. n°316856

suffisantes, justifiant le prononcé d'une sanction. Tel est le cas d'un salarié ayant harcelé une collègue hors de son temps de travail par le biais d'une messagerie électronique²²⁷. L'usage des TIC par le salarié n'est donc pas sans limite, qu'il s'agisse d'une utilisation au travail ou hors de l'entreprise.

Le rattachement d'un fait de vie professionnelle peut résulter d'une constatation d'un manquement du salarié à une obligation découlant du contrat de travail. En ce sens, la Cour de cassation veille scrupuleusement au respect de l'obligation de loyauté, dont la violation constitue un fait fautif sévèrement réprimé²²⁸. Ainsi, la Cour de cassation relève que l'obligation de loyauté subsiste au cours et en dehors de l'exécution du contrat de travail, de sorte que le salarié ne peut être dispensé de fournir des mots de passe informatique à son employeur sous prétexte que son contrat de travail était suspendu et qu'il relevait désormais de sa vie personnelle²²⁹. Manque également à son obligation de loyauté, le salarié ayant utilisé les instruments informatiques de son collègue afin d'accéder à la messagerie professionnelle de ce dernier et y consulter ses messages personnels²³⁰. Outre l'obligation de loyauté, le juge est tenu de vérifier concrètement le respect des obligations contractuellement prévues par les parties. Ainsi, la Cour d'Appel de Paris a récemment considéré que le fait pour un journaliste, soumis à une obligation contractuelle de neutralité, de « liker » avec sa page privée des publications Facebook faisant la promotion de thèses antisémites, constitue une violation répétée des obligations contractuelles, rendant impossible la poursuite du contrat de travail²³¹. L'usage des TIC par le salarié dans le cadre de sa vie privée se confronte à ses obligations contractuelles, dépassant les frontières de l'entreprise.

L'utilisation des TIC dans la vie personnelle du salarié constitue également une faute lorsqu'elle résulte d'un abus de son droit à la vie privée au détriment de l'entreprise. Si l'usage des TIC au temps et lieu de travail est toléré, il ne doit pas être un instrument de nuisance à l'encontre de l'employeur co-contractant. Dans ces circonstances, le fait fautif sera constitué à la suite d'une utilisation excessive ou manifestement déraisonnable des TIC. L'abus doit ainsi avoir un impact direct sur l'exécution de la prestation de travail. Usuellement, il est apprécié

²²⁷ CEDH, 6 juin 2019, Req. n° 70573/17, Garamukanwa c. Royaume-Uni

²²⁸ BAREGE A., BOSSU B., « *Un fait tiré de la vie privée ne peut constituer une faute* », La Semaine Juridique Social n° 28, 10 Juillet 2007, 1538

²²⁹ Cass. soc, 18 mars 2003, n° 01-41.343

²³⁰ CE, 10 juillet 2019, n°408.644

²³¹ CA Paris, pôle 6 - ch. 9, 14 avril 2021, n° 18/08219

au regard du temps de travail pendant lequel le salarié s'est soustrait de ses obligations. Ainsi, l'utilisation du téléphone professionnelle à des fins personnelles « *de façon continue et journalière* » est de nature à affecter l'activité professionnelle et constitue une faute grave²³². Au contraire, les juges ont considéré que la consultation d'internet à des fins personnelles à raison d'une heure par semaine était « *une durée de consultation sans être négligeable, qui, ne peut toutefois être considérée comme déraisonnable et donc réellement abusive* »²³³. Pour constituer une faute, le temps de travail utilisé au profit de la vie privée du salarié doit nécessairement être analysé au regard de ses fonctions et de ses conditions de travail²³⁴. *In fine*, l'utilisation des TIC dans le cadre de la vie personnelle du salarié devient abusive dès lors qu'elle affecte la productivité au travail ou qu'elle dépasse des règles d'ordre moral. En ce sens, la connexion répétée d'un salarié sur des sites à caractère pornographique jusqu'à 800 fois en un mois, depuis un ordinateur mis à sa disposition et strictement affecté à un usage professionnel constitue un abus et justifie un licenciement pour faute grave²³⁵.

S'il est reconnu que le manquement à une obligation du contrat constitue une faute, la sanction disciplinaire en raison d'un abus est plus difficilement appréhendable pour le salarié. La jurisprudence peine à définir les contours précis de la notion, de sorte qu'elle apparaît relativement tangible et incertaine pour les travailleurs. Laissée à l'appréciation souveraine des juges, la dérogation de l'atteinte à la vie privée en raison d'un abus crée une forme d'insécurité juridique. A moins que l'employeur précise les limites de l'usage des TIC au travail, au sein du contrat ou d'une norme interne, le salarié n'est pas en mesure de déterminer ce qui relève de l'excès. Dès lors, il se confronte à une sanction disciplinaire déterminée par l'employeur, conduit par ses convictions subjectives. Pour rétablir son droit au respect de la vie privée qu'il estime violé, le salarié est finalement contraint de passer par le contentieux. Dès lors, le salarié est nécessairement confronté à une altération préalable de ses droits. En réalité, la notion d'abus amène le salarié à faire preuve de bon sens et de discernement dans son utilisation des TIC au sein de sa vie professionnelle. Toutefois, une telle conception peut l'inciter à se brider et ne plus jouir librement du droit dont il dispose. S'il est naturel de faire primer le contrat de travail sur l'exercice de la vie personnelle du salarié, les garanties offertes par la jurisprudence au respect de sa vie privée du salarié ne semblent toutefois pas suffisantes.

²³² Cass.soc, 24 septembre 2013, n° 12-16.943

²³³ CA Bordeaux, 15 janvier. 2013, n° 11/02062

²³⁴ CA Chambéry, ch. soc., 25 févr. 2016, n° 15/01264

²³⁵ Cass. soc., 3 octobre 2018, n° 17-13.089

Le respect des obligations professionnelles, résultant du contrat de travail, légitime une atteinte à la vie privée du salarié. Si cette dérogation tire son fondement de la force obligatoire du contrat de travail, la jurisprudence a étendu cette exception au respect des intérêts de l'entreprise (II).

II. L'atteinte à la vie privée justifiée par le respect des intérêts de l'entreprise

La Cour de cassation usant de son pouvoir d'interprétation distingue un principe *sui generis* de trouble objectif. Ce mécanisme prétorien est profitable à l'employeur, en ce qu'il protège les intérêts de son entreprise (A). Toutefois, ce nouveau fondement à l'appui des prétentions de l'employeur restreint un peu plus le périmètre de la vie privée du salarié (B).

A. Le trouble objectif comme protection des intérêts de l'entreprise

La vie privée du salarié est assujettie au respect des obligations du contrat du travail auquel il est soumis. Pour autant, la notion de trouble objectif tend à élargir l'obligation contractuelle de loyauté en dehors du cadre de l'exécution du contrat de travail (1). De création jurisprudentielle, le trouble objectif se présente comme un principe au contenu incertain (2).

1. Un instrument d'extension de la loyauté contractuelle

Avant l'essor d'une philosophie protectrice des libertés du travailleur dès plus salubre, le salarié a longtemps été considéré comme un individu sous le joug de l'entreprise. Il était de jurisprudence constante de considérer que le salarié pouvait être valablement sanctionné dès lors qu'il dévoilait des convictions contraires à l'entreprise, même dans le cadre de sa vie privée²³⁶. Le contrat de travail s'apparentait à un serment d'allégeance implicite. Le simple fait de s'opposer aux valeurs, mœurs voire à la politique de l'entreprise devenait largement préjudiciable pour le salarié, confronté presque immédiatement à une sanction de son employeur²³⁷. La progression du néolibéralisme, associée à la transformation des rapports sociaux au travail, ont finalement amené à une reconnaissance de l'autonomie du salarié au

²³⁶ WAQUET PH., « *L'entreprise et les libertés du salarié* », *op. cit*

²³⁷ Cass. soc., 22 Juin 1960, Bull. civ., n°166

sein et en dehors l'entreprise. Dès lors, le paradigme jurisprudentiel s'est totalement transformé. Il n'est plus question de permettre une ingérence de l'employeur sur la vie privée du salarié, mais au bien au contraire de lui assurer une zone de liberté étrangère au lien de subordination. Le droit au respect de la vie privée du salarié, au sein et en dehors du travail, devient un précepte sacré, dont la jurisprudence n'a cessé de révéler la grandeur.

Pour autant, cette surprotection de la vie privée du salarié a rapidement suscité des réserves²³⁸. La prise en compte des intérêts unique des travailleurs, en dépit de ceux de l'employeur, a engendré un affaiblissement des sentiments d'appartenance à la collectivité de travail. L'expansion des TIC y a d'ailleurs largement contribué avec la généralisation de la « *déspatialisation* » du travail²³⁹, qui laissait penser utopiquement aux salariés qu'ils étaient libérés de leurs attaches avec l'entreprise. Consciente de cette asymétrie grandissante, la Cour de cassation est revenue sur ses pas et s'est dès lors évertuée à réaliser des appréciations plus nuancées, soucieuses du rétablissement d'un équilibre entre le droit au respect de la vie privée du salarié et le respect de l'entreprise. Ainsi, même au cœur de sa vie privée, le comportement du salarié ne peut compromettre « *les valeurs auxquelles l'entreprise est particulièrement attachée et qui garantissent son bon fonctionnement* »²⁴⁰. Il n'est plus seulement question de proscrire les agissements de nature à bafouer le contrat de travail. Dans la jouissance de sa vie personnelle, le salarié doit en plus veiller à ne pas nuire à son employeur par des comportements engendrant du désordre au sein de l'entreprise²⁴¹. Ainsi, la notion de trouble objectif étend considérablement le devoir de loyauté du salarié²⁴² au-delà de son origine exclusivement contractuelle. La jurisprudence opère désormais à un rattachement des actes de vie personnelle même s'ils sont totalement étrangers à la vie professionnelle du salarié et ne comporte aucun lien matériel avec le contrat de travail. L'atteinte à l'intérêt de l'entreprise devient une nouvelle limite de l'usage de la liberté du salarié dans sa vie personnelle²⁴³.

²³⁸ LEPAGE A., *op. cit*

²³⁹ Centre d'analyse stratégique pour la Direction générale du travail, Rapport sur l'impact des TIC sur les conditions de travail, La documentation française, 2012, n°49

²⁴⁰ BAREGE A., BOSSU B., « *L'éthique et le rapport de travail* »

²⁴¹ SAVATIER J., « *Le licenciement, à raison de ses mœurs, d'un salarié d'une association à caractère religieux* », Dr. social, 1991

²⁴² SARGOS P., « *Interférences des droits, libertés et devoirs des salariés en matière de licenciement disciplinaire* », Bulletin d'information de la Cour de cassation, 15 octobre 2004, n°606

²⁴³ FROUIN J.-Y., « *Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail* », JCP S, 2010, 1087

Le trouble objectif constitue une nouvelle restriction à la vie privée du salarié, dans le but d'établir des rapports sociaux équilibrés. Pour autant, cette nouvelle atteinte reconnue par la jurisprudence peine à dévoiler une définition et un contenu précis (2).

2. Un instrument difficile à appréhender

Le trouble objectif constitue une nouvelle dérogation au respect de la vie privée, justifiée par la prise en compte des intérêts de l'entreprise²⁴⁴. Absente du Code du travail, cette notion prétorienne ne fait pas l'objet d'une définition dès plus précise. Admis depuis l'arrêt Painsecq, la jurisprudence a toutefois tenté d'en dessiner les contours. Elle admet ainsi que *« peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière »*²⁴⁵. En premier lieu, il ressort de cette appréciation une nécessaire objectivation du trouble. Le comportement du salarié doit avoir nécessairement impacté les intérêts légitimes de l'entreprise, mettant en danger son fonctionnement voire sa survie. Pour être garantie d'objectivité, le trouble ne peut donc résulter d'une vision subjective de l'employeur, influencé par ses propres sentiments. Le trouble objectif doit se justifier par des éléments vérifiables et suffisamment précis pour démontrer le préjudice causé par l'entreprise²⁴⁶. Cette exigence d'objectivité est rendue nécessaire pour éviter une instrumentalisation de la notion par l'employeur. Permettant la prise en compte de comportements extrinsèque à la vie professionnelle, le trouble objectif doit être un outil de préservation des intérêts de l'entreprise et non de ceux de l'employeur. Au-delà de sa garantie d'objectivité, le trouble objectif doit être identifié au regard des fonctions du salarié et de la gravité de son comportement extra-professionnel. L'atteinte à la vie privée du salarié est admise en raison d'un comportement tellement gênant qu'il a engendré des conséquences considérables sur l'entreprise²⁴⁷. Si le travailleur dispose d'une haute fonction, ses actes auront nécessairement un rayonnement plus large sur l'entreprise.

²⁴⁴ ANTONMATTEI P.-H., « *Le licenciement pour trouble objectif* », Dr social, 2012, p.10

²⁴⁵ Cass. soc, 17 avril 1991, n° 90-42.636, Bull. civ. 1991, n° 201

²⁴⁶ WAQUET P., « *Le trouble objectif dans l'entreprise, une notion à redéfinir* », Revue de droit du travail 2006, p. 304

²⁴⁷ BAREGE A., BOSSU B., « *Un fait tiré de la vie privée ne peut constituer une faute* », *op. cit.*

Le trouble objectif est une notion largement dépendante de l'appréciation des juges²⁴⁸. En pratique, la jurisprudence tend à se focaliser davantage sur les répercussions des actes commis que sur leur cause. Cette nouvelle tendance est implicitement liée aux TIC, ayant généralisé la communication de masse au travers de supports digitalisés. En effet, la banalisation des réactions à vifs, partagées sur internet à la vue de milliard d'utilisateurs, est susceptible d'engendrer des retombées démesurées sur l'entreprise, selon la publicité du comportement nuisible du salarié. Pour conférer une meilleure protection aux intérêts de l'entreprise face à l'influence redoutable des TIC, la jurisprudence caractérise le trouble objectif au regard de l'impact sur l'entreprise, dès lors que le comportement du salarié est susceptible d'engendrer un dommage²⁴⁹. La jurisprudence en a fait la récente démonstration dans un arrêt portant sur l'affaire médiatique « *La ligue du lol* »²⁵⁰. Les juges du fond ont affirmé que le fait pour un salarié journaliste de faire partie d'un groupe Facebook faisant l'apologie du harcèlement constituait nécessairement un trouble objectif caractérisé à l'entreprise, au regard de ses conséquences en terme d'image, mettant en cause l'éthique éditoriale de l'entreprise, et en terme financier, engendrant possiblement des désabonnements de lecteurs et désengagements des annonceurs. Si cette décision semble justifiée pour les salariés relevant des métiers de l'influence, qu'ils soient médiatiques ou politiques, la prise en compte d'un trouble objectif, qui se fonde sur conséquences hypothétiques sur l'entreprise, demeure une solution relativement risquée pour la vie privée du salarié. En l'absence d'une caractérisation d'éléments matériels justifiant un préjudice, il apparaît relativement complexe d'apprécier l'impact du comportement personnel du salarié sur les intérêts de l'entreprise. Cette interprétation peut inciter les employeurs à se prévaloir plus facilement de comportements relevant de la vie professionnelle, dès lors que ces derniers apparaissent défavorables à l'entreprise, sans même avoir besoin de justifier d'un dommage causé. Avec une telle conception, l'objectivité du trouble est amoindrie, diminuant les garanties de respect de la vie privée du salarié.

Le trouble objectif constitue une limite contemporaine au respect de vie personnelle du salarié. En laissant l'employeur se prévaloir de comportements extraprofessionnels, la jurisprudence étend par conséquent son pouvoir de direction (B).

²⁴⁸ CHEMLA H., LIMOU S., « *Le droit disciplinaire - Qualifier la faute, choisir la sanction et respecter la procédure* », Les Thématiques, Liaisons sociales, mars 2020, n°77

²⁴⁹ MATHIEU-GENIAUT C., « *L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question* », Dr. soc. 2006, p. 848

²⁵⁰ Cons. prud'h. Paris, 5 novembre 2020, n° 19/08054

B. Le trouble objectif comme limite à l'exercice de la vie privée du salarié

Le trouble objectif est un nouvel instrument de restriction de la vie privée du salarié au service de l'employeur. Pour autant, sa portée est limitée par le principe d'immunité disciplinaire dont dispose les travailleurs (1). Notion dérogatoire aux droits et libertés des travailleurs, le trouble objectif permet toutefois le prononcé d'une sanction par l'employeur relevant du droit commun (2).

1. L'exclusion de la sanction disciplinaire en cas de trouble objectif

L'émergence du trouble objectif traduit une volonté de la jurisprudence de considérer plus justement les intérêts de l'entreprise. En effet, la vie privée du salarié ne peut jouir d'une primauté incontestable et doit être l'objet de restrictions effectives. Pour se faire, l'employeur doit disposer de capacités suffisantes, lui permettant de réprimer les dérives de la vie personnelle du salarié. Or, le pouvoir de sanction de l'employeur est une prérogative contractuelle. En effet, « *seul le contrat de travail peut être reconnu comme une norme d'habilitation du pouvoir juridique de l'employeur* »²⁵¹. Dès lors, les éléments étrangers au contrat de travail échappent nécessairement au pouvoir disciplinaire de l'employeur. Ce principe a naturellement vocation à s'appliquer dans le cadre du trouble objectif. Il est ainsi de jurisprudence constante de considérer que si le trouble objectif justifie une sanction, celle-ci ne peut se fonder sur un motif relevant du domaine disciplinaire²⁵².

Pour autant, le fondement de la sanction relevant du trouble objectif révèle une certaine ambiguïté avec le domaine disciplinaire. Pour constituer un trouble objectif, la doctrine et la jurisprudence retiennent que le comportement du salarié dans sa vie personnelle doit être de nature à « *provoquer une réelle impossibilité de maintenir la relation de travail* »²⁵³. Cette conception est assez paradoxale dans la mesure, où elle reprend l'un des critères principaux de la faute grave, qui constitue un motif de licenciement pour motif disciplinaire. Ce lien étroit avec le domaine disciplinaire a contribué à sa difficile compréhension et a peiné à trouver son indépendance. Désorientée, la jurisprudence a injustement pu retenir la faute du comportement

²⁵¹ DOCKES E., « *De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur* », Mélanges en l'honneur de Jean PÉLISSIER, Dalloz, 2004, p.208

²⁵² Cass. soc., 9 février 2011, n° 09-42.150, Bull. civ. 2011, n° 69

²⁵³ WAQUET P., « *Trouble objectif : le retour à la case « départ* » », La Semaine Sociale Lamy, 10 septembre 2007, n°1319

personnel du salarié ayant engendré une perturbation dans le fonctionnement de l'entreprise²⁵⁴. En retenant la sanction disciplinaire, le trouble objectif était véritablement détourné de son but²⁵⁵ et offrait une tentative d'échappatoire à l'immunité disciplinaire du salarié.

La Cour de cassation a remédié à ces incompréhensions, qui plongeait la notion « *dans le brouillard* »²⁵⁶, en rappelant l'impossible assimilation du trouble objectif avec la faute, et *de facto*, l'interdiction de prononcer un licenciement pour motif disciplinaire²⁵⁷. Pour autant, la jurisprudence admet que le trouble objectif puisse concourir à la caractérisation de la faute. Pour se prévaloir du domaine disciplinaire, l'employeur doit démontrer que le salarié a manqué à ses obligations contractuelles²⁵⁸. Ce manquement doit être distinct du trouble en lui-même²⁵⁹. Cette clarification de la notion était nécessaire pour préserver les garanties offertes au respect de la vie privée du salarié. En effet, en cas de licenciement pour motif disciplinaire, le salarié est privé des indemnités de licenciement et de son préavis. Le motif du licenciement étant fondé sur la vie privée du salarié sans rattachement avec son contrat de travail, il constituait une sanction relativement démesurée.

Bien que la jurisprudence écarte le domaine disciplinaire de la sanction, le trouble objectif permet malgré tout le prononcé d'un licenciement pour motif non-disciplinaire (2).

2. L'admission de la sanction de droit commun du trouble objectif

Le trouble objectif est considéré par la doctrine comme une notion palliative²⁶⁰, « *ayant vocation à tempérer la vie personnelle du salarié et l'interdiction de l'employeur d'imputer une faute à son personnel des comportements relevant de sa sphère privée* ». Le trouble objectif permet ainsi un compromis entre les intérêts des parties au contrat. Bien qu'elle fasse l'objet de restriction, la vie privée du salarié est immunisée contre le pouvoir disciplinaire de l'employeur. Pour autant, en raison des répercussions sur l'entreprise, le comportement du salarié adopté dans sa vie personnelle doit légitimement être réprimé. Le licenciement prononcé

²⁵⁴Cass. soc, 16 mars 2004, n°01-45.062 - Cass. soc, 25 janvier 2006, n°04-44.918, Bull. civ. 2006, n°26

²⁵⁵ MOULY J., « *Secret des correspondances, trouble objectif dans l'entreprise et vie personnelle du salarié : le rejet du « tout disciplinaire* », Recueil Dalloz, 2007, P. 2137

²⁵⁶ WAQUET P., « *Le trouble objectif dans l'entreprise, une notion à redéfinir* », *op. cit*

²⁵⁷ Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, Bull. civ. 2007, n°3

²⁵⁸ CA Rouen, 26 avril 2016, n° 14/03517

²⁵⁹ MOULY J., *ibid*

²⁶⁰ MOULY J., *op. cit*

doit alors se fonder sur une cause réelle et sérieuse²⁶¹. Cette motivation permet de contourner l'immunité disciplinaire dont le salarié jouit pour les actes commis hors du temps et du lieu de travail. Dans le cadre des TIC, la jurisprudence a pu retenir la cause réelle et sérieuse du licenciement pour une salariée ayant tenu des propos outranciers sur ses collègues de nature à nuire à l'image de l'entreprise, et de fait ayant créé un trouble caractérisé à l'entreprise²⁶². En outre, le licenciement de droit commun apparaît plus avantageux dans la mesure où si un doute subsiste sur le caractère réel et sérieux du licenciement, il profite au salarié²⁶³.

Le trouble objectif à l'entreprise a pour finalité de protéger les droits et libertés des salariés sans négliger l'intérêt de l'entreprise. Pour autant, cette ambition de protection équilibrée des parties reste contestable dans sa pratique. En effet, le simple écart du domaine disciplinaire ne constitue aucunement une garantie suffisante de respect de la vie privée des salariés. D'ailleurs, le comportement du salarié étant sans rapport avec la relation de travail et l'exécution des obligations contractuelle, il ne devrait en principe même pas pouvoir justifier une cause réelle et sérieuse de licenciement²⁶⁴. L'admission du trouble objectif comme instrument de restriction de la vie privée du salarié est en réalité un détournement du droit. Elle permet à l'employeur de procéder à des licenciements alors même qu'il ne peut se prévaloir de l'origine du trouble²⁶⁵, c'est à dire un fait de vie personnelle. Ne pouvant se fonder sur le comportement étranger au travail, le licenciement repose donc sur ses potentielles conséquences sur l'intérêt de l'entreprise alors que l'objet est prohibé. Or, une fois de plus, la notion d'intérêts de l'entreprise ne fait l'objet d'aucune définition prétorienne et contribue au flou d'interprétation du trouble objectif. Son contenu hasardeux, couvrant le respect de l'image de l'entreprise à son fonctionnement, amène à se demander si « *elle ne masque, en réalité, la volonté de protéger le seul intérêt de l'employeur* »²⁶⁶. En définitive le trouble objectif est une notion difficilement appréhendable pour le salarié, restreignant l'exercice libre de sa vie privée. Le trouble objectif impacte considérablement l'usage des TIC fondées sur le développement des communications et l'essor du partage des informations. Le salarié doit ainsi être particulièrement attentif à leur utilisation, en veillant presque constamment à ne pas entrer en conflit avec les intérêts de l'entreprise. Si la vie privée est revendiquée comme un droit et une

²⁶¹ Cass. soc, 14 septembre 2010, n°09-65.675

²⁶² CA Bourges, 29 nov. 2013, n° 13/00344

²⁶³ C. trav., art. L. 1235-1

²⁶⁴ WAQUET P., « *Trouble objectif : le retour à la case « départ* » », op. cit

²⁶⁵ BAREGE A., BOSSU B., *L'éthique et le rapport de travail*, op. cit

²⁶⁶ RADE C., « *Salariés : attention à ce que vous publiez sur Facebook !* », op. cit.

liberté fondamentale dans les textes, son application au droit du travail fait état d'un constat plus nuancé.

Conclusion intermédiaire

Au vu de ce qu'il a été étudié, le respect de la vie privée du salarié tient son essence d'une obligation de loyauté mutuelle entre les parties. A la signature du contrat de travail, le salarié et l'employeur s'assurent le respect et la fidélité de leurs engagements. Pour autant, l'expansion des TIC au cœur des relations de travail a amplement complexifié l'application de cette obligation contractuelle de loyauté, impactant essentiellement le droit au respect de la vie privée. La loyauté de l'employeur légitime ainsi l'usage des TIC au travail, même s'ils amènent à des restrictions de la vie privée du salarié. Elle transparait au regard d'une utilisation proportionnée et transparente des outils spécifiques mis en œuvre. Le respect de la vie privée du salarié s'analyse d'abord au regard des efforts de l'employeur de se comporter de bonne foi. Pour le salarié, l'exigence de loyauté est largement étendue, hors des murs de l'entreprise. Son usage des TIC ne doit pas compromettre le bon fonctionnement de l'entreprise et ses obligations contractuelles. Au contraire, l'irrespect de son obligation de loyauté autorise les atteintes à sa vie privée.

Le droit au respect de la vie privée du salarié n'est donc pas un droit invulnérable. Il se confronte aux comportements des parties et s'adapte pour assurer des rapports équilibrés entre les contractants qui voudraient prendre l'ascendant. Pour autant, si le droit au respect de la vie est primordial, c'est qu'il a pour vocation première de protéger le salarié en tant que partie faible. La multiplication des dérogations dans le cadre des TIC fragilise cette protection et contribue à réduire l'autonomie des droits et libertés du salarié. Le droit au respect de la vie privée amène à des controverses, d'autant plus lorsqu'il se confronte aux pouvoirs de l'employeur. Si la protection des droits fondamentaux du salarié est apparue comme une nécessité, dans un monde du travail où se développent des TIC particulièrement intrusives, elle se confronte toutefois à des pratiques managériales contemporaines fragilisant le champ de sauvegarde de la vie privée du salarié (CHAPITRE II).

CHAPITRE II : Le respect de la vie privée soumis à l'extension du pouvoir de direction dans l'usage des TIC

En vertu de sa qualité de chef d'entreprise, l'employeur dispose d'une compétence naturelle pour prendre toutes les décisions intéressant à la bonne marche de l'entreprise. Dès lors, cette autorité lui confère la liberté de définir des politiques et normes internes, auxquelles le salarié ne pourrait se soustraire en vertu de son lien de subordination contractuelle. L'employeur dispose ainsi d'un droit, assimilable à un devoir, de contrôler et surveiller les travailleurs dans l'accomplissement de leur prestation de travail et s'assurer de leur respect des règles infra légales. Depuis quelques années, les TIC sont venues enrichir les formes de contrôle à la disposition de l'employeur. Ces outils, dont l'innovation et la performance ne cessent de croître, ont densifié le pouvoir de surveillance de l'employeur au sein de l'entreprise. Pour autant, ce dernier ne peut s'exercer de manière absolue, au regard du droit au respect de la vie privée des salariés. Il s'impose alors en entreprise la recherche d'un juste équilibre des intérêts des parties (Section I).

En principe, le pouvoir de direction a pour unique vocation à s'appliquer à l'occasion du contrat de travail. Son exécution survient en général au sein de l'entreprise, sans tendre à dépasser ce cadre. Cette limite constitue une protection de la vie privée du salarié, le préservant de l'influence du pouvoir de direction et du lien de subordination sur des faits extérieurs à la vie professionnelle. Toutefois, les TIC ont considérablement bouleversé l'étanchéité des frontières entre la vie personnelle et professionnelle et ont progressivement initié un travail hors des murs de l'entreprise. Dès lors, en s'essayant au-delà du lieu normal d'exécution du travail, le pouvoir de direction engendre de nouvelles difficultés sur le champ de la vie privée du salarié (Section II).

Section I : L'exercice du pouvoir de direction au sein de l'entreprise

Le développement des TIC a considérablement transformé le paysage juridique au sein de l'entreprise. Dans le cadre de son pouvoir de direction, l'employeur bénéficie d'une panoplie d'outils de contrôle, de plus en plus innovants et performants. Pour autant, leur usage amène à de grandes circonspections en raison des risques pour les conditions de travail et pour la protection de la vie privée des salariés. Dès lors, le pouvoir de direction de l'employeur est

soumis à un encadrement de ses prérogatives, adapté selon les niveaux d'atteintes occasionnées par les outils de traçabilité numérique (I) et les outils de bureautique (II) utilisés.

I. Le contrôle réalisé aux moyens d'outils de traçabilité numériques

Les TIC ont développé des méthodes contemporaines de surveillance permettant à l'employeur de vérifier assidument l'activité professionnelle du salarié. Pour autant, ce contrôle du salarié ne peut être réalisé par tout moyen au risque d'être contraire avec le respect de ses droits et libertés. Le droit au respect de la vie privée du salarié se confronte avec la mise en place des dispositifs de vidéosurveillance au sein de l'entreprise (A) mais également avec les procédés de géolocalisation (B).

A. L'exercice de la vie privée borné par la vidéosurveillance

« *Le salarié n'est plus sous la subordination de quelqu'un. Il est surveillé par la machine, à la limite par lui-même, par tous et par personne* »²⁶⁷. Autrefois opérée directement par l'Homme, la surveillance mise en œuvre sur le lieu de travail a existé de tout temps²⁶⁸. Depuis les années 1990, le développement des modes de contrôle et de surveillance par la machine n'a cessé de progresser. La surveillance par l'individu a progressivement laissé place au contremaître informatique, bien plus omniscient. En ce sens, la vidéosurveillance constitue un outil particulièrement efficace, permettant l'enregistrement, le traitement ou la transmission d'images²⁶⁹ captés. Par l'installation de caméras au sein de l'entreprise, le salarié ne peut échapper à l'œil vigilant des objectifs photographiques, qui consignent ses moindres faits et gestes. Or, si l'usage de la vidéosurveillance ne fait l'objet d'aucun texte de réglementation spécifique au sein du droit du travail, il entre toutefois en collision avec le droit au respect de la vie privée du travailleur. Dès lors, elle se confronte aux règles générales de contrôle de l'activité du salarié, à savoir une information suffisante, une justification de la mise en place d'un tel contrôle et une exigence de proportionnalité du dispositif de vidéosurveillance²⁷⁰.

²⁶⁷ LYON-CAEN G., « *Les libertés publiques et l'emploi* », *op. cit*

²⁶⁸ MATTELART A., VITALIS A., « *Le profilage des populations : Du livret ouvrier au cybercontrôle* », Ed. La Découverte, 2014

²⁶⁹ Délégation générale à la langue française et aux langues de France, « *Vocabulaire des techniques de l'information et de la communication (TIC)* », 2017

²⁷⁰ Cass. soc. 20 novembre 1991, *op. cit*

La vidéosurveillance est une TIC relativement intrusive au sein de la vie personnelle du salarié. Quand bien même elle a pour objet d'effectuer une surveillance au sein des locaux de l'entreprise, elle ne doit s'assimiler à un procédé d'espionnage des salariés. Pour se parer de légitimité, la vidéosurveillance doit donc être un procédé loyal, compatible avec les droits et libertés des travailleurs²⁷¹. En effet, le salarié est en droit d'exercer sa vie personnelle au sein de l'entreprise, sans être sous les feux des caméras, et *de facto* sous l'emprise de l'employeur. Pour protéger le droit au respect de la vie privée au sein de la collectivité de travail, les dispositifs de vidéosurveillance clandestins sont prohibés, peu important qu'ils émanent du salarié ou de l'employeur²⁷². L'obligation d'information auprès des salariés s'étend donc à tous les acteurs souhaitant mettre en place un système de vidéosurveillance. D'ailleurs, elle continue d'incomber à l'employeur quand bien même le dispositif de surveillance n'a pas été installé au sein de l'entreprise mais sur le site d'une société cliente où les salariés sont affectés²⁷³.

La CEDH a toutefois amoindri la portée de cette obligation, en retenant que l'absence d'information préalable des salariés sur la mise en place de caméras de vidéosurveillance était justifiée en cas de circonstances particulières²⁷⁴. En l'occurrence, il était question de suspicions de vol de caissières d'un supermarché. Cette décision permet à l'employeur de s'abstenir de son obligation d'information alors même qu'elle est le fondement de la légitimité des dispositifs de vidéosurveillance. Bien que la juridiction tente de circonscrire cette dérogation à l'existence de « *suspicious raisonnables* », elle n'en détermine toutefois pas les contours. Ainsi, au stade de l'installation et du contrôle des caméras de vidéosurveillance, l'employeur devient seul juge d'apprécier les situations relevant d'impératif de protection des intérêts de l'entreprise, et donc pouvant raisonnablement justifiées l'absence d'information auprès de la communauté de travail. L'appréciation de la CEDH réduit grandement la protection conférée à la vie personnelle du salarié en entreprise.

Parce que la vidéosurveillance est omnisciente, l'employeur doit assurer au salarié un espace à l'ombre des regards technologiques. En effet, le salarié ne peut être constamment sous l'œil de son employeur, à la manière de Charlie Chaplin dans les « *Temps modernes* » surveillé et réprimandé même pendant le temps d'une pause cigarette aux sanitaires. Le droit à la vie

²⁷¹ CHAUVY Y., *op. cit*

²⁷² Cass.soc, 5 février 2020, 19-10.154

²⁷³ Cass., soc. 10 janvier 2012, *op. cit*

²⁷⁴ CEDH, 17 octobre 2019, *op. cit*

privée, induisant un respect de l'intimité du salarié, il est ainsi inconcevable que la vidéosurveillance puisse être installée dans tous les espaces de l'entreprise. Le lieu d'exercice privilégié de la vie personnelle du salarié est donc celui où un individu peut « *s'estimer à l'abri des regards d'autrui* »²⁷⁵. Dans cette optique, la vidéosurveillance ne peut être installée dans des locaux non affectés au travail et destinés aux salariés, tels que les vestiaires, les toilettes, les salles de pauses ou encore les locaux syndicaux²⁷⁶. Aussi, le bureau de travail constituant un des espaces privilégiés de la vie personnelle, les caméras de vidéosurveillance ne peuvent être braquées sur le poste de travail des salariés²⁷⁷, sauf circonstances exceptionnelles²⁷⁸.

Protectrices des droits et libertés des travailleurs, ces restrictions s'articulent toutefois difficilement avec les prérogatives de l'employeur disposant d'un intérêt légitime de contrôler l'activité des salariés au temps et lieu de travail. En effet, la surveillance a pour objectif de vérifier que les salariés exécutent correctement leurs tâches professionnelles²⁷⁹. Ainsi l'impossibilité d'installer des dispositifs de vidéosurveillance directement sur les postes de travail diminue l'intérêt pour l'employeur de disposer de caméra de surveillance. La vidéosurveillance est un faux-ami pour l'employeur, puisqu'elle ne peut lui servir à l'exercice de son pouvoir de surveillance qui lui est propre. L'installation d'un système de vidéosurveillance doit être motivée par des exigences de sécurité des biens et des personnes et non à un contrôle exclusif des travailleurs dans leur activité professionnelle, manifestement contradictoire avec les droits et libertés fondamentales du salarié²⁸⁰. La vidéosurveillance doit ainsi répondre au strict intérêt de l'entreprise²⁸¹ sans être détourné de sa finalité. La finalité de l'objectif poursuivie constitue une véritable garantie de préservation de la vie privée. Dans le cadre de la vidéosurveillance, le salarié est assuré de ne pas être l'objet d'enregistrement constant sur son lieu de travail et dispose d'espace de quiétude en entreprise.

La vidéosurveillance constitue une TIC, susceptible de porter atteinte à la vie privée du salarié. Dès lors, au titre de l'article L1121-1 du Code du travail, les dispositifs de

²⁷⁵ TALLON D., « Droits de la personnalité », Répertoire de droit civil, Dalloz, n°116, 1996

²⁷⁶ CNIL, « *Fiches relatives au travail et données personnelles* », Ed. 2018

²⁷⁷ *ibid*

²⁷⁸ La CNIL vise expressément les employés manipulant de l'argent et les entrepôts stockant des biens de valeurs

²⁷⁹ COLONNA J., RENAUX-PERSONNIC V., « *Vidéosurveillance constante du salarié : atteinte disproportionnée à la vie privée* », La lettre juridique, Lexbase, n°874, 22 juillet 2021

²⁸⁰ Réponse du ministre du Travail, *op. cit*

²⁸¹ BAUER C., BOGORATZ S., « *La vidéosurveillance du salarié : Pour une protection juridique nouvelle de son image et de l'intimité de sa vie privée* », Legicom, vol. 10, n° 4, 1995, p. 14-27.

vidéosurveillance doivent respecter le principe de proportionnalité. Cette exigence est largement admise et revendiquée sur le plan interne et européen. La CEDH retient ainsi qu'en raison de son caractère intrusif au sein de la vie privée du salarié, la vidéosurveillance doit être « *proportionnée et s'accompagne de garanties adéquates et suffisantes contre les abus* »²⁸².

Ainsi, les procédés de vidéosurveillance sont admis dès lors qu'ils ne résultent pas d'une utilisation excessive par l'employeur. Pour autant, la vidéosurveillance est une TIC qui permet l'enregistrement et le traitement d'images en continu. L'interdiction d'un usage déraisonnable est assez paradoxale, eu égard à la nature excessive de la vidéosurveillance qui lui est inhérente. Pour satisfaire l'exigence de proportionnalité, la vidéosurveillance ne doit pas transformer l'entreprise en un lieu de vie où les salariés sont soumis à un regard technologique permanent²⁸³. La surveillance constante, permanente et générale des salariés par le biais de caméras constitue une grave atteinte à la vie privée du salarié, largement proscrite²⁸⁴. La Haute juridiction, dans un arrêt récent du 23 juin 2021, renforce cette exigence en frappant d'illicéité la vidéosurveillance constante d'un salarié déterminé²⁸⁵. Elle rejoint la position de la CNIL, qui précise que « *Si le déploiement de tels dispositifs sur un lieu de travail répond généralement à un objectif sécuritaire, il ne peut avoir pour seul objectif la mise sous surveillance spécifique d'un employé déterminé ou d'un groupe particulier d'employés* »²⁸⁶.

Pour se parer de licéité, la vidéosurveillance doit résulter d'une mise en œuvre adéquate et pertinente. Si elle ne respecte pas les conditions légales et prétoriennes, le dispositif de vidéosurveillance constitue un mode de preuve irrecevable dont l'employeur ne peut se prévaloir. Au regard des nombreuses contraintes imposées et l'ampleur des obligations pesant sur l'employeur, l'encadrement juridique de la vidéosurveillance se révèle particulièrement protecteur du salarié, lui offrant des garanties suffisantes de respect à sa vie privée en entreprise.

La vidéosurveillance ne constitue pas le seul outil de surveillance à la disposition des employeurs. La géolocalisation est également un instrument technologique de pointe, se révélant toutefois difficilement conciliable avec les libertés individuelles du salarié.

²⁸² CEDH, 17 octobre 2019, *op. cit* -

²⁸³ BARÈGE A., BOSSU B., « *Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié* », *op. cit*

²⁸⁴ CNIL, Délibération n°2010-112 du 22 avril 2010

²⁸⁵ Cass.soc, 23 juin 2021, n°19-13.856

²⁸⁶ CNIL, *ibid*

B. L'exercice de la vie privée borné par la géolocalisation

Si la société dystopique imaginée par Georges Orwell²⁸⁷, mettant en scène des individus espionnés en permanence sous l'œil malin de « *Big Brother* », relève de la fiction, le développement massif des TIC tend à la concrétiser de manière plus actuelle. Les technologies de la localisation ont transformé notre société et la gestion des données personnelles. Désormais, et sans qu'il en ait réellement conscience, l'Homme est en permanence la proie d'un flicage dématérialisé. L'application gouvernementale « *Tous anti covid* » en fait d'ailleurs la démonstration, en utilisant la connexion des téléphones personnelles à partir des bornes technologiques bluetooth pour identifier et alerter les individus ayant été à proximité d'un cas contact. La géolocalisation correspond ainsi à l'identification par satellite d'objets situés sur l'espace de la Terre²⁸⁸. Ce dispositif permet ainsi de localiser précisément la position géographique d'un individu ou d'un objet.

Si la géolocalisation, aussi implicite soit elle, est admise en société, sa place dans les relations de travail est plus complexe. La loi informatique et libertés dispose en son article 1^{er} que l'informatique « *ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques* »²⁸⁹. A la lumière de cette disposition, la géolocalisation peine à trouver une légitimité d'application, au regard des atteintes manifestes qu'elle engendre sur la vie privée du salarié²⁹⁰. Le droit au respect de l'intimé est nécessairement bafoué dès la possibilité offerte à l'employeur de contrôler et vérifier les mouvements de son subordonné. Cette conception est constante depuis l'arrêt de la chambre sociale du 26 novembre 2002²⁹¹. La Haute juridiction expose de manière claire et non-équivoque que tous les procédés de filature impliquent « *nécessairement une atteinte à la vie privée insusceptible d'être justifiée* » eu égard à son caractère disproportionné par les intérêts légitimes de l'employeur. Dès lors, la géolocalisation numérique s'assimile à un procédé d'espionnage inévitablement illicite, insusceptible de trouver son application en entreprise.

La prohibition de la géolocalisation en entreprise a toutefois été tempérée. En effet, ce système de traçabilité numérique est rendu possible, à la condition d'en respecter des exigences

²⁸⁷ ORWELL G., « *1984* », 1949

²⁸⁸ Dictionnaires Le Robert - Le Grand Robert de la langue française

²⁸⁹ Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, op. cit

²⁹⁰ Ray J.,-E., « *Géolocalisation données personnelles et droit du travail* », Dr. soc. 2004, p. 1077

²⁹¹ Cass., soc. 26 novembre 2002, n° 00-42.401, Bull. civ. 2002, n°352.

très strictes. D'abord, la géolocalisation ne peut être un dispositif de contrôle à la discrétion de l'employeur. Au regard des données recueillies, sa finalité doit reposer sur un motif strictement étranger au pouvoir de surveillance des salariés. La CNIL énonce que la géolocalisation au sein d'un véhicule mis à la disposition des travailleurs est justifiée s'il elle a pour seul intérêt d'assurer « *le respect d'une obligation légale ou réglementaire, le suivi et la facturation d'une prestation de transport de personnes ou de marchandises ou d'une prestation de services, la sécurité de l'employé, des marchandises ou du véhicule, une meilleure allocation des moyens* »²⁹². En pratique, la géolocalisation est admise si elle a pour finalité accessoire de contrôler le temps de travail du salarié²⁹³. Le système de géolocalisation n'est donc pas un instrument au service du contrôle de l'activité du salarié mais de la surveillance de la durée de son travail : la nuance a toute son importance puisqu'elle fonde la licéité du dispositif. En outre, une fois la finalité bien définie, l'employeur n'échappe pas à son obligation d'information auprès de la communauté de travail²⁹⁴, une condition *sine qua non* à sa régularité et recevabilité²⁹⁵.

La proportionnalité de la géolocalisation mise en place par l'employeur est appréciée très sévèrement en raison du risque qu'elle fait peser sur les droits et libertés des travailleurs. Si la jurisprudence applique la solution constante de la prohibition du détournement de finalité, elle précise aussi que la géolocalisation doit être un moyen de contrôle subsidiaire. L'employeur ne pourra mettre en place un système de géolocalisation, à la seule condition qu'il constitue le seul moyen de contrôle possible²⁹⁶. A défaut, si une autre méthode de contrôle existe, elle doit prévaloir sur la géolocalisation, quand bien même elle serait moins efficace²⁹⁷. Ainsi, hormis dans le cadre d'entreprise de transports ou d'itinérances, la mise en place d'un système de géolocalisation relève de l'impossible, sa nature étant démesurément intrusive. Par exemple, le chronotachygraphe est un appareil électronique de mesure et d'enregistrement présent dans les véhicules de transport routier. Ce dernier recueille et contrôle l'ensemble des données relatives à la vitesse, aux horaires (de travail, disponibilité ou repos) et la distance parcourue par le chauffeur. Ce dispositif de géolocalisation intrusif au sein de la vie privée du salarié est pourtant largement admis²⁹⁸, étant le seul moyen de contrôle de l'activité de

²⁹² CNIL, « *Géolocalisation des véhicules des employés* », Déclaration NS 51, 2021

²⁹³ Cass. soc., 3 novembre 2011, op. cit.

²⁹⁴ Cass. soc., 27 novembre 2013, n°12-22.293

²⁹⁵ Cour d'appel d'Angers, 17 octobre 2017, n° 15/01001

²⁹⁶ Cass. soc., 19 décembre 2018, op. cit

²⁹⁷ CE, 15 décembre 2017, n° 403776

²⁹⁸ Cass. soc., 4 janvier 2014, 12-16.218, Bull. civ. 2014, n°4

chauffeur rendu possible pour l'employeur. Dès lors, il répond aux exigences légales de proportionnalité.

De surcroît, l'exigence de proportionnalité du dispositif n'est pas satisfaite au seul respect des finalités prévues par la CNIL. Elle s'étend également à son usage réalisé par l'employeur. La géolocalisation, à l'instar des dispositifs spécifiques de surveillance, ne peut opérer à un contrôle constant. Pour être proportionnelle, le salarié doit être en mesure de s'y soustraire pour jouir du cadre de sa vie privée²⁹⁹. D'ailleurs, la géolocalisation ne peut être utilisée qu'au temps et lieu de travail sans permettre à l'employeur d'étendre son pouvoir de subordination hors de ce cadre³⁰⁰. L'appréciation juridique des systèmes de géolocalisation tend à optimiser la protection du salarié. L'utilisation, plus que circonscrite de ce procédé de contrôle issu des TIC, assure manifestement des garanties suffisantes au droit au respect de la vie privée des salariés.

L'encadrement juridique des outils de contrôle de traçabilités du salarié assure une juste prise en compte du respect de leur vie personnelle. Si l'employeur dispose de la capacité de se prévaloir de ces instruments, les atteintes à la vie privée qu'ils génèrent semblent largement réprochées par la jurisprudence. Toutefois, l'employeur a la possibilité d'exercer son pouvoir de contrôle et surveillance par l'inspection de l'ordinateur mis à disposition du salarié (II).

II. Le contrôle réalisé aux moyens d'outils bureautiques

Investi de son pouvoir de direction, l'employeur est en droit de contrôler l'usage de l'outil informatique mis à la disposition d'un salarié dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail. Ce contrôle s'opère par la vérification du contenu des fichiers informatiques présents au sein de l'ordinateur professionnel (A) mais également, dans une certaine mesure au contrôle de la messagerie du salarié (B).

²⁹⁹ CA de Bordeaux, 25 novembre 2008, n° 07/05964

³⁰⁰ Cass. soc, 17 février 2004, 01-45.889

A. La consultation des fichiers informatiques du salarié

Le pouvoir de direction de l'employeur lui permet de contrôler le matériel informatique de l'entreprise, dont le contenu est présumé de nature professionnelle (1). Si elle apparaît d'abord légitime, l'encadrement juridique de cette présomption se révèle toutefois particulièrement contraignante pour le salarié dans l'exercice de son droit au respect de la vie privée (2).

1. La présomption simple du caractère professionnel des fichiers informatiques

Dans le cadre du contrat de travail, l'employeur est soumis à une obligation de fourniture de travail au salarié³⁰¹. De cette obligation découle un engagement implicite de lui procurer les instruments et outils nécessaires à la réalisation de la prestation de travail. En effet, en tant que chef d'entreprise, l'employeur est compétent pour contrôler la gestion et l'administration des biens de l'entreprise. Dès lors, il sera libre de mettre à la disposition du salarié dans l'accomplissement de ses tâches des TIC, qui relèvent de la propriété exclusive de l'entreprise³⁰². Ainsi, le pouvoir de contrôle et de gestion de l'employeur aura vocation à s'appliquer sur le matériel informatique professionnel. A contrario, il ne dispose d'aucune prérogative sur les TIC personnelles du salarié, ce dernier étant l'unique détenteur du droit de propriété.

En principe, les TIC fournies au salarié dans le cadre de son contrat de travail sont limitées à un usage strictement professionnel³⁰³. Cette restriction théorique s'avère toutefois fictive dans la pratique. En entreprise, il est communément admis que l'ordinateur professionnel puisse être amené à contenir des informations et documents extraprofessionnels, relevant de la vie privée du salarié. Toutefois, l'outil informatique ne peut être détourné à des fins strictement privés. Dès lors, les fichiers informatiques sont grevés d'une présomption professionnelle, de sorte que l'employeur est fondé à les consulter même hors de la présence de salarié³⁰⁴. *A priori*, une telle présomption restreint fortement le droit au respect de la vie

³⁰¹ Cass. soc, 3 novembre 2010, n°09-65.254, Bull. civ. 2010, n° 252

³⁰² CNIL, Rapport sur la cybersurveillance sur les lieux de travail, 5 février 2002

³⁰³ BARÈGE A., BOSSU B., « *Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié* », *op. cit*

³⁰⁴ Cass.soc, 21 octobre 2009, n°07-43.877, Bull. civ. 2009, 226

privée du salarié puisqu'elle autorise l'employeur à se prévaloir des informations personnelles enregistrées sur les TIC professionnelles. Toutefois, pour assurer des garanties satisfaisantes au droit au respect de la vie privée, la présomption du caractère professionnelle des fichiers informatiques est simple : elle peut donc être renversée par le salarié par une identification des données concernées comme personnelles. Cette reconnaissance préalable des fichiers informatiques comme privés constitue un tempérament bénéfique au salarié. Les fichiers caractérisés comme personnels sont alors exclus d'un contrôle dissimulé de l'employeur, qui ne peut les consulter qu'en présence du salarié dûment appelé³⁰⁵. Pour autant, la convocation du salarié n'est pas une condition suffisante pour justifier une telle atteinte à la vie privée. L'ouverture des fichiers personnels doit en plus être justifiée et proportionnée au but recherché³⁰⁶. Le contrôle suppose une motivation raisonnable telle qu'un impératif de sécurité du réseau informatique ou des soupçons suffisants de détournement d'informations confidentielles³⁰⁷. Dans ces circonstances, le salarié est un véritable acteur dans la préservation de ses droits pouvant déterminer « *l'étendue de sa sphère d'intimité* »³⁰⁸ soustraite à l'autorité de l'employeur.

En outre, la jurisprudence a étendu cette présomption de caractère professionnel à tous les outils connectés directement à l'ordinateur professionnel du salarié. Dès lors, le disque dur externe ou la clé USB, même personnels, sont soumis à la présomption prétorienne. L'employeur peut donc librement disposer de leur contenu, non identifié comme personnel, hors de la présence du salarié³⁰⁹. Cette extension de la présomption pose de nombreuses interrogations. D'abord, elle permet à l'employeur d'exercer son pouvoir de contrôle sur un objet relevant de la propriété privée du salarié, qui par sa nature, fait obstacle à des intrusions étrangères³¹⁰. En outre, le raisonnement de rattachement opéré par la Cour de cassation est difficilement compréhensible. Si l'employeur met à la disposition du salarié tous les outils nécessaires à la réalisation de la prestation de travail, on imagine que l'utilisation de sa clé personnelle ne peut résulter que d'une utilisation privée. Par ailleurs, le rattachement de la présomption par une connexion à un outil informatique est bien trop extensif. Si l'on fait une

³⁰⁵ Cass. soc, 17 mai 2005, n°03-40.017, Bull. civ. 2005, n°165

³⁰⁶ C. trav., art. L. 1121-1

³⁰⁷ LE PETITCORPS K., « *Droit du travail au quotidien* », Ed. Wolters Kluwer, octobre 2020,

³⁰⁸ BARÈGE A., BOSSU B., « *Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié* », *op. cit*

³⁰⁹ Cass. soc., 12 février 2013, n° 11-28.649, Bull. civ. 2013, n°34

³¹⁰ SAENKO L., « *L'employeur, le salarié et sa clé USB* », Dalloz, IP/IT 2018

application littérale de ce principe, le simple fait de recharger son téléphone par une connexion au port USB de l'ordinateur permettrait à l'employeur de consulter le téléphone du salarié.

L'appréciation de la présomption professionnelle des fichiers informatiques apparaît large, laissant une marge de manœuvre suffisante pour le salarié de s'en défaire. Pour autant, l'appréciation prétorienne de cette présomption restreint fortement la protection subsidiaire offerte au salarié (2).

2. L'application restrictive de la présomption sur la vie privée du salarié

La jurisprudence a accordé au salarié une garantie supplémentaire de protection de ses libertés, en lui permettant de renverser la présomption par une identification des fichiers informatiques comme personnels. Pour autant, cette faculté n'est pas gage d'une protection immuable de son droit au respect de sa vie privée. D'abord la jurisprudence accorde une dérogation à l'employeur d'avertir préalablement le salarié de l'ouverture de fichiers personnels, en cas de risque ou évènement particulier à l'entreprise³¹¹. La Haute juridiction est relativement silencieuse sur les situations couvertes par cette exception. Pour la doctrine, le risque ou l'évènement particulier suppose une proportionnalité avec la gravité de l'atteinte subie par le salarié. Le droit au respect de la vie privée étant un droit fondamental, les circonstances pouvant admettre une ouverture des fichiers personnels doivent être particulièrement graves. Ainsi, la caractérisation d'un simple incident de sécurité n'est pas suffisante. *A contrario*, la doctrine admet la suspicion légitime de concurrence déloyale ou encore le risque d'atteinte à l'image de l'entreprise comme des motivations satisfaisantes³¹². Dans ces circonstances, l'employeur est d'ailleurs en droit de solliciter l'ouverture des fichiers personnels par la voie judiciaire³¹³ « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* »³¹⁴. Ainsi, même si le salarié remplit les conditions dérogatoires de présomption professionnelle, l'employeur conserve une certaine prédominance conférée par son autorité naturelle. Le respect de sa vie privée n'est pas totalement acquis.

³¹¹ Cass.soc, 17 juin 2009, n°08-40.274, Bull. civ 2009, n°153

³¹² DUPAYS A., « *Droit du travail*, » Le Lamy social, 2021

³¹³ Cass. civ., 23 mai 2007, n° 05-17.818, Bull. civ. 2007, n°84

³¹⁴ C. p.civ., art. 145

En principe, le salarié se soustrait de la présomption offerte à l'employeur, par un titrage judicieux les éléments étrangers à sa vie professionnelle. Pour autant, tout ne lui est pas permis. L'identification privée ne peut être usée à des fins artificielles, en ayant pour seul objectif de limiter l'accès à l'employeur au contenu de l'outil informatique professionnel³¹⁵. De surcroît, la jurisprudence est venue préciser les critères de l'identification des données privées. La Cour de cassation a pu en déduire que les mentions « *essais divers* »³¹⁶ ou encore l'apposition du prénom du salarié³¹⁷ n'étaient pas suffisantes pour identifier les fichiers comme personnels. L'appellation sur le caractère privé des fichiers doit être claire et non-équivoque et ne doit pas se déduire de la situation de fait³¹⁸. La vigilance du salarié dans l'identification des fichiers est requise, puisqu'elle est le seul moyen de déroger à la présomption du caractère professionnel. Dans la mesure où c'est le salarié qui introduit lui-même des éléments privés sur les TIC professionnelles, cette exigence apparaît justifiée et établit un équilibre des intérêts entre les parties.

Toutefois, la jurisprudence récente tend fragiliser cette stabilité difficilement acquise. La CEDH s'est prononcée sur cette problématique par un arrêt du 22 février 2018³¹⁹. En l'espèce, un agent SNCF avait été licencié pour une utilisation abusive du matériel informatique mis à sa disposition. L'employeur avait découvert sur le disque dur interne de son ordinateur professionnel des fichiers compromettants, notamment à caractère pornographique. Devant les juridictions, le salarié avait invoqué la violation de sa vie privée, le disque dur consulté par l'employeur ayant été renommé par la mention « *données personnelles* ». De plus, les fichiers litigieux avaient été classés dans des sous-dossiers « *Rires* » ou encore « *Bêtisiers* ». La Haute juridiction³²⁰ rejette le pourvoi formé par le requérant aux motifs que « la dénomination « *données personnelles* » ne pouvait lui permettre d'utiliser celui-ci à des fins purement privées et en interdire ainsi l'accès à l'employeur », étant strictement entendu que la charte informatique préconisait l'identification « privé » des données. Portée devant la CEDH, les juges de Strasbourg ont rejeté la requête du salarié. L'identification des données par la mention personnelle « *ne suffit pas à mettre en cause la pertinence ou la suffisance des motifs*

³¹⁵ BARÈGE A., BOSSU B., « *Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié* », *op. cit*

³¹⁶ Cass. soc., 15 décembre 2009, n° 07-44.264, Bull. civ. 2009, n°284

³¹⁷ Cass. soc. 8 décembre 2009, n° 08-44.840

³¹⁸ CAA Versailles, 18 décembre 2012, n° 11VE02712

³¹⁹ CEDH, 22 février 2018, 588/13, Affaire Libert c. France

³²⁰ Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-12.502

retenus par les juridictions internes, eu égard au fait que la charte de l'utilisateur pour l'usage du système d'information de la SNCF indique spécifiquement que les informations à caractère privé doivent être clairement identifiées comme telles ». Dès lors, l'employeur était en droit d'ouvrir les fichiers sans en avertir le salarié, ces derniers n'étant pas suffisamment identifiés comme privés. La CEDH rappelle que le droit au respect de la vie privée du salarié ne peut lui permettre d'étendre sa protection sur les TIC dont il n'est pas le propriétaire. L'identification des données relevant de la vie privée fait l'objet d'une appréciation jurisprudentielle très stricte. Pour se protéger contre des atteintes à son droit fondamental, le salarié doit préalablement s'informer des normes internes visant l'utilisation des TIC afin de choisir un titrage adapté. Ces contraintes densifient clairement la jouissance de sa vie personnelle au travail.

Le pouvoir de contrôle de l'employeur ne s'arrête pas à la consultation des fichiers informatiques de l'ordinateur professionnel. Il comprend également la possibilité pour l'employeur de consulter la messagerie du salarié à certaines conditions strictement prévues (B).

B. La consultation de la messagerie du salarié

Le contrôle de la messagerie du salarié est également soumis à une présomption de caractère professionnel (1). Cette extension à la consultation des correspondances du salarié questionne sur les garanties de respect de la vie privée laissées au salarié (2).

1. L'extension de la présomption de caractère professionnel

Désormais autorisé à consulter le contenu de l'ordinateur professionnel sans l'accord du salarié, il devient difficile de limiter le contrôle de l'employeur aux seuls fichiers informatiques. Ainsi, lorsque ce dernier met à la disposition des travailleurs des adresses courriels professionnelles, la question de son contrôle se pose. Depuis l'arrêt Nikon, la jurisprudence dispose que « *l'employeur ne peut, sans violation de la liberté fondamentale que constitue le respect de l'intimité de la vie privée, prendre connaissance des messages personnels émis et reçus par le salarié grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail* » même si une utilisation non professionnelle de l'ordinateur est interdite³²¹.

³²¹ Cass. soc., 2 octobre 2001, op. cit

L'employeur est tenu au respect des messages personnels du salarié, qui résultent de son droit au secret des correspondances largement protégé. En effet, le secret des correspondances constitue un élément fondamental de protection de l'intimité du salarié³²², reconnu comme une liberté publique par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales³²³. Le droit au secret attache une confidentialité immuable aux messages émis et reçus du salarié, de sorte que les tiers ne peuvent s'en prévaloir. Au travail, le pouvoir de contrôle de l'employeur ne peut s'exercer face à des messages reconnus comme personnels³²⁴.

A contrario, les messages non caractérisés comme relevant de la vie privée du salarié sont soumis à l'autorité de l'employeur et bénéficient d'une présomption professionnelle³²⁵. Cette présomption vaut tant pour les messages électroniques issus des TIC que pour les correspondances papiers³²⁶. Dès lors, l'ouverture d'une correspondance, démunie de toute mention relative à un caractère personnel, présente nécessairement un caractère professionnel et autorise l'employeur à s'en prévaloir sans alerte préalable du salarié³²⁷.

La présomption du caractère professionnel des messages doit faire l'objet d'une appréciation *in concreto* précise. Le pouvoir de contrôle de l'employeur a vocation à lui permettre de vérifier l'utilisation correcte et raisonnable des TIC mis à la disposition du travailleur dans l'exercice de son contrat de travail. Dès lors, l'employeur n'est aucunement fondé à consulter la messagerie personnelle du salarié utilisée sur son ordinateur professionnel³²⁸, et encore moins une messagerie instantanée personnelle du salarié³²⁹, ces dernières étant totalement étrangères à la vie professionnelle et la réalisation de la prestation de travail. L'employeur est abstenu d'en consulter les messages, de les utiliser à des fins disciplinaires ou encore de s'en prévaloir devant les tribunaux³³⁰. Le caractère personnel de la messagerie suffit à écarter l'autorité de l'employeur et son pouvoir de contrôle et présente une garantie satisfaisante du droit au respect de la vie privée du salarié.

³²² WAQUET P., « *Trouble objectif : le retour à la case « départ »* », *op. cit*

³²³ CEDH, 25 mars 1983, req. 5947/72 et autres, *Affaire Silver et autres c. Royaume-Uni*

³²⁴ Cass. soc., 18 octobre 2011, n° 10-26.782

³²⁵ Cass. soc., 15 décembre 2010, n° 08-42.486

³²⁶ Cass. crim., 16 janvier 1992, n°88-85.609

³²⁷ Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, *Bull. civ.* 2007, n° 3

³²⁸ Cass. soc., 26 janvier 2016, n°14-15.360

³²⁹ Cass. soc., 23 octobre 2019, n° 17-28.448

³³⁰ DUPAYS A., *op. cit*

A priori, la messagerie du salarié sur l'ordinateur professionnel bénéficie d'une protection très proche de celle accordée aux fichiers informatiques. Pour autant, sa pratique apparaît plus contraignante pour le salarié (2).

2. Un contrôle préjudiciable au respect de la vie privée du salarié

Pour se soustraire à la présomption bénéfique pour l'employeur, les correspondances du salarié doivent être identifiées comme « personnelles »³³¹. Ainsi, les messages échappent à l'autorité de l'employeur à la seule condition d'avoir fait l'objet d'une reconnaissance préalable par le salarié. Or, en pratique, l'identification des messages informatiques présente des obstacles. A moins d'en être l'auteur, lui permettant de préciser le caractère privé dans l'objet du courriel, le salarié est confronté à l'impossibilité matériel de renommer un courriel dont il est le destinataire. Cet inconvénient se présente également pour les SMS du téléphone mobile professionnel, dont le champ objet est totalement absent³³². Dès lors, le salarié se trouve dans l'impossibilité de renverser la présomption de caractère professionnel et se retrouve « *impuissant à protéger efficacement le respect de la vie privée* »³³³. La doctrine propose des solutions palliatives, en transférant les messages dans des répertoires ou dossiers nommés comme personnels³³⁴. N'ayant pas été examinées par la jurisprudence, ces propositions sont à prendre avec la plus grande précaution.

Face aux difficultés subies par le salarié dans la dénomination personnelle des messages, il aurait été préférable d'adapter la présomption de caractère professionnel plutôt que de l'étendre *stricto sensu*. Consciente du déséquilibre en défaveur du droit au respect de la vie privée du salarié, la jurisprudence tente toutefois de pallier ses erreurs. Même si l'employeur peut se prévaloir des messages non identifiés comme personnels, la présomption est désormais limitée au contenu du message. Si l'ouverture du message dévoile un contenu privé, l'employeur ne peut en faire usage. Il est désormais question de savoir quel contenu relève de la vie personnelle et de la vie professionnelle. Cette interrogation est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, il a été jugé que les insultes entre collègues

³³¹ Cass.soc, 16 mai 2013, n°12-11.866

³³² ADAM P., « SMS, vie privée et portable professionnel : histoire (courte) d'un Homme « sans territoire » », *op. cit.*

³³³ *ibid*

³³⁴ CHEMLA H., LIMOU S., « Le licenciement pour motif personnel », *Liaisons sociales, Les Thématiques*, 1er décembre 2020, n°84, Titre 14

au sujet de l'employeur avaient un rapport avec l'activité professionnelle³³⁵ mais que les échanges érotiques entre deux salariés relevaient de leur vie privée³³⁶. Malgré les efforts, les solutions jurisprudentielles sont bien insatisfaisantes pour le respect de la vie privée du salarié. En effet, même si l'employeur ne peut utiliser les messages dont le contenu est personnel, le simple fait de les consulter constitue une brèche au respect de sa vie privée. Rien ne permet d'assurer qu'à la vue d'éléments extraprofessionnels, l'employeur arrête de bonne foi sa lecture. En outre, la prohibition d'une sanction disciplinaire ne garantit pas aux salariés que l'employeur n'en fasse pas un usage « moins juridique »³³⁷. On peut douter que l'employeur avisé d'informations personnelles grivoises, ou tout du moins sensibles, demeure impassible. Les incertitudes sont permises. « *Curiosité n'est que vanité. Le plus souvent, on ne veut savoir que pour en parler* »³³⁸.

Bien évidemment l'usage de la messagerie professionnelle du salarié à des fins personnels n'est pas illimité. Puisqu'il n'est pas permis au salarié « *de privatiser à son gré les biens de l'entreprise* »³³⁹, l'employeur dispose de compétences pour en restreindre les utilisations. Afin de respecter son obligation de loyauté, l'encadrement ne doit pas être excessif et répondre aux exigences de proportionnalité posées par l'article L1121-1 du Code du travail. Sans en interdire une utilisation personnelle, l'employeur peut limiter et encadrer l'usage de la messagerie professionnelle via l'édition de normes internes comme le règlement intérieur³⁴⁰. En outre, l'employeur conserve son pouvoir de direction en cas d'usage abusif de la messagerie professionnelle. Tel est le cas d'une utilisation massive de la messagerie professionnelle à des fins extérieures à l'activité professionnelle qui distrait une partie non négligeable du temps de travail du salarié³⁴¹. Ainsi, si l'employeur ne peut disposer du contenu des courriels et correspondances privés, il peut toutefois les dénombrer et sanctionner le salarié si leur volume est manifestement abusif ou déroge aux règles internes établies au sein de l'entreprise. Bien que fondamental, le droit au respect de la vie privée du salarié n'est pas intouchable. S'il dispose d'un droit à sa vie personnelle, celle-ci ne semble pas totalement compatible avec les outils mis à la disposition du salarié. Au regard des décisions prétorienne, le droit au respect

³³⁵ Cass. soc, 9 septembre 2020, n°18-20.489

³³⁶ Cass. soc., 5 juillet 2011, n° 10-17.284

³³⁷ ADAM P., « *SMS, vie privée et portable professionnel : histoire (courte) d'un Homme « sans territoire* » », op. cit.

³³⁸ PASCAL B., « *Pensées* », 1670

³³⁹ RAY J.-E., « À propos de la révolution numérique », op. cit.

³⁴⁰ RAY J.-E., « *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies de l'information et de la communication* », Ed. Liaisons, 2001, p. 83 et 90

³⁴¹ CA Orléans, 29 janvier 2013, n° 11/03345

de la vie privée du salarié ne peut être totalement protégé qu'à la condition qu'ils utilisent des TIC personnelles. L'assurance du respect de la vie personnelle du salarié en entreprise est donc véritablement incertaine.

Si l'exercice du pouvoir de contrôle et de surveillance de l'employeur sur ses subordonnés est légitimé au sein de l'entreprise, son extension au-delà de ce périmètre se confronte avec la vie privée du salarié, qui hors du cercle professionnel, retrouve toute sa vigueur (II).

Section II : L'exercice du pouvoir de direction en dehors de l'entreprise

Les TIC contribuent de façon déterminante au débordement du travail au-delà des frontières de la vie professionnelle. Cette tendance se manifeste notamment par un développement massif du télétravail (I) mais également par l'admission progressive de l'ingérence de l'employeur sur la vie privée du salarié en raison de son utilisation litigieuse de ses réseaux sociaux personnels (II).

I. La complexe articulation entre le pouvoir de direction et le télétravail

Les TIC sont les vecteurs d'une transformation progressive des contours traditionnels du travail laissant place à des modes d'organisation de plus en plus contemporains. En ce sens, le développement du travail au sein du domicile du salarié se révèle être la concrétisation d'une frontière effacée entre les sphères professionnelles et privées, bien qu'elle interroge sur la légitimité d'exercice des pouvoirs de l'employeur hors de l'entreprise (A). Le travail réalisé au domicile du salarié constitue une ingérence au sein de sa vie privée qui doit être règlementée (B).

A. La reconnaissance délicate de la surveillance au domicile du salarié

La reconnaissance des pouvoirs de l'employeur au sein du domicile du salarié s'avère complexe. Le domicile, cœur de la vie privée du salarié, ne supporte en principe aucune intrusion extérieure (1). Pour autant le télétravail tend à largement se démocratiser, légitimant l'exécution du travail dans un lieu de vie personnel du salarié (2).

1. Le domicile sanctuaire de la vie privée

Si au sein de l'entreprise le salarié est bridé dans l'exercice de ses droits et libertés individuelles, hors de son périmètre, il retrouve pleinement leurs jouissances. Son domicile constitue un lieu d'établissement personnel au sein duquel le salarié est libre d'exercer ses droits civils³⁴². En jurisprudence, le domicile se définit comme « *le lieu où, qu'elle y habite ou non, une personne a le droit de se dire chez elle, quel que soit le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux* »³⁴³. Au regard de cette définition, le domicile se traduit donc comme un espace de vie privilégié qui ne peut supporter les ingérences extérieures.

Déjà reconnue sous l'époque romaine³⁴⁴, le droit au respect du domicile a fait l'objet d'une consécration importante, tant sur le plan juridique international qu'europpéen. Ainsi, l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies dispose que « *Nul ne fera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteinte à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* ». Plus encore, l'article 8 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et du citoyen énonce que « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». Au sein de cet article, le Conseil de l'Europe fait un rattachement direct entre le droit au respect de la vie privée et le domicile de l'individu. Devenues indissociables l'une de l'autre, ce lien concourt à renforcer leur efficacité.

Le droit au respect de la vie privée du salarié induit une inviolabilité de son domicile. Il est un espace privilégié, dédié à l'individu où ses « *libertés prennent leur dimension maximum* »³⁴⁵. Dès lors, le domicile constitue le temple de l'intimité du salarié et de sa vie privée³⁴⁶. Réfugié au sein de son lieu de vie, le salarié échappe aux pouvoirs de l'employeur³⁴⁷. En effet, parce qu'il constitue l'espace sacré du salarié, l'employeur ne trouve aucune légitimité d'y exercer ses prérogatives. D'ailleurs, plus généralement, en dehors du travail, toute tentative d'ingérence sur la vie privée du salarié est prohibée. Dès lors, sauf à démontrer que la mesure

³⁴² C. civ, art. 102

³⁴³ Cass. crim., 19 octobre 2004, n° 04-82.620

³⁴⁴ GRAVELAIS I., « La protection juridictionnelle de l'invocabilité du domicile », Thèse, Université de Bourgogne, 2013

³⁴⁵ MOUTHOUH H., RIVERO J., « Libertés publiques », Thémis, Ed. PUF, 2003, n° 90, Tome II

³⁴⁶ EMERAS M., « Le domicile du salarié », La Semaine Juridique Social, 20 Janvier 2015, n°3, p. 1012

³⁴⁷ AUZERO G., BAUGARD D., DOCKES E., op. cit.

est guidée dans le strict intérêt de l'entreprise et proportionnée au but recherché, l'employeur ne peut contraindre un salarié de déménager³⁴⁸ ni de lui imposer de travailler à son domicile en y installant son matériel et ses dossiers³⁴⁹. Au sein de son domicile, le salarié est véritablement maître chez lui empêchant l'employeur d'user de son autorité discrétionnaire.

Le domicile comme sanctuaire sacré de la vie privée est naturellement étranger à une immixtion de l'employeur. Pour autant, le développement des TIC induit un tempérament au principe, avec la mise en place du télétravail (2).

2. Le domicile nouveau lieu d'exécution du contrat de travail

Les TIC ont largement contribué au brouillage des frontières entre sphère professionnelle et sphère personnelle. A l'ère des communications constantes, les TIC ont favorisé un dévalement de terrain du travail en l'entreprise vers le travail hors de ses murs. Désormais « *le travail s'immisce dans les moindres interstices de la vie privée, s'invitant au domicile* »³⁵⁰. La crise sanitaire a démultiplié cette tendance avec la mise en place accrue du télétravail. Le télétravail constitue un mode d'organisation de l'activité professionnelle à l'extérieur de l'entreprise. Fruit d'une codification basée sur le dialogue social, l'article L. 1222-9 du Code du travail le définit comme « *toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication* ». Considérée comme une forme contemporaine d'exécution du contrat de travail, le télétravail permet à l'individu de réaliser ses obligations contractuelles hors de l'entreprise par le biais des TIC. Le télétravail ne supprime pas le lien de subordination, qui se trouve uniquement adapté dans sa forme. Dès lors, le salarié continue de bénéficier de son statut de salarié sous la « *télé-subordination* »³⁵¹ de son employeur. Le télétravail légitime ainsi une extension des pouvoirs de direction de l'employeur au-delà de l'entreprise.

En tant que « *cœur de l'intimité* » du salarié, le télétravail ne peut être mis en place au sein du domicile sans un encadrement précis. Au regard de sa définition légale, il n'est pas

³⁴⁸ Cass. soc., 23 septembre 2009, n° 08-40.434, Bull. civ. 2009, n° 190

³⁴⁹ Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.727, Bull. civ. 2001, n° 292

³⁵⁰ RAY J.-E., « *La guerre des temps : le NET ? Never Enough Time !* », Dr. soc., janvier 2006, p. 3.

³⁵¹ RAY J.-E., « *Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination* », Dr. social, 1992, p. 525

nécessairement réalisé au domicile. Pour autant, dans la pratique, 90% des salariés travaillent depuis chez eux³⁵². L'arrêt du 2 octobre 2001 pose le principe selon lequel le télétravail ne peut pas être mis en place par une décision discrétionnaire de l'employeur³⁵³. En effet, l'occupation à la demande de l'employeur, du domicile du salarié à des fins professionnelles constitue nécessairement une immixtion au sein de sa vie privée, de sorte que l'employeur ne peut l'imposer à son subordonné sans son accord³⁵⁴. Dès lors, selon les modalités de mise en place du télétravail, l'accord du salarié pourra se réaliser au moyen d'une inscription au contrat de travail³⁵⁵ ou formulé par tout moyen. Le positionnement de la Haute juridiction est plutôt logique. D'abord, parce que la transformation du domicile en lieu d'exécution du travail par l'employeur constitue une modification unilatérale du contrat de travail qui nécessite obligatoirement l'accord du salarié. En outre, le domicile en tant que « *sphère d'intimité par excellence* »³⁵⁶, ne peut être mis à la libre disposition de l'employeur. En réalité, il revient au salarié, en fonction de ses convictions, d'apprécier si le télétravail constitue une atteinte suffisamment grave et compatible avec son droit au respect de la vie privée. En effet, si pour certains le télétravail est le spectre de l'ingérence de l'employeur, pour d'autres il est au contraire un mode d'organisation adapté et souhaité pour permettre une meilleure conciliation de la vie personnelle et professionnelle.

Le refus du salarié de passer à un mode d'exécution en télétravail ne peut ni lui être imposé de force ni être sanctionné. Il ne constitue aucunement une motivation permettant de justifier la rupture du contrat de travail du salarié³⁵⁷. Toutefois, le législateur a prévu une disposition dérogatoire : « *En cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, ou en cas de force majeure, la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés* ». En précisant que la mise en œuvre du télétravail constitue un aménagement du poste de travail, et non une modification du contrat de travail, l'instauration du télétravail s'assimile à un simple changement des conditions de travail, relevant du pouvoir de direction de l'employeur. Dès lors, le télétravail s'impose au

³⁵² STATISTICA, « Répartition de salariés français faisant du télétravail en 2020, selon le lieu de travail », 2020

³⁵³ Cass. soc., 2 octobre 2001, op. cit

³⁵⁴ Cass. soc., 7 avril 2010, n° 08-44.865, 08-44.866, 08-44.867, 08-44.868, 08-44.869

³⁵⁵ Cass. soc., 18 décembre 2013, n° 12-20.228

³⁵⁶ MAILLARD-PINON S., « Contrat de travail : modification », Répertoire de droit du travail, Dalloz, Février 2021, art. 4

³⁵⁷ C. trav., art. L1222-11

salarié et son refus peut être sanctionné. Cette conception, en plus de déguiser la modification du contrat de travail, constitue une atteinte aux droits et libertés individuelles du salarié, touchée dans sa pleine intimité. En effet, le domicile n'est pas toujours un lieu adapté à la mise en place du télétravail et peut troubler l'équilibre entre la vie personnelle et professionnelle des salariés. L'exode important des salariés parisiens, vivant en appartement, vers des maisons de campagne lors des premiers confinements démontre bien cette difficulté d'adaptation. Ainsi, les hypothèses permettant d'imposer le télétravail au sein de son domicile personnel doivent rester limitées³⁵⁸ à l'existence d'évènements suffisamment graves, mettant en danger des intérêts publics et privés voire l'intégrité des individus.

Au regard de son immixtion au sein de la vie privée du salarié, le législateur a prévu un encadrement strict de mise en place du télétravail. Toutefois, un tel mode d'organisation du travail nécessite l'octroi de garanties au salarié, dont la protection de ses droits et libertés individuelles (B).

B. La reconnaissance nécessaire d'instruments de protection de la vie privée du salarié

La mise en place du télétravail est source de complexité au regard de son articulation avec le droit au respect de la vie privée. Pour assurer des garanties suffisantes au salarié, l'employeur est contraint d'adapter l'exercice de son pouvoir de surveillance au domicile du travailleur (1). En raison de l'immixtion du travail au sein du lieu de vie personnel, le télétravail tente d'assurer un équilibre, en allouant des contreparties au salarié (2).

1. La restriction de la surveillance opérée par l'employeur

L'exercice du pouvoir de direction de l'employeur au sein du domicile du salarié se révèle être un exercice d'équilibriste. De prime abord, il semble incompatible avec le droit au respect de la vie privée du salarié. Si la surveillance du salarié en entreprise par les TIC est déjà délicate en raison de son droit à la vie personnelle, son extension au cœur du lieu de vie du salarié devient inévitablement impensable. En raison du caractère sacré du domicile, le pouvoir

³⁵⁸ PROBST A., « [Le point sur...] Le lieu de télétravail », Hebdo édition sociale, 5 novembre 2020, n°842

de surveillance du salarié se trouve véritablement malaisé³⁵⁹. Pour autant, cette thèse doit être tempérée. Le télétravail est une forme contemporaine d'organisation du travail, permettant d'adapter la prestation de travail hors de l'entreprise. Sa mise en œuvre n'opère aucune modification sur la relation contractuelle entre les parties. Dès lors, le salarié comme l'employeur continue de bénéficier des mêmes droits et prérogatives. L'employeur dispose donc toujours d'un pouvoir de contrôle sur l'exécution du travail et celui d'en sanctionner les manquements. Cette faculté de surveillance est d'ailleurs expressément reprise au sein de l'accord-cadre européen du 16 juillet 2002³⁶⁰ sur le travail ainsi que dans l'ANI du 19 juillet 2005³⁶¹. Sans plus de précision de la part du législateur, rien ne s'oppose donc à l'établissement d'un contrôle du travail au domicile du salarié³⁶².

Bien que la surveillance au sein du domicile soit tolérée, le législateur n'a toutefois pas daigné lui accorder un encadrement juridique spécifique. Ce silence est bien dommageable dans la mesure où la probabilité des risques d'atteintes est renforcée. Sans sombrer dans une « *emprise technologique* »³⁶³, la surveillance par les TIC doit se concilier avec le droit au respect de la vie privée qui demeure le principe prédominant. Dès lors, il revient à l'employeur de faire preuve de loyauté en respectant strictement les dispositions de droit commun relatives au respect de la vie privée.

La sécurité juridique du mode de surveillance établi par l'employeur est d'abord acquise par le respect de son obligation d'information auprès de la communauté de travail. Ainsi, l'information du salarié et des représentants du personnel sont des conditions essentielles tenant à la licéité du dispositif. En effet les contrôles clandestins sont prohibés, à plus forte raison lorsqu'ils sont réalisés au sein d'un lieu privé, comme il est prévu par le Code pénal qui réprime « *le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé* »³⁶⁴. Cette obligation d'information,

³⁵⁹ RAY J.-E., « *Ubiquité du travail et application du droit du travail* », La Semaine sociale Lamy, 2003, n° 1140, p. 36

³⁶⁰ Accord-cadre sur le télétravail signé par la CES, l'UNICE/UEAPME et le CEEP, 16 juillet 2002

³⁶¹ Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005, relatif au télétravail, Nor : ASET0551387M

³⁶² EMERAS M., op. cit.

³⁶³ RADE C., « *Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination* », Dr.soc, 2002, p. 26

³⁶⁴ C. pén., art. 226-1

renforcée pénalement, constitue une véritable assurance pour le salarié de ne pas être espionné à son insu au cœur de sa vie privée.

En outre, la licéité du dispositif de contrôle repose sur une obligation ordinaire de justification et de proportionnalité³⁶⁵ afin de ne pas porter une atteinte manifestement excessive au droit à la vie privée du salarié. Une fois encore, aucune précision n'est apportée par le législateur ou la jurisprudence sur les méthodes de contrôle par les TIC à proscrire. L'employeur est finalement laissé à son bon sens dans le choix des dispositifs de contrôle, à la condition qu'ils ne soient pas abusifs. En ce sens, l'installation de caméras au sein de la pièce de travail apparaît bien trop disproportionnée, laissant le salarié à la surveillance constante de l'employeur. En outre, la CNIL rappelle que l'utilisation de logiciels permettant un partage d'écran permanent ou l'enregistrement en temps réel des frappes au clavier du salarié « *sont des procédés excessifs et invasifs qui ne peuvent pas être mis en œuvre* »³⁶⁶. Le télétravail est une modalité d'organisation du travail reposant sur la confiance mutuelle du respect des engagements contractuels des parties. Ainsi la mise en place du télétravail ne doit pas rendre le salarié dépendant d'un employeur, devenu méfiant du bon accomplissement de la prestation de travail au domicile. Pour éviter les dérives, la loyauté contractuelle de l'employeur incite à la rédaction de dispositions spécifiques sur les modalités de contrôle au sein d'un accord collectif sur le télétravail ou d'une charte. Ces supports internes constituent une garantie supplémentaire pour le salarié de voir ses droits respectés.³⁶⁷ Si le respect de la vie privée est protégé en entreprise, il devient inviolable dès lors que le salarié regagne ses pénates.

Le télétravail repose sur une exécution en distanciel de la prestation de travail aux moyens des TIC. Le salarié, devenu plus autonome, peut être séduit par l'utilisation de son matériel informatique pour accomplir ses tâches contractuelles. Or, si le contrôle des outils informatiques mis à la disposition du salarié répond à la présomption de caractère professionnel appliquée en entreprise, le contrôle des équipements personnels pose des difficultés. L'usage des équipements personnels empêche l'employeur de se prévaloir de leur contenu en raison du risque d'atteinte à la propriété d'autrui. Pour autant, l'employeur est l'unique responsable de la sécurité des données personnelles de son entreprise. Dès lors, il est soumis à la mise en place d'outils de sécurité du système d'information de l'entreprise sur les TIC personnelles du

³⁶⁵ C. trav., art. L.1121-1

³⁶⁶ CNIL, « *Les questions-réponses de la CNIL sur le télétravail* », 12 novembre 2020

³⁶⁷ CASAUX-LABRUNÉE L., « *Vie privée des salariés et vie de l'entreprise* », Dr. soc. 2012, p. 336

salarié. Nécessaire pour assurer les intérêts de l'entreprise, cette conciliation réduit toutefois les garanties au droit au respect de la vie privée du salarié, se voyant soumis à un contrôle sur son matériel propre. Cette énième exception demeure à relativiser. La tendance du « *Bring Your Own Device* »³⁶⁸ ne peut être imposée par l'employeur et résulte d'un choix libéré du salarié, auquel l'employeur peut s'opposer. La liberté pour le salarié de disposer de son propre matériel dans l'exécution de son travail doit nécessairement se concilier avec les intérêts de l'entreprise et justifie donc des restrictions mesurées du chef d'entreprise. Si le télétravail engendre nécessairement une atteinte à la vie privée du travailleur, celle-ci demeure justifiée, n'étant que la résultante du franchissement consenti du contrat de travail au-delà des portes du domicile.

Le pouvoir de contrôle de l'employeur est contraint de s'adapter au domicile comme espace extraprofessionnel de protection du salarié. Si le télétravail constitue une immixtion tolérée par le législateur, elle ne peut engendrer des atteintes excessives sur la vie privée du salarié. Dès lors, le télétravail impose l'assurance de garanties auprès du salarié.

2. Les contreparties de l'immixtion de l'employeur au domicile

L'interruption massive des TIC dans nos espaces normatifs relaye une véritable pression sur le salarié à se rendre hyper-disponible³⁶⁹. Si les TIC confèrent en apparence une plus grande autonomie et indépendance aux travailleurs, l'individu sédentarisé se confronte rapidement aux dangers de l'engrenage de l'ultra connexion. La diffusion des TIC a induit une véritable densification technologique du temps de travail, de sorte que la force de travail du salarié devient mobilisable à souhait³⁷⁰. La mise en place du télétravail concourt grandement à ce risque. Le salarié, éloigné de son employeur, est contraint d'être « *faxable* »³⁷¹ en permanence, en dépit de ses horaires contractualisés. La vie professionnelle grignote inexorablement la vie privée du salarié.

Toutefois, le télétravailleur est avant tout un salarié. Il bénéficie à ce titre des mêmes droits et garanties que ses collègues en entreprise. Dès lors, le télétravail ne peut remettre en cause les règles fondamentales du droit du travail, sur la protection des travailleurs et

³⁶⁸ Traduction : « *Apportez Votre Equipement personnel de Communication* »

³⁶⁹ WAQUET P., « La vie personnelle du salarié », Dr. social, 2004, p.23

³⁷⁰ ADAM P., « *SMS, vie privée et portable professionnel : histoire (courte) d'un Homme « sans territoire* » », Revue de droit du travail, 2015, p.191

³⁷¹ RAY J.-E., « *Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination* », Dr. social, 1992, p. 525

l'encadrement de leurs conditions de travail. Parce que sa mise en place constitue une atteinte à la vie privée du salarié, son exécution doit être encadrée et mesurée afin de ne pas créer un déséquilibre manifeste en privilégiant les intérêts de l'entreprise. Le télétravailleur n'est pas aliéné. La mise en place du télétravail doit nécessairement être soumise à la réglementation des temps de travail et de repos. Outre le repos dominical, le législateur prévoit ainsi que le salarié jouit d'un temps de repos quotidien et hebdomadaire³⁷², auquel l'employeur ne peut déroger sous peine de sanctions. L'article 9 de l'ANI du 19 juillet 2005³⁷³ renforce cette obligation en disposant que « *la charge de travail et les délais d'exécution doivent, en particulier, permettre au télétravailleur de respecter la durée maximale du travail et les temps de repos* ». Ainsi, le télétravailleur est soumis au même régime du temps de travail que celui des salariés au sein des locaux de l'entreprise.

La nécessité d'une conciliation entre le droit à la vie privée du salarié et l'exécution du contrat de travail a fait émerger un droit à la déconnexion. Repris par l'ANI du 26 novembre 2020, le droit à la déconnexion se traduit pour les partenaires sociaux comme un « *droit pour tout salarié de ne pas être connecté à un outil numérique professionnel en dehors de son temps de travail* »³⁷⁴. Ce nouveau droit confère une protection au télétravail de disposer d'un véritable temps de repos continu et effectif. Le télétravailleur n'est pas assujéti à une connexion permanente sur les TIC professionnelles. Il est soumis à son employeur dans les mêmes conditions que son contrat de travail, de sorte qu'en dehors de ses horaires il redevient libre de disposer de sa vie privée comme il l'entend. Pour restreindre les atteintes à la vie privée du salarié, il est essentiel pour les contractants de définir les temps relevant de la vie personnelle et ceux relevant de la vie professionnelle. Dès lors, l'ANI de 2005 prévoit que « *l'employeur fixe en concertation avec le salarié, les plages horaires durant lesquelles il peut le contacter* »³⁷⁵. Le législateur en fait même une mention obligatoire lorsque le télétravail est prévu au sein d'une charte ou d'un accord collectif³⁷⁶. La délimitation des temps dévolus au travail permet d'atténuer le brouillage des frontières entre la sphère professionnelle et personnelle et encadre les horaires de disponibilité du salarié qui doivent être raisonnables. Même si le droit à la déconnexion ne fait pas l'objet d'une codification explicite, l'encadrement du télétravail prévoit des mesures favorables au salarié, lui garantissant le respect de son droit à sa vie privée.

³⁷² C. trav., art. L. 3131-1 à L. 3134-16

³⁷³ Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005, op. cit

³⁷⁴ Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020 pour une mise en œuvre réussie du télétravail

³⁷⁵ Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005, op. cit

³⁷⁶ C. trav., art. L. 1222-9

Bien que le télétravail soit admis dans notre ordre social, l'utilisation du domicile à des fins professionnelles constitue une immixtion au sein de la vie privée du salarié. Dès lors, cette occupation intrusive nécessite une contrepartie suffisante pour que le salarié soit rétabli dans ses droits. La mise en place du télétravail au sein du domicile du salarié impose le versement d'une indemnité en raison de la sujétion particulière engendrée. Cette indemnité a pour finalité d'octroyer une compensation financière au salarié lésé dans son droit et n'entre pas dans l'économie générale du contrat³⁷⁷. De fait, l'indemnité d'occupation est distincte de la prise en charge des frais professionnels dont l'employeur est également le débiteur³⁷⁸. Cette indemnité n'est toutefois pas requise lorsque le télétravail résulte de la volonté du salarié. Il serait injuste de faire peser sur l'employeur une indemnité supplémentaire alors qu'en étant l'initiateur de cette organisation de travail, le salarié a toléré les risques qu'engendre le télétravail sur sa vie privée. Ainsi, l'indemnité d'occupation du domicile est retenue lorsque le télétravail résulte d'une initiative de l'employeur acceptée par le salarié, afin qu'il se consacre à son travail dans de bonnes conditions³⁷⁹. Elle s'applique à la seule condition qu'aucun local professionnel n'ait été mis effectivement à la disposition du salarié³⁸⁰. Une simple proposition est insuffisante³⁸¹.

Le législateur est silencieux sur le montant de l'indemnité octroyé au salarié. La jurisprudence dégage des indices permettant d'évaluer son montant. L'indemnité d'occupation doit tenir compte de la surface du domicile utilisée à des fins professionnelles, du temps pendant lequel le salarié occupe cet espace mais également du volume de stockage du matériel professionnel imposé au salarié. Sans être démesurée, l'indemnité d'occupation doit s'adapter aux nouvelles conditions de travail du salarié et de ses conséquences sur sa vie privée. En pratique, l'indemnité d'occupation d'un salarié travaillant dans un studio sera nécessairement plus importante que celle octroyée au salarié disposant d'une pièce spécifique au sein de son domicile.

Par le biais du télétravail, l'employeur étend la portée de son pouvoir de direction au sein du foyer du salarié. En principe, en dehors de l'exécution du contrat de travail, l'ingérence

³⁷⁷ Cass.soc., 7 avril 2010, op. cit.

³⁷⁸ Cass. soc., 9 janvier 2001, n° 98-44.833, Bull. civ. 2001, n° 1

³⁷⁹ Cass. soc., 8 novembre 2017, n° 16-18.499, Bull. civ. 2017, n° 192

³⁸⁰ Cass. soc., 4 décembre 2013, n° 12-19.667, Bull. civ. 2013, n° 300

³⁸¹ Cass. soc., 12 décembre 2012, n° 11-20.502, Bull. civ. 2012, n° 339

de l'employeur n'a plus vocation à s'appliquer. Pourtant, l'influence des réseaux sociaux des salariés semble rendre cette maxime bien incertaine (II).

II. La complexe articulation entre le pouvoir de direction et les réseaux sociaux du salarié

Si en principe, hors de l'entreprise, l'employeur ne peut se prévaloir des informations relevant de la vie privée du salarié, la jurisprudence fait une appréciation plus nuancée lorsqu'il s'agit de propos partagés sur les réseaux sociaux du salarié (A). Le droit à la vie privée du salarié n'est plus le seul droit fondamental sous l'égide unique des juridictions, qui semblent consacrer davantage de protection au droit de la preuve de l'employeur (B).

A) L'émergence controversée de la prise en compte par l'employeur d'éléments extraprofessionnels

L'utilisation des réseaux sociaux du salarié dans sa vie extraprofessionnelle amène de nombreuses controverses en droit du travail. Au sein de sa vie privée, le salarié dispose d'une liberté d'expression qui ne peut faire l'objet de restrictions par l'employeur (1). Pour autant, lorsqu'elle se manifeste par le biais d'un réseau social, la jurisprudence s'attache à la publicité des propos modérant ainsi la protection accordée à la vie privée des travailleurs.

1) L'utilisation privée des réseaux sociaux soumise à la liberté du salarié

En dehors des temps et lieux de travail, le salarié s'affranchit de la sujétion de son employeur³⁸². Une fois libéré de ses étreintes contractuelles professionnelles, il dispose d'une pleine jouissance de ses droits et libertés individuelles. Lorsqu'il regagne sa vie privée, le salarié-citoyen retrouve son libre-arbitre lui permettant de dire et faire ce que bon lui semble. Ainsi, hors de l'entreprise, le salarié dispose d'une liberté d'expression inaltérable³⁸³.

La liberté d'expression est protégée par un arsenal juridique considérable. En droit interne, l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen expose : « *La libre*

³⁸² RADE C., « *Les salariés protégés également tenus par l'obligation de loyauté* », op. cit.

³⁸³ RAY J.-E., « *Des « licenciements Facebook » à la sanction d'un « Like » ?* », La Semaine Sociale Lamy, 4 février 2019, n°1847

communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi »³⁸⁴. Sous l'égide du Préambule de la Constitution et de la jurisprudence des Sages, la liberté d'expression est une liberté fondamentale à valeur constitutionnelle. De surcroît, elle est également protégée à l'échelle européenne par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁸⁵ qui prohibe toute ingérence des autorités publiques. La liberté d'expression dispose d'un socle de protection solide conférant à son détenteur la capacité de s'exprimer et communiquer comme il l'entend.

Avec l'expansion d'internet et des TIC, la liberté d'expression dispose d'un instrument de promotion conséquent. En principe, « *la communication au public par voie électronique est libre* »³⁸⁶. Dès lors, le salarié réfugié dans sa vie privée bénéficie du droit d'accéder aux services de communication en ligne et de les utiliser librement dans l'exercice de sa liberté d'expression³⁸⁷. L'essor des TIC a véritablement changé le paradigme de la vie privée des individus. Il n'est plus seulement question de préserver le secret de son intimité mais au contraire revendiquer dans sa vie publique de nouvelles libertés et une autonomie par rapport à l'entreprise³⁸⁸, sous le bouclier de la vie privée. Ainsi, les informations partagées par le salarié aux moyens d'une messagerie instantanée privée ou de publications sur ses réseaux sociaux personnels sont protégées par la liberté d'expression, qui est elle-même renforcée par la vie privée du salarié.

Pour autant, la liberté d'expression ne peut s'exercer sans limites. Il est de jurisprudence constante d'affirmer que si « *le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, d'une liberté d'expression, il ne peut en abuser en tenant des propos injurieux, diffamatoires ou excessifs* »³⁸⁹. La vie privée n'est donc pas un rempart infaillible aux restrictions des droits et libertés individuelles de l'entreprise. La liberté d'expression du salarié, citoyen éclairé, ne peut être exercée en méconnaissance des droits et obligations des tiers, également sujets de droit. La limite réside dans le contenu des propos adoptés. Ainsi, des insultes, propos outrageants ou encore diffamatoires sont de nature à être limités en raison de leur caractère excessif et

³⁸⁴ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789, art. 11

³⁸⁵ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 10

³⁸⁶ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

³⁸⁷ Cons. const., déc. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC

³⁸⁸ DUPAYS A., op. cit.

³⁸⁹ Cass. soc, 14 décembre 1999, n°97-41.995, Bull. civ. 1999, n°488

malveillant. Dans le cadre de son utilisation des réseaux sociaux, le salarié demeure libre de s'exprimer comme il le souhaite à condition de ne pas être en contradiction avec un ordre moral fondamental telles que la garantie de l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. Si le salarié ne peut être sanctionné pour avoir fait un usage licite de « *son droit d'expression directe et collectif sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail* », cette prohibition de sanction est d'autant plus renforcée lorsque le salarié s'exprime dans le cadre de sa vie privée.

Le droit au respect de la vie privée concède au salarié une liberté d'expression et d'agir librement sur ses réseaux sociaux personnels. Pour autant, la jurisprudence atténue ce principe en relevant que les informations exprimées sur les réseaux sociaux dans le cadre extracontractuel ne relèvent pas nécessairement de la vie privée du salarié (2).

2) La difficile délimitation de la publicité des publications

Hors de la sphère contractuelle, le salarié échappe au contrôle de l'employeur³⁹⁰. Les actes relevant de sa vie privée, parce qu'ils sont cachés de la vue de tous, ne peuvent donc fonder le prononcé d'une sanction et encore moins d'une mesure de licenciement. Pour autant, les réseaux sociaux ont relativement complexifié ce précepte juridique. En effet, les réseaux sociaux permettent une interconnexion permanente entre les individus et favorisent des échanges d'informations à grande échelle. Dès lors, au regard du nombre d'utilisateur et de la rapidité des transmissions de données, la publicité des messages et publications partagées peut rapidement devenir virale³⁹¹ de sorte à dépasser le cadre privé, entendu *stricto sensu* et engendrer des répercussions sur l'entreprise.

Dans un souci de protection des intérêts de l'entreprise, la jurisprudence a établi un mécanisme d'analyse singulier des publications personnelles du salarié sur ses réseaux sociaux. Selon elle, ils peuvent constituer un espace public en fonction du nombre d'individus accédant aux informations partagées, de sorte que l'employeur peut se prévaloir de leur caractère excessif ou abusif³⁹². Cette solution révolutionnaire dans la prise en compte des intérêts de

³⁹⁰ DUPAYS A., op. cit

³⁹¹ RAY J.-E., « Des « licenciements Facebook » à la sanction d'un « Like » ? », La Semaine Sociale Lamy, 4 février 2019, n°1847

³⁹² CA Rouen, 15 novembre 2011, n° 11/01830

l'entreprise est pour le moins très défavorable aux garanties accordées à la vie privée du salarié. En prenant l'exemple du réseau social Facebook, dont le contentieux ne cesse de croître, le salarié est titulaire d'une faculté de paramétrage de son compte. Dès lors, il est libre de partager ses publications à la vue de tous les profils numériques ou au contraire de réserver des publications à « *ses amis* », entendus comme les personnes avec lesquelles le salarié accepte d'être en contact sur Facebook³⁹³. Ainsi, la jurisprudence a retenu que le caractère privé d'une publication postée dans le cadre de la vie personnelle du salarié s'analyse selon le nombre des membres du groupe constitué. Par exemple, le partage d'une photographie d'un extrait de pièce d'un dossier confidentiel à un groupe d'une quarantaine de personnes présentait un caractère public³⁹⁴. Le critère du nombre d'amis est insatisfaisant, laissant peu de place à une appréciation concrète des juges du fond. Ainsi, la chambre civile et la chambre sociale de la Cour de cassation ont précisé le critère de publicité des posts du salarié sur ses réseaux sociaux³⁹⁵. L'appréciation des juges doit se fonder sur la restriction de l'accès au compte du salarié. Pour se voir conférés une nature privée, les propos et publications doivent avoir été accessibles à des personnes strictement agréées par le salarié, composant un groupe fermé restreint.

Cette conception amène à de véritables questionnements sur les garanties laissées au droit de la vie privée du salarié. Comme le relève Maître BERRIAT, avocat général à la Cour de cassation, ces décisions opèrent à une régression de la conception de la vie privée. En assimilant le droit à la vie privée avec l'unique concept de l'intimité, la Cour de cassation fait fi de l'évolution accordée à la notion par la jurisprudence de la CEDH. En effet, la vie privée ne garantit plus seulement un droit au secret mais véritablement un droit à l'autonomie, c'est-à-dire la faculté de nouer des relations personnelles et de développer son identité sociale³⁹⁶. La vie privée ne protège pas uniquement ce qui devrait être caché mais aussi ce qui peut être partagé avec ses semblables. Il serait dès lors plus judicieux de « *prendre en compte l'intention exprimée par le titulaire lors du paramétrage de son compte et de considérer que sa page privée et les posts qui s'y trouvent relèvent de cette zone d'interaction entre l'individu et des tiers qui, même dans un contexte public, peut relever de la vie privée* »³⁹⁷.

³⁹³ Cass. 2e civ., 5 janv. 2017, n° 16-12.394

³⁹⁴ CA Rouen, 26 avril 2016, n° 14/03517

³⁹⁵ Cass. civ., 10 avril 2013, n° 11-19.530, Bull. civ 2013, n°70 – Cass. soc., 12 septembre 2018, Bull. civ. 2018, n°150

³⁹⁶ CEDH, 6 juin 2016, op. cit

³⁹⁷ BERRIAT A., « *Avis sur l'arrêt du n°779 du 30 septembre 2020* »

En outre, quand bien même le caractère public des messages publiés sur Facebook serait constitué, encore faut-il qu'ils soient suffisamment graves et abusifs pour que l'employeur puisse s'en prévaloir. Ainsi, le fait pour un directeur d'association de publier sur son compte Facebook personnel, lequel était accessible à tout public dont à la vue potentielle de ses subordonnés, des résidents de l'association et des membres de leurs familles, une photographie le présentant nu agenouillé sur le prie-Dieu d'une église, n'est pas un élément suffisant pour justifier un licenciement pour faute grave en ce que la photographie était dépourvue de caractère injurieux, diffamatoire ou excessif³⁹⁸. Le risque de la métamorphose d'une publication émise dans le cadre de la vie privée du salarié en un post public est d'attiser des sanctions non plus fondées sur le dysfonctionnement engendré sur l'entreprise ou le contrat de travail mais sur son opposition avec les intérêts et convictions de l'employeur. La récente décision de la Cour de cassation est justifiée dans la mesure où la photographie avait été prise dans un but artistique, sans que l'employeur soit en mesure de justifier sa contradiction avec les obligations contractuelles du salarié.

La jurisprudence dévoile une appréciation défavorable au salarié dans l'exercice de ses droits et libertés individuelles hors de l'entreprise. Elle justifie ces restrictions apportées à la vie privée du salarié par la prise en compte du droit à la preuve de l'employeur (B).

B) L'émergence controversée du droit à la preuve de l'employeur au détriment de la vie privée du salarié

Le contentieux relatif à l'usage des réseaux sociaux dévoile une prise en compte ascendante des intérêts de l'entreprise. En effet, si l'employeur peut user de son pouvoir de direction sur des propos publics du salarié sur un réseau social, il ne peut toutefois s'en prévaloir lorsqu'ils ont été tenus au sein d'un espace privé. Ce principe communément admis est désormais contesté, en faisant prévaloir le droit à la preuve de l'employeur sur le droit au respect de la vie privée du salarié. Le droit à la preuve est un principe juridique préalablement reconnu par la doctrine. François GENY le définissait comme « *une faculté en vertu de laquelle chacun recueille et emploie, à sa guise, les moyens que lui offre la vie sociale pour la*

³⁹⁸ Cass. soc., 23 juin 2021, n° 19-21.651

justification et la défense de ses droits »³⁹⁹. Le droit à la preuve est donc le droit pour un individu de récolter des éléments fondamentaux et essentiels à l'appui de ses prétentions, notamment judiciaires. Pour autant, la recherche de ses moyens n'est pas illimitée et se confronte avec les nombreuses règles fondamentales qui composent notre espace normatif. Puisqu'il a vocation à protéger les intérêts du justiciable dans le cadre d'un recours en justice, ce dernier ne peut totalement s'effacer devant des « *intérêts antinomiques* »⁴⁰⁰. Confronté à un dilemme légal, le juge est contraint de mettre en balance les droits en conflit. Dès lors, face à l'impératif de vérité recherché par le droit à la preuve⁴⁰¹, le droit au respect de la vie privée du salarié perd de son caractère absolu. La chambre sociale concède ainsi depuis un arrêt du 9 novembre 2016 que « *Le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi* »⁴⁰². Le droit au respect de la vie privée ne prédomine en rien sur le droit à la preuve, qui semble être devenu un droit fondamental⁴⁰³. Pour autant, en raison de la gravité de l'atteinte qu'il cause, le droit à la preuve de l'employeur est soumis à des exigences strictes.

Classiquement, le droit à la preuve de l'employeur ne peut s'exercer en méconnaissance d'un principe de loyauté. La loyauté impose alors à l'employeur de ne pas user de manœuvres ou stratagèmes et de respecter les droits et libertés du salarié⁴⁰⁴. La loyauté préside la relation de travail, de sorte qu'elle est exigée dans le cadre de l'exécution du contrat⁴⁰⁵ mais également sur le plan probatoire⁴⁰⁶. Dès lors, dans sa quête de la vérité, l'employeur ne peut utiliser des stratagèmes pour obtenir une preuve à défaut de rendre la sanction disciplinaire prononcée illicite et écartée des débats. En matière de réseaux sociaux, la déloyauté de la preuve se pose lorsque le compte du salarié est privé. En effet, lorsque le salarié paramètre son compte comme public, l'employeur n'est opposé à aucune difficulté et peut prendre librement connaissance des informations publiées par le salarié. Toutefois, lorsque son accès est restreint, l'employeur est contraint de démontrer qu'il n'a pas usé de manœuvres déloyales pour accéder aux informations, réservées aux personnes agréées. La chambre sociale de la Cour de cassation a

³⁹⁹ BLERY C., « *Droit à la preuve : nouvelle pierre à l'édifice jurisprudentiel à propos d'un constat par drone* », Dalloz actualités, 3 septembre 2019

⁴⁰⁰ Cass. civ., 5 avril 2012, n° 11-14.177, Bull. civ. 2012, n°85

⁴⁰¹ LARDEUX G., « *Du droit de la preuve au droit à la preuve* », Recueil Dalloz, 2012, p.1596

⁴⁰² Cass. soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, Bull. civ.,

⁴⁰³ ADAM P., « *Droit à la preuve, protection de la vie privée et réseaux sociaux* », Dr. social, 2021, p. 14

⁴⁰⁴ FROUIN J.-Y., « *La preuve en droit du travail* », La semaine sociale Lamy, 2 octobre 2006, n°s 1276 et 1277

⁴⁰⁵ Cass. soc., 16 janvier 1991, n° 89-41.052, Bull. civ. 1991, n°15

⁴⁰⁶ Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, Bull. civ. 1991, n°519

ainsi pu juger que l'utilisation par l'employeur du téléphone portable d'une salariée pour accéder à la page Facebook de sa collègue et en extraire des informations afin de la sanctionner constituait un mode déloyal de preuve violant le droit au respect de la vie privée de la salariée⁴⁰⁷. Cette décision est logique puisque si l'employeur n'avait pas eu recours à ce stratagème, il n'aurait jamais pu accéder aux informations strictement partagées les amis choisis du salarié. De facto, le salarié n'aurait pas pu être sanctionné. Pour autant, la preuve n'est pas déloyale si les personnes agréées transmettent spontanément des informations et éléments du compte Facebook privé du salarié⁴⁰⁸. Cette dernière solution laisse planer de nombreux doutes quant à une instrumentalisation du droit à la preuve. En l'occurrence, aucun élément ne permet de démontrer de manière sûre et non équivoque que l'employeur n'a pas insidieusement missionné un salarié dans la quête d'informations litigieuses sur un compte Facebook privé.

Au-delà de l'exigence de loyauté, le droit à la preuve est également analysé au regard de l'atteinte portée à la vie privée de l'intéressé. Dans le cadre des réseaux sociaux, même si l'employeur démontre que sa quête de la vérité est loyale, elle constitue tout de même une violation de la vie privée du salarié, entendue largement comme « *vie privée sociale* »⁴⁰⁹. Dès lors la légitimité de l'atteinte causée par l'exercice du droit à la preuve repose sur une exigence de proportionnalité. Dans son rapport pour l'année 2012, la Cour de cassation précise le fondement sur lequel doit reposer la mise en balance du droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve. Il expose ainsi que si la recevabilité d'un mode de preuve est a priori inadmissible, il appartient aux juges d'analyser le rapport de proportionnalité entre les intérêts que le secret protège et ceux à la satisfaction desquels il fait obstacle. A l'issue de cette analyse, le droit à la preuve légitime une ingérence au sein de la vie privée du salarié si « *l'atteinte au secret paraît moindre, et constitue le seul moyen de faire triompher une légitime prétention de fond* »⁴¹⁰.

Le droit à la preuve est laissé à l'appréciation des juges, qui ont la lourde tâche d'opérer un double examen⁴¹¹. D'abord, il revient aux juges du fond de contrôler la justification de l'atteinte causée à la vie privée du salarié. En ce sens, la preuve attentatoire recueillie est

⁴⁰⁷ Cass. soc., 20 décembre 2017, n° 16-19.609

⁴⁰⁸ Cass. soc, 30 septembre 2020, n°19-12.058, Bull. civ

⁴⁰⁹ CHAMPEAUX F., « *Le droit à la preuve* », La semaine sociale Lamy, 12 octobre 2020, n°1924

⁴¹⁰ Cour de cassation, « *La preuve* », La Documentation française, 2012

⁴¹¹ ADAM P., « *Droit à la preuve, protection de la vie privée et réseaux sociaux* », *op. cit*

justifiée lorsqu'elle se rend indispensable au triomphe des prétentions de l'employeur⁴¹². La Cour de cassation confirme que « *le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi* »⁴¹³. Autrement dit, la preuve constituée doit être essentielle et l'unique moyen de rapporter la réalité des faits, de sorte qu'en son absence l'employeur n'aurait pas pu exercer son pouvoir de direction.

Quand bien même le droit au respect de la vie privée ne bénéficie plus d'une immunité intangible, toutes les atteintes ne sauraient être justifiées. Il revient alors aux magistrats de vérifier que l'exercice du droit à la preuve de l'employeur ne dépasse pas ce qui est strictement nécessaire pour atteindre le but recherché⁴¹⁴. En d'autres termes, l'appréciation des juges doit porter sur l'ampleur de l'atteinte en fonction du but poursuivie par l'entreprise. Au sein de son arrêt du 30 septembre 2020, la Cour de cassation a considéré que l'atteinte à la vie privée du salarié par l'employeur était justifiée, eu égard au comportement du salarié qui avait partagé des photographies confidentielles d'une collection de mode sur son compte Facebook largement accessible. En attendant à la confidentialité des affaires de l'employeur, le droit au respect de la vie privée pouvait légitimement faire l'objet d'une atteinte dans la défense de l'intérêt légitime de l'employeur. A contrario, la publication de messages offensants ou insultants vis-à-vis de l'entreprise ne pourraient permettre une telle atteinte, notamment lorsque l'identification de l'entreprise n'est pas observable.

Les TIC, dont les réseaux sociaux, ont grandement complexifié les relations de travail. Si le salarié est libre d'en disposer dans sa vie privée, son utilisation doit être dès plus mesurée pour ne pas lui conférer une toute-puissance préjudiciable à l'employeur. L'essor du droit à la preuve de l'employeur résulte d'une volonté de la jurisprudence d'assurer un équilibre des intérêts entre les parties. Pour autant, dans la pratique, son exercice conféré à l'employeur semble prédominer sur le droit au respect de la vie privée. L'exigence du principe de proportionnalité, qui se veut objectif, engendre de trop nombreuses incertitudes sur l'appréciation *in concreto* opérée par les juges⁴¹⁵. La mise en balance du droit à la preuve de l'employeur et du droit au respect de la vie privée ne procure aucune garantie concrète pour le

⁴¹² CEDH, 10 octobre 2006, Req. 7508/02, Affaire L.L. c. France

⁴¹³ Cass. soc., 30 septembre 2020, op. cit.

⁴¹⁴ BARÈGE A., BOSSU B., « *Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié* », op. cit

⁴¹⁵ BOSSU B., « *Droit à la preuve et production d'informations non anonymisées* », La Semaine Juridique sociale, n°16-17, 20 avril 2021

salarié. Pire, elle contribue à creuser une insécurité juridique sur l'utilisation des réseaux sociaux. La vie privée du salarié, restreinte en entreprise, continue indéfiniment de subir des limites implicites de son employeur, même hors de son cadre professionnel.

Conclusion générale

Au cœur du droit du travail, devenu droit du travailleur, le droit respect de la vie privée du salarié n'est pas immuable. Les régulateurs juridiques et politiques ont adapté cette notion, au gré des mouvements qui leur sont propres, véritablement influencés par l'expansion mondiale des TIC. Outils au service de l'autonomie et de l'indépendance, les TIC ont contribué à bouleverser la conception traditionnaliste du droit au respect de la vie privée, vue à l'origine comme la forteresse de l'intimité. L'ère des réseaux sociaux a standardisé une ultra-connexion de l'individu, partageant les moindres recoins de son quotidien dont sa vie professionnelle. La vie privée du salarié n'est plus seulement réduite au secret mais au contraire à la faculté de s'en libérer.

Bien qu'elles aient permis l'émancipation de certains droits fondamentaux, les TIC ont largement concouru à un brouillage des sphères professionnelles et personnelles. Désormais, la vie privée s'invite au travail et le travail s'invite au domicile, ne laissant aucun répit technologique pour le travailleur. Ainsi, au temps et lieu de travail, le salarié doit allier raisonnablement son droit à la vie personnelle avec sa vie professionnelle. Cette conciliation engendre une réelle méfiance des employeurs qui, aux moyens d'instruments de TIC, interfèrent et supervisent cet équilibre fragile. Le pouvoir de contrôle de l'employeur, par l'usage d'outils technologiques et numériques, lui permet de circonscrire la vie personnelle du salarié au travail. Même s'il est soumis au respect de nombreuses contraintes, telle que la proportionnalité des TIC ou la transparence des procédés établis, la pratique jurisprudentielle tend à alléger les exigences pour lesquelles il est le débiteur. La multiplication des dérogations justifiant les atteintes aux droits fondamentaux du salarié affaiblit le régime protecteur de la vie privée du salarié sur le lieu de travail.

Si la vie privée a longtemps été sous l'égide de nos institutions juridiques, elle laisse progressivement sa place à la prise en compte des intérêts de l'entreprise. Soumis perpétuellement au respect de ses obligations contractuelles, le salarié réfugié dans sa vie privée doit également veiller à adopter un comportement approprié et conforme aux intérêts portés par l'entreprise, à défaut de subir le courroux de l'employeur et le prononcé d'un licenciement au motif encore incertain. De surcroît, il doit d'autant plus redoubler de vigilance

lorsqu'il utilise ses réseaux sociaux personnels, l'exercice du droit à la preuve de l'employeur légitimant les atteintes à sa vie privée si la motivation patronale se pare d'une objectivité suffisante.

Autrefois inaltérable, le régime de protection de la vie privée du salarié dévoile désormais une protection en demi-teinte. Pour autant, si les TIC ont affaibli les garanties offertes de respect des droits et libertés individuelles du salarié, rien n'est perdu pour autant et certaines décisions récentes semblent nuancer l'effacement de la vie du salarié au profit de l'employeur. En définitive, le droit du travail tatillonne encore sur l'ampleur de la protection à conférer au salarié dans le cadre du respect de son droit à sa vie privée sous l'influence des TIC. La quête pour la préservation des droits fondamentaux face à l'invasion des nouvelles technologies dans le monde du travail n'est pas prête de s'achever.

Bibliographie

I. Dictionnaires

- Délégation générale à la langue française et aux langues de France, « *Vocabulaire des techniques de l'information et de la communication (TIC)* », 2017
- Dictionnaire de la langue française (Le Grand Robert)

II. Ouvrages généraux, traités, manuels

- AUZERO G., BAUGARD D., DOCKES E., « *Droit du travail* », Précis Dalloz, 34^e édition, 2021
- AYNES L., MALAURIE P., « *Droit civil, Les obligations* », Les sources, Sirey, 2^{ème} édition, Tome 1, 1987
- CARBONNIER J., « *Droit civil* », t. 1, n° 71, éd. 1980
- DUPAYS A., « *Droit du travail* », Le Lamy social, 2021
- CORNU G., « *Droit civil* », Tome I, 5^e éd., n° 513
- CORNU G., « *Vocabulaire juridique* », 13^e éd., PUF, 2020, p. 1064
- DURAND P., JAUSSAUD R., « *Traité de droit du travail* », Dalloz, 1947, Tome I, n° 356
- DOCKES E., « *Droit du travail* », Relations individuelles, HyperCours, 5 avril 2007
- LE PETITCORPS K., « *Droit du travail au quotidien* », Ed. Wolters Kluwer, octobre 2020
- MOUTHOUH H., RIVERO J., « *Libertés publiques* », Thémis, Ed. PUF, 2003, n° 90, Tome II
- RAY J.-E., « *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies de l'information et de la communication* », Ed. Liaisons, 2001, p. 83 et 90
- RAY J.-E., « *Droit du travail* », Coll. Droit vivant, 28^{ème} éd., 2020, éd. Liaisons

III. Ouvrages spéciaux, thèses

- ARIES P., DUBY G., « *Histoire de la vie privée. De l'Empire romain à l'an mil* », Points Histoire, n°260, 1999
- BAREGE A., BOSSU B., « *L'éthique et le rapport de travail* », tome 47, 2012
- BOSSU B., « *Loyauté et contrat de travail* », Droit et loyauté, Ed. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 117
- BERSSET-BIRCHER V., « *Les systèmes d'information et la vie privée du salarié : analyse en droit européen, en droit suisse et en droit français* », Thèse de droit privé, Université de Strasbourg, 2013
- DOCKES E., « *De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur* », Mélanges en l'honneur de Jean PÉLISSIER, Dalloz, 2004, p.208
- GRAVELAIS I., « *La protection juridictionnelle de l'inviolabilité du domicile* », Thèse, Université de Bourgogne, 2013
- KERNALEGUEN F., « *Brèves remarques sur la vie privée du salarié* », Mélanges en l'honneur de Henry Blaise, 1995
- LEPAGE A., « *Droits de la personnalité* », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2009, n°118
- LYON-CAEN A., VACARIE I., « *Droits fondamentaux et droit du travail* », Mélanges en l'honneur de J. M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 421
- MAILLARD-PINON S., « *Contrat de travail : modification* », Répertoire de droit du travail, Dalloz, Février 2021, art. 4
- MORGENROTH T., « *La vie privée en droit du travail* », Thèse de doctorat. Droit privé. Lille : Université de Lille 2 – Droit et Santé, 2016. p. 474
- MOULY J., « *Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne* », Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Ed. Bruylant, 2005
- OPPETIT B., « *Éthique et vie des affaires* », Mélanges en l'honneur de André COLOMER, Paris : Litec, 1993, p. 323
- PÉCAUT-RIVOLIER L., STRUILLOU Y., WAQUET P., « *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié* », Coll. Droit vivant, Ed. Liaisons, 13 février 2014
- RIGAUX F., « *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité* », Bruylant, Bruxelles 1990

- SAINT-PAU J.-C., « *Droit au respect de la vie privée - Atteintes autorisées par des droits concurrents* », Jurisclasseur communication, Lexisnexis, Fasc. 47, 15 juillet 2018
- TALLON D., « *Droits de la personnalité* », Répertoire de droit civil, Dalloz, n°116, 1996
- WAQUET PH., « *L'entreprise et les libertés du salarié* », Ed. Liaisons, 2003, p. 163

III. Revues et doctrines

- ADAM P., « *Vie personnelle/ vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? (Petit exercice de jardinage juridique)* », Dr. Ouvrier, Juillet 2013, n°780
- ADAM P., « *SMS, vie privée et portable professionnel : histoire (courte) d'un Homme « sans territoire »* », Revue de droit du travail, 2015, p.191
- ADAM P., « *Droit à la preuve, protection de la vie privée et réseaux sociaux* », Dr. social, 2021, p. 14
- ANTONMATTEI P.-H., « *Le licenciement pour trouble objectif* », Dr social, 2012, p.10
- ARPAILLANGE, « *Les droits de la défense et le droit du travail* », La Semaine sociale Lamy, n° 410, 24 mai 1988
- BADINTER R., « *Le droit au respect de la vie privée* », JCP 1968, I, 2.136
- BAREGE A., BOSSU B., « *L'ordinateur et la vie privée du salarié* », JCP S 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 Juillet 2007, 1538
- BAREGE A., BOSSU B., « *Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié* », JCP S, n°41, 1393, 2013
- BAUER C., BOGORATZ S., « *La vidéosurveillance du salarié : Pour une protection juridique nouvelle de son image et de l'intimité de sa vie privée* », Legicom, vol. 10, n° 4, 1995, p. 14-27
- BLERY C., « *Droit à la preuve : nouvelle pierre à l'édifice jurisprudentiel à propos d'un constat par drone* », Dalloz actualités, 3 septembre 2019
- BOSSU B., « *Surveillance du salarié et respect des droits fondamentaux* », Hebdo édition sociale, Lexbase, 14 novembre 2019, n°802

- BOSSU B., « *Surveillance au travail : une loyauté partagée* », Recueil du droit du travail, 2020, p.406
- BOSSU B., « *Droit à la preuve et production d'informations non anonymisées* », La Semaine Juridique sociale, n°16-17, 20 avril 2021
- BOSSU B., « *Surveillance au travail : une protection du salarié en recul* », Hebdo édition sociale, Lexbase, n°870, 24 juin 2021
- BOUCHET H., « *La cybersurveillance des salariés* », Bull. soc. F. Lefevre 7/01, p. 329
- BRYON-PORTET C., « *Les bouleversements de l'espace-temps. Vers une redéfinition des pratiques commémoratives et de leurs lieux consacrés à l'ère des TIC* », Communication, 2012, n° 30
- CANAS S., « *L'influence de la fondamentalisation du droit au respect de la vie privée sur la mise en oeuvre de l'article 9 du code civil* », Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°48, 2015, p.47
- CASAUX-LABRUNÉE L., « *Vie privée des salariés et vie de l'entreprise* », Dr. soc. 2012, p. 336
- CAYLA O., « *L'indicible droit naturel de François Géný* », Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique, SHFD, 1988, pp.102-122
- CHAMPEAUX F., « *Le droit à la preuve* », La semaine sociale Lamy, 12 octobre 2020, n°1924
- CHAUVY Y., « *De l'utilisation, au regard du principe de bonne foi, des moyens modernes de captation d'image et de parole comme preuve du comportement professionnel* », Rec. Dalloz, 1992, p.73
- CHEMLA H., LIMOU S., « *Le droit disciplinaire - Qualifier la faute, choisir la sanction et respecter la procédure* », Les Thématiques, Liaisons sociales, mars 2020, n°77
- COLONNA J., RENAUX-PERSONNIC V., « *Vidéosurveillance constante du salarié : atteinte disproportionnée à la vie privée* », La lettre juridique, Lexbase, n°874, 22 juillet 2021
- DABOSVILLE B., « *Le «téléprivé»* », Dalloz actu, 4 février 2019
- DE GIVRY E., « *TIC et surveillance du salarié : regards de la CNIL* », JCP S 2013, p. 1394

- DRAI L. « *Les conditions du contrôle par l'employeur des correspondances électroniques de ses salariés* », Communication électronique, janvier 2018, Etude n° 2, p. 2
- EMERAS M., « *Le domicile du salarié* », La Semaine Juridique Social, 20 Janvier 2015, n°3, p. 1012
- FAVENNEX-HÉRY F., « *Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire* », Dr.social, 2004, p.48
- FAVRO K. « *La démarche de compliance ou la mise en oeuvre d'une approche inversée* », Légicom, 2017, p.21
- FAVRO K., « *La CNIL, une autorité à l'âge de la maturité* », Rev. Dalloz IP/IT, 2018, p.464
- FROUIN J.-Y., « *La preuve en droit du travail* », La semaine sociale Lamy, 2 octobre 2006, n° 1276 et 1277
- FROUIN J.-Y., « *Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail* », JCP S, 2010, 1087
- GAUTIER P.-Y., « *La preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la « vie privée » des salariés* », Recueil Dalloz, 2001, p. 3148
- GOUTTENOIRE A., « *Le régime du contrôle du télétravailleur par la donnée* », Revue de droit du travail, 2021 p.88
- HALPERIN J.-L., « *Protection de la vie privée et privacy : deux traditions juridiques différentes ?* », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, vol. 48, n°. 3, 2015, pp. 59-68.
- KAYSER P., « *La protection de la vie privée par le droit* », Economica, 3e éd., 1995, n° 1, p. 11.
- LAIGNEAU M., RAY J.-E. et MATHIEU B., « *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux* », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2011/2, p. 193
- LARDEUX G., « *Du droit de la preuve au droit à la preuve* », Recueil Dalloz, 2012, p.1596
- LOISEAU G., « *Focus sur la vie personnelle du salarié* », Recueil Dalloz, 2009, n° 35, p. 2393
- LYON-CAEN A., « *Vie privée et entreprise* », Rev. Justice et cassation, 2018
- MARGUÉNAUD J.-P., MOULY J., « *L'ouverture des fichiers personnels du salarié par l'employeur : vers une exception française ?* », Recueil Dalloz, 2018, p. 1291

- MATHIEU-GENIAUT C., « *L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question* », Dr. soc. 2006, p. 848
- MAZEAUD V., « *La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée* », Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel, juin 2015, n°48, p7
- MOULY J., « *Secret des correspondances, trouble objectif dans l'entreprise et vie personnelle du salarié : le rejet du « tout disciplinaire* », Recueil Dalloz, 2007, P. 2137
- MRAOUAHI S., « *Preuve et protection des données personnelles : l'illicéité n'emporte pas toujours l'irrecevabilité* », Revue de droit du travail, 2021, p.199
- PAGNERRE Y., « *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail* », Economica 2011 p.95
- PEYRAT-GUILLARD D., « *Quels enjeux pour les entreprises et les organisations syndicales ?* », Rev. française de gestion, 2012, p.153
- PLANQUE J-C., « *Vers un assouplissement des conditions de licéité de la surveillance des salariés ?* », D. 2002, p.2292.
- PROBST A., « *[Le point sur...] Le lieu de télétravail* », Hebdo édition sociale, 5 novembre 2020, n°842
- RADE C., « *Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination* », Dr.soc, 2002, p. 26
- RADE C., « *Les salariés protégés également tenus par l'obligation de loyauté* », Hebdo édition sociale, Lexbase, 25 juillet 2019, n°792
- RADE C., « *Salariés : attention à ce que vous publiez sur Facebook !* », La lettre juridique, Lexbase, 15 octobre 2020, n°840
- RAY J.-E., « *Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination* », Dr. Social, 1992, p. 525
- RAY J.-E., « *Ubiquité du travail et application du droit du travail* », La Semaine sociale Lamy, 2003, n° 1140, p. 36
- RAY J.-E., « *La guerre des temps : le NET ? Never Enough Time !* », Dr. soc., janvier 2006, p. 3.
- RAY J.-E., « *Vies professionnelles et vies personnelles* », Dr.social, 2004, p. 5
- RAY J.-E., « *Géolocalisation données personnelles et droit du travail* », Dr. soc. 2004, p. 1077
- RAY J.-E., « *Les libertés dans l'entreprise* », Pouvoirs, 2009, p. 127
- RAY J.-E., « *À propos de la révolution numérique* », Dr. Social, 2012, p. 934

- RAY J.-E., « *Actualité des TIC – Tous connectés partout, tout le temps ?* », Dr. social, 2015, n° 6, p. 516
- RAY J.-E., « *Des « licenciements Facebook » à la sanction d'un « Like » ?* », La Semaine Sociale Lamy, 4 février 2019, n°1847
- RIVERO J., « *Les libertés publiques dans l'entreprise* », Extrait du colloque de Nanterre des 20-21 novembre 1981, L'entreprise et les libertés publiques, Dr. soc., 1982, p. 417 et suiv
- SAENKO L., « *L'employeur, le salarié et sa clé USB* », Dalloz, IP/IT 2018
- SAVATIER J., « *Le licenciement, à raison de ses mœurs, d'un salarié d'une association à caractère religieux* », Dr. social, 1991
- SAVATIER J., « *La protection de la vie privée des salariés* », Dr. Social, 1992, p. 329
- SUPIOT A., « *Pourquoi un droit du travail ?* », Dr. soc., 1990
- TEYSSIE B., « *Personnes, entreprises et relations de travail* », Dr. social, 1988, p. 375
- TRICOIT J.-P., « *Recrutement, rupture du contrat de travail et TIC* », La Semaine Juridique, Ed. sociale, 2013, n° 40, p. 6
- VIGNEAU C., « *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail* », Dr. soc, 2004, p. 254
- WAQUET P., « *La vie personnelle du salarié* », Dr. Social, 2004, p.23
- WAQUET P., « *Le trouble objectif dans l'entreprise, une notion à redéfinir* », Revue de droit du travail 2006, p. 304
- WAQUET P., « *Trouble objectif : le retour à la case « départ »* », La semaine sociale lamy, 10 septembre 2007, n°1319

IV. Rapports et études

- AUROUX J., « *Les droits des travailleurs* », Rapport au Président de la République et au Premier ministre, La documentation française, septembre 1981
- BERRIAT A., « *Avis sur l'arrêt du n°779 du 30 septembre 2020* », 2020
- Centre d'analyse stratégique pour la Direction générale du travail, Rapport sur l'impact des TIC sur les conditions de travail, La documentation française, 2012, n°49
- CNIL, Rapport sur la cybersurveillance sur les lieux de travail, 5 février 2002

- CNIL, Délib. n° 2009-201, 16 avr. 2009 : JCP S 2009, act. 480. – V. égal., CNIL, déc. n° 2011-036, 16 déc. 2011
- CNIL, Délib. n°2010-112 du 22 avril 2010
- CNIL, Délib.SAN n°2018-009, 6 septembre 2018
- CNIL., Délib. n° 2018-326 du 11 octobre 2018 portant adoption de lignes directrices sur les analyses d'impact relatives à la protection des données (AIPD) prévues par le règlement général sur la protection des données (RGPD)
- CNIL, « Fiches relatives au travail et données personnelles », Ed. 2018
- CNIL, Rapport d'activité annuel 2020
- CNIL, « *Les questions-réponses de la CNIL sur le télétravail* », 12 novembre 2020
- CNIL, Déclaration NS 51, 2021
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, Une stratégie européenne pour les données, 19 février 2020
- COUR DE CASSATION, « La preuve », La Documentation française, 2012
- DETRAIGNE Y., ESCOFFIER A.-M., « *Rapport d'information sur la vie privée à l'heure des mémoires numériques. Pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information* », 2009
- FALQUE-PIERROTIN I., « *Présentation du 35ème rapport d'activité 2014* », CNIL, 16 avril 2015
- LYON-CAEN A., « *Les libertés publiques et l'emploi* », La documentation française, 1992
- RICHARD DE LA TOUR J., « *La vie personnelle du salarié* », Rapport annuel de la Cour de cassation, La Documentation française, 1999
- Réponse du ministre du Travail, JO déb. Ass. nat., 16 juin 1980, p. 2512, n° 23412
- SARGOS P., « *Interférences des droits, libertés et devoirs des salariés en matière de licenciement disciplinaire* », Bulletin d'information de la Cour de cassation, 15 octobre 2004, n°606
- STATISTICA, « *Répartition de salariés français faisant du télétravail en 2020, selon le lieu de travail* », 2020

V. Lois, décrets et assimilés

- Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789, art. 11

- Accord-cadre sur le télétravail signé par la CES, l'UNICE/UEAPME et le CEEP, 16 juillet 2002
- Accord national interprofessionnel relatif au télétravail, 19 juillet 2005
- Accord national interprofessionnel pour une mise en œuvre réussie du télétravail, 26 novembre 2020
- Décret n°91-451 du 14 mai 1991 relatif à la prévention des risques liés au travail sur des équipements comportant des écrans de visualisation
- Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, JORF du 19 juillet 1970, p. 6751
- Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, 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.
- Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, art. 1, 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
- Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique
- 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, 7 août 2004)
- Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, JORF n°0223 du 23 septembre 2017.

VI. Traités et conventions

- Charte droits fondamentaux de l'Union Européenne, 7 décembre 2000, art. 7
- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 8 et 9
- Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, Conseil de l'Europe, 28 janvier 1981, art. 5
- DUDH, 10 décembre 1948, art. 12 (JORF, 19 février 1949)
- PIDCP, 16 décembre 1966, art. 12 (JORF 1^{er} février 1981)
- RGPD, Chapitre III - Droits de la personne concernée, Section 2 - Information et accès aux données à caractère personnel et Section 3 - Rectification et effacement

- Règlement européen 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

VII. Jurisprudences

Cour européenne des droits de l'homme :

- CEDH, 25 mars 1983, req. 5947/72 et autres, Affaire Silver et autres c. Royaume-Uni
- CEDH, 16 décembre 1992, req. n°13710/88, affaire Niemietz c/ Allemagne
- CEDH, 10 octobre 2006, req. 7508/02, Affaire L.L. c. France
- CEDH, 4 décembre 2008, req. n°30562/04, Marper c/ Royaume-Uni
- CEDH, 12 septembre 2011, req. n° 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, Affaire Palomo Sánchez et autres c/ Espagne
- CEDH, 7 février 2012, req. n° 40660/08 et 60641/08, Von Hannover c/ Allemagne
- CEDH, 6 juin 2016, req. n° 61496/08, Barbulescu c/ Roumanie
- CEDH, 22 février 2018, req. N°588/13, Affaire Libert c. France
- CEDH, 6 juin 2019, req. n° 70573/17, Garamukanwa c. Royaume-Uni
- CEDH, 17 octobre 2019, req. n°1874/13 et 8567/13, López Ribalda et autres c. Espagne

Conseil Constitutionnel :

- Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC
- Cons. const., 18 janv. 1995, n° 94-352 DC
- Cons. const., 23 juill. 1999, n° 99-416 DC
- Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC

Conseil d'État :

- CE, 1er février 1980, n° 06361, Société Peintures Corona
- CE, 15 décembre. 2010, n°316856
- CE, 15 décembre 2017, n° 403776

- CE, 10 juillet 2019, n°408644

Cour de cassation :

• Chambre civile

- Cass. civ., 5 avril 2012, n° 11-14.177, Bull. civ. 2012, n°85
- Cass. civ., 23 mai 2007, n° 05-17.818, Bull. civ. 2007, n°84
- Cass. civ., 5 avril 2012, n° 11-14.177, Bull. civ. 2012, n°85
- Cass. civ., 10 avril 2013, n° 11-19.530, Bull. civ 2013, n°70
- Cass. 2e civ., 5 janvier 2017, n° 16-12.394

• Chambre criminelle

- Cass. crim, 16 janvier 1992, n°88-85.609
- Cass. crim., 19 octobre 2004, n° 04-82.620

• Chambre sociale

- Cass. soc., 31 mai 1956, n° 56-04.323, Bull. civ., n°499
- Cass. soc., 22 Juin 1960, Bull. civ., n°166
- Cass. soc., 16 janvier 1991, n° 89-41.052, Bull. civ. 1991, n°15
- Cass. soc., 17 mai 1982, n° 80-16.541
- Cass. soc., 17 avril 1991, n° 90-42.636, Bull. civ. 1991, n° 201
- Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, Bull. civ. 1991, n° 519
- Cass. soc., 14 mai 1997, n° 94-45.473, Bull. civ 1997, n° 175
- Cass. soc., 24 juin 1998, n° 96-40.150, Bull. civ 1998, n°338
- Cass. soc., 16 décembre 1998, n° 96-43.540, Bull. civ. 1998, n°559
- Cass. soc, 14 décembre 1999, n°97-41.995, Bull. civ. 1999, n°488
- Cass. soc., 9 janvier 2001, n° 98-44.833, Bull. civ. 2001, n° 1
- Cass. soc., 31 janvier 2001, n° 98-44.290, Bull. civ. 2001, n° 28
- Cass. soc., 15 mai 2001, n° 99-42.219, Bull. civ. 2001, n°167
- Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, Bull. civ 2001, n° 291
- Cass. soc., 26 novembre 2002, n° 00-42.401, Bull. civ. 2002, n°352

- Cass. soc., 18 mars 2003, n° 01-41.343
- Cass. soc, 21 octobre 2003, n° 00-45.291 et 01-44.761, Bull. civ. 2003, n°259
- Cass. soc, 17 février 2004, 01-45.889
- Cass. soc., 16 mars 2004, n°01-45.0
- Cass. soc., 9 avril 2005, n° 02-46.295, Bull. civ. 2005, n°141
- Cass. soc., 17 mai 2005, n°03-40.017, Bull. civ. 2005, n°165
- Cass. soc., 25 janvier 2006, n°04-44.918, Bull. civ. 2006, n°26
- Cass. soc., 26 avr. 2006, n° 04-43.582, Bull. civ. 2006, n° 145
- Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43866, Bull. civ. 2006, n° 206
- Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, Bull. civ. 2007, n°85
- Cass. soc., 10 avril 2008, n° 06- 45.741
- Cass. soc., 22 octobre 2008, n°07-42.654
- Cass. soc., 17 juin 2009, n°08-40.274, Bull. civ 2009, n°153
- Cass. soc., 23 septembre 2009, n° 08-40.434, Bull. civ. 2009, n° 190
- Cass. soc., 21 octobre 2009, n°07-43.877, Bull. civ. 2009, 226
- Cass. soc., 8 décembre 2009, n° 08-44.840
- Cass. soc., 15 décembre 2009, n° 07-44.264, Bull. civ. 2009, n°284
- Cass. soc., 19 janvier 2010, n° 08-45.092
- Cass.soc, 7 avril 2010, n° 08-44.865, 08-44.866, 08-44.867, 08-44.868, 08-44.869
- Cass. soc., 12 juillet 2010, n° 09-66.339, Bull. civ. 2010, n° 168
- Cass. soc, 14 septembre 2010, n° 09-65.675
- Cass. soc., 3 novembre 2010, n° 09-65.254, Bull. civ. 2010, n° 252
- Cass. soc., 15 décembre 2010, n°09-42.691
- Cass. soc., 2 février 2011, n° 10-14.263
- Cass. soc., 5 juillet 2011, n° 10-17.284
- Cass. soc., 18 octobre 2011, n° 10-26.782
- Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-18.036, Bull. civ 2011, n° 247
- Cass. soc., 10 janvier 2012, n° 10-23.482, Bull. civ. 2012, n°2
- Cass. soc., 9 mai 2012, n° 11-13.687, Bull. civ. 2012, n° 134
- Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-12.502
- Cass. soc., 12 décembre 2012, n° 11-20.502, Bull. civ. 2012, n° 339
- Cass. soc., 6 février 2013, n° 11-23.738, Bull. civ. 2013, n°31
- Cass. soc., 12 février 2013, n° 11-28.649, Bull. civ. 2013, n°34
- Cass. soc., 16 mai 2013, n°12-11.866

- Cass. soc., 24 septembre 2013, n° 12-16.943
- Cass. soc., 27 novembre 2013, n°12-22.293
- Cass. soc., 4 décembre 2013, n° 12-19.667, Bull. civ. 2013, n°300
- Cass. soc., 4 janvier 2014, 12-16.218, Bull. civ. 2014, n°4
- Cass. soc., 8 octobre 2014, n°13-14.99, Bull. civ 2014, n° 230
- Cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-18.427, Bull. civ. 2014, n° 255
- Cass. soc., 26 janvier 2016, n°14-15.360
- Cass. soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, Bull. civ,
- Cass. soc., 8 novembre 2017, n° 16-18.499, Bull. civ. 2017, n°192
- Cass. soc., 20 décembre 2017, n° 16-19.609
- Cass. soc., 3 octobre 2018, n° 17-13.089
- Cass. soc., 21 novembre 2018, n°17-111.22
- Cass. soc., 19 décembre 2018, n°17-14.631, Bull. civ
- Cass. soc., 23 octobre 2019, n° 17-28.448
- Cass. soc., 11 décembre 2019, n° 18-11.792, Bull. civ.
- Cass. soc, 5 février 2020, 19-10.154
- Cass. soc, 9 septembre 2020, n°18-20.489
- Cass. soc, 30 septembre 2020, n°19-12.058, Bull. civ
- Cass. soc., 18 novembre 2020, n° 19-15.856
- Cass. soc., 25 novembre 2020, n°17-19.523, Bull. civ
- Cass. soc., 17 mars 2021, n° 18-25.597, Bull. civ
- Cass. soc., 23 juin 2021, n°19-13.856

- Chambre mixte :

- Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, Bull. civ. 2007, n°3

Cour d'appel :

- CA Reims, 21 mars 2001, n° 98/1703
- CA Nancy, 25 juin 2001, n° 00/00147
- CA Bordeaux, 25 novembre 2008, n° 07/05964
- CA Rouen, 15 novembre 2011, n° 11/01830
- CAA Versailles, 18 décembre 2012, n° 11VE02712

- CA Bordeaux, 15 janvier 2013, n° 11/02062
- CA Orléans, 29 janvier 2013, n° 11/03345
- CA Bourges, 29 novembre 2013, n° 13/00344
- CA Chambéry, 25 février 2016, n° 15/01264
- CA Rouen, 26 avril 2016, n° 14/03517
- CA Angers, 17 octobre 2017, n° 15/01001
- CA Paris, 14 avril 2021, n° 18/08219

Tribunal :

- Tribunal de Grande Instance de Paris, 19 avril 2005, n° 05/00382
- Cons. prud'h. Paris, 5 novembre 2020, n° 19/08054

Table des matières

SOMMAIRE	3
TABLE DES ABRÉVIATIONS	5
INTRODUCTION	7
CHAPITRE I : LE RESPECT DE LA VIE PRIVÉE SOUMIS AU PRINCIPE DE LOYAUTÉ DANS L'USAGE DES TIC	18
SECTION I : UNE APPRÉCIATION ÉTENDUE DE L'OBLIGATION DE LOYAUTÉ DE L'EMPLOYEUR	18
I. L'utilisation des TIC soumise à une exigence de transparence	19
A. La légitimité des TIC assurée par un principe général de clarté	19
1. Le fondement de l'obligation de transparence dans le cadre des TIC	19
2. L'étendue du principe de clarté dans le cadre des TIC	22
B. La légitimité des TIC assurée par la pratique de l'obligation d'information	26
1. L'information auprès des salariés.....	26
2. L'information auprès des acteurs de protection du personnel	29
a. La transparence de l'employeur envers le CSE	29
b. La transparence de l'employeur envers la CNIL.....	31
II. L'utilisation des TIC soumise à une exigence de justification	33
A. Les restrictions à la vie privée du salarié strictement admises	34
1. L'introduction de limites à la vie privée justifiée par l'exercice des pouvoirs de l'employeur ..	34
2. L'introduction de limites à la vie privée consacrée légalement	36
B. Les restrictions à la vie privée du salarié indéfiniment appréciées	38
1. Les TIC soumis à une appréciation prétorienne des exigences légales	38
2. Les TIC soumis à une difficile mise en œuvre au sein de l'entreprise	40
SECTION II : UNE APPRÉCIATION RIGIDE DU DEVOIR DE LOYAUTÉ DU SALARIÉ	43
I. L'atteinte à la vie privée justifiée par le respect des obligations contractuelles du salarié	43
A. L'exercice de la vie privée subordonné à l'exécution du contrat de travail	43
1. Le salarié, citoyen en entreprise.....	44
2. Le salarié, travailleur subordonné.....	46
B. L'exercice de la vie privée limité par le pouvoir disciplinaire de l'employeur	47
1. Le fait personnel nécessairement sanctionné	48
2. Le fait personnel rattaché à la vie professionnelle	49
II. L'atteinte à la vie privée justifiée par le respect des intérêts de l'entreprise	52
A. Le trouble objectif comme protection des intérêts de l'entreprise	52
1. Un instrument d'extension de la loyauté contractuelle.....	52
2. Un instrument difficile à appréhender	54
B. Le trouble objectif comme limite à l'exercice de la vie privée du salarié	56
1. L'exclusion de la sanction disciplinaire en cas de trouble objectif.....	56
2. L'admission de la sanction de droit commun du trouble objectif	57
CONCLUSION INTERMÉDIAIRE	59

CHAPITRE II : LE RESPECT DE LA VIE PRIVÉE SOUMIS À L'EXTENSION DU POUVOIR DE DIRECTION DANS L'USAGE DES TIC	60
SECTION I : L'EXERCICE DU POUVOIR DE DIRECTION AU SEIN DE L'ENTREPRISE	60
I. Le contrôle réalisé aux moyens d'outils de traçabilité numériques	61
A. L'exercice de la vie privée borné par la vidéosurveillance	61
B. L'exercice de la vie privée borné par la géolocalisation	65
II. Le contrôle réalisé aux moyens d'outils bureautiques.....	67
A. La consultation des fichiers informatiques du salarié.....	68
1. La présomption simple du caractère professionnel des fichiers informatiques	68
2. L'application restrictive de la présomption sur la vie privée du salarié	70
B. La consultation de la messagerie du salarié	72
1. L'extension de la présomption de caractère professionnel.....	72
2. Un contrôle préjudiciable au respect de la vie privée du salarié	74
SECTION II : L'EXERCICE DU POUVOIR DE DIRECTION EN DEHORS DE L'ENTREPRISE	76
I. La complexe articulation entre le pouvoir de direction et le télétravail	76
A. La reconnaissance délicate de la surveillance au domicile du salarié.....	76
1. Le domicile sanctuaire de la vie privée.....	77
2. Le domicile nouveau lieu d'exécution du contrat de travail	78
B. La reconnaissance nécessaire d'instruments de protection de la vie privée du salarié.....	80
1. La restriction de la surveillance opérée par l'employeur	80
2. Les contreparties de l'immixtion de l'employeur au domicile	83
II. La complexe articulation entre le pouvoir de direction et les réseaux sociaux du salarié	86
A) L'émergence controversée de la prise en compte par l'employeur d'éléments extraprofessionnels	86
1) L'utilisation privée des réseaux sociaux soumise à la liberté du salarié	86
2) La difficile délimitation de la publicité des publications	88
B) L'émergence controversée du droit à la preuve de l'employeur au détriment de la vie privée du salarié.....	90
CONCLUSION GÉNÉRALE	95
BIBLIOGRAPHIE	97
TABLE DES MATIERES	111