



Présente :

**Pouvoir de contrôle de l'employeur et
droits des salariés à l'heure d'Internet**

Les enjeux de la cybersurveillance dans l'entreprise

Par

Fabrice Fevrier

D.E.A. de Droit Social et Droit Syndical

Date de mise en ligne : 4 octobre 2003

MEMOIRE

D.E.A. de Droit Social et Droit Syndical
sous la direction du Professeur Antoine LYON-CAEN

Pouvoir de contrôle de l'employeur et droits des salariés à l'heure d'Internet

Les enjeux de la cybersurveillance dans l'entreprise

Fabrice FEVRIER

Sous la direction de
M. Frédéric GUIOMARD,
Maître de conférence à l'Université de Nanterre – Paris X

Septembre 2003

Le progrès technique doit nous apparaître comme une question posée
par la science à la conscience. Et la réponse n'est ni dans la lune ni
dans les prodigieuses machines qui nous y conduisent :
elle est en nous.

Gustave Thibon (1903 - 2001)
« *L'équilibre et l'harmonie* », Fayard, 1976

Je tiens à remercier

M. Frédéric GUIOMARD,
Maître de conférence à l'Université Paris X – Nanterre

Et

Mme. Hélène TISSANDIER, Maître de conférence à l'Université d'Amiens

Pour leur disponibilité et leurs précieux conseils

PARTIE I : LES LIMITES À L'EXERCICE DU POUVOIR DE CONTRÔLE DE L'EMPLOYEUR

Chapitre 1^{er} . Les fondements du pouvoir de contrôle de l'employeur

Section 1 : La qualité d'entrepreneur	16
--	-----------

Section 2 : La qualité d'employeur	25
---	-----------

Chapitre 2 . Les techniques de contrôle du pouvoir de l'employeur

Section 1 . L'évolution des limites au pouvoir de contrôle de l'employeur	36
--	-----------

Section 2 : Pouvoir de contrôle et principe de proportionnalité : la coexistence pouvoir - liberté.	47
--	-----------

PARTIE II : L'OBLIGATION DE TRANSPARENCE DANS L'EXERCICE DU POUVOIR DE CONTROLE DE L'EMPLOYEUR

Chapitre 1^{er} . L'information du salarié.

Section 1. Information et exigence de bonne foi	66
--	-----------

Section 2. Information et consentement du salarié	76
--	-----------

Chapitre 2 . L' intervention des représentants des travailleurs

Section 1. Internet et représentation élue du personnel	82
--	-----------

Section 2. Internet et la représentation syndicale dans l'entreprise	93
---	-----------

Chapitre 3 . L'intervention de la Commission Nationale Informatique et Libertés

Section 1. La soumission du pouvoir de contrôle de l'employeur à la régulation de la CNIL	99
--	-----------

Section 2. L'influence de la CNIL sur la construction du droit social	101
--	------------

« Tout ce qui est techniquement possible n'est pas forcément souhaitable »¹

Le philosophe Hans Jonas résume ici le défi lancé au droit par l'utilisation des nouvelles technologies : la fixation de ses limites. Le réseau mondial d'Internet sur lequel s'appuiera notre société du XXI^{ème} siècle replace l'Homme face à un paradoxe récurrent : une fascination permanente pour le progrès mêlée d'une crainte ancestrale de l'inconnu. Le mariage de l'informatique et de la communication ravive la réflexion sur la tension permanente entre la destruction et l'émancipation de l'Homme qui caractérise toute innovation.

Internet est certainement la dernière innovation majeure. 370 millions d'internautes à travers le monde². Le développement exponentiel de ce nouvel outil aux potentialités infinies envahit peu à peu tous les espaces de notre société, et au premier plan celui des entreprises et du monde du travail.

Internet est avant tout un instrument de gestion au même titre que l'informatique. En 1997, près de 70 % des entreprises de plus de 50 salariés réalisaient leur transfert de données internes par l'intermédiaire de l'interface informatique et 41 % utilisaient déjà Internet³. Certes ce développement concerne principalement les grandes structures et le secteur des services, mais le phénomène de généralisation est amorcé⁴. Ensuite, ce réseau mondial permet une ouverture de l'entreprise sur l'extérieur et notamment la facilitation de la communication avec ses clients réguliers ou potentiels. Enfin, Internet représente un marché attractif puisque en l'an 2000 près de 600 millions d'euros ont été dégagés par les ventes sur le web. Toutes ces raisons ont engendré un équipement rapide des employeurs et l'introduction en masse des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) dans l'entreprise, sur le lieu de travail.

¹ H.JONAS, « Une éthique pour la civilisation technologique », Editions du Cerf, 1990.

² www.journaldunet.com

³ « Informatisation de l'« ancienne » économie : nouvelles machines, nouvelles organisations et nouveaux travailleurs », Etude de l'INSEE, 2000

⁴ seulement 7 % des PME sont concernées.

Ces enjeux financiers et organisationnels impliquent désormais une grande partie des salariés. Selon les études du Crefac ⁵, près de 70 % des travailleurs utilisent un ordinateur dans le cadre de leurs tâches, au moins occasionnellement, et 30 % disposent d'une connexion à Internet ⁶. Si cette massive diffusion se rencontre essentiellement au sein des nouvelles générations et des professions dites intellectuelles, l'omniprésence de l'outil informatique marque indubitablement la relation de travail d'aujourd'hui. Les protagonistes des relations professionnelles commencent à prendre conscience des difficultés et des mutations affectant le rapport de subordination générées par l'introduction des nouvelles technologies dans l'entreprise. On assiste à une lente prise en compte de l'importance des intérêts en conflit, que ce soit les enjeux économiques pour l'entreprise ou l'exercice de ses droits par le salarié.

Cour de justice de Philadelphie, janvier 1996. Le premier cas connu de litige opposant un employeur et un salarié à l'occasion de l'utilisation d'Internet fait irruption devant une juridiction américaine. Le juge était invité à se prononcer sur le licenciement d'un salarié ayant violemment critiqué ses responsables hiérarchiques sur le réseau informatique de l'entreprise⁷.

Le contentieux français relatif à l'utilisation des nouvelles technologies par le salarié, et plus particulièrement d'Internet, est encore très récent et peu développé. La question d'une conciliation des atteintes aux biens et des atteintes aux personnes générées par l'utilisation de l'informatique n'est apparue que depuis quelques années. L'exercice des libertés dans l'entreprise n'apparaît en réalité qu'à partir de la loi du 31 décembre 1992. Le peu de contentieux rencontré par les magistrats français jusqu'à présent s'explique ainsi par la nouveauté de cette technologie mais également par la fraîche reconnaissance des droits fondamentaux, et plus particulièrement de leur exercice au sein de l'espace de travail.

L'entrée de l'entreprise et du monde du travail dans l'ère de l'informatique et de l'Internet s'est traduite par de profonds changements interrogeant sur la nécessaire adaptation d'un droit du travail forgé pendant la période des trente glorieuses et de l'ère de la croissance

⁵ Centre d'Étude et de Formation pour l'Accompagnement des Changements

⁶ Statistiques INSEE « Conditions de travail », 1998.

⁷ A.REVERCHON, « Les salariés internautes sous haute surveillance », Le Monde, 23 février 1999.

industrielle à ces nouvelles formes d'organisation et de relation de travail émergentes. Nouvelles technologies, nouveau droit du travail ?⁸

Pour mieux appréhender l'évolution organisationnelle actuelle, l'entreprise doit être aujourd'hui conçue schématiquement comme un système de production qui gère les flux et la transformation de la matière et des produits doublé d'un système d'information qui gère les flux d'information et la production d'un savoir collectif⁹.

Dans le monde actuel plus volatile, la circulation d'une information transversale et rapide supplante l'organisation hiérarchique verticale fordiste. Les entreprises recherchent notamment grâce à l'outil informatique et à l'utilisation d'Internet des structures plus souples répondant aux besoins du client. On a ainsi vu apparaître des organisations plus flexibles telles la mise en place d'équipes autonomes, de cercle de qualité, de rotation de poste, de démarche qualité totale, etc...¹⁰ Cette nouvelle conception de production « au plus juste » guidant la gestion des activités a donné naissance à des entreprises réseaux dépourvues ou presque de système hiérarchique pyramidal.

Ces changements organisationnels connus par l'entreprise se sont rapidement répercutés sur la relation de travail individuelle.. L'outil informatique a permis l'évolution du salarié vers une autonomisation¹¹ dans ses tâches et une mutation de la conception de la hiérarchie. Les directions demandent aujourd'hui de plus en plus à leurs subordonnés une autonomie procédurale et d'initiative. Le travailleur doit faire preuve de créativité et pouvoir se livrer de plus en plus souvent à l'élaboration de méthodes de travail personnelles et à l'exécution de « tâches discrétionnaires ».

Cette autonomie du salarié s'accompagne corrélativement d'une coordination renforcée avec le collectif permise par la rapidité de la transmission de l'information horizontale. Les processus de production modernes appellent un travail collectif où l'échange d'information, la coopération entre des personnes plus autonomes, mais en même temps

⁸ J-E. RAY, "Nouvelles technologies, nouveau droit du travail", DS 1992, p.519

⁹ GREENAN, 2001, in « Informatisation de l'« ancienne » économie : nouvelles machines, nouvelles organisations et nouveaux travailleurs », Etude de l'INSEE, 2000

¹⁰ « Le paradoxe de la productivité : les changements organisationnels, facteur complémentaire à l'informatisation », Etude de l'INSEE, 2000

¹¹ « La charge mentale au travail : des enjeux complexes pour les salarié », Etude de l'INSEE, 2000.

plus interdépendantes sont des facteurs d'efficacité et de fiabilité¹². Les nouvelles technologies bouleversent ainsi les modes de diffusion des informations et les modes de commandement à l'intérieur des organisations.

Si cette évolution du travail permet de mettre un frein à l'uniformisation des tâches, l'autonomie du salarié entraîne également sa responsabilisation croissante traduite par l'obligation d'assumer simultanément un ensemble de tâches plus complexes. Le professeur Christophe Radé souligne ainsi à juste titre que ces nouvelles formes de subordination s'accompagne de nouveaux risques, de nouvelles formes d'insécurité dans l'emploi et de nouvelles menaces pour les libertés¹³.

La modernisation des rapports de production et de travail avancée doit donc être nuancée. Les NTIC ont une nature fondamentalement ambivalente.

Si elles permettent souvent une autonomisation du salarié, ces nouvelles technologies provoquent parfois un phénomène de « retaylorisation » du travail, notamment dans le secteur des services. On peut prendre l'exemple du logiciel OPUS 4400 installé dans les standards France Télécom¹⁴. Ce système permet de surveiller si les salariés standardistes suivent les directives internes relatives à la prise en charge de l'assistance client. Signalés sur l'écran du superviseur, les standardistes dépassant les trois puis les cinq minutes en ligne avec un client se trouvent rappelés à l'ordre. Ils ont dépassé le temps de conversation moyen nécessaire selon les critères, les fichiers et modèles de réponses types imposés. Il est possible de savoir à la seconde près quelle tâche est en cours ou, si le salarié est absent de son poste, pour quel motif il s'en est éloigné. Cet exemple montre que l'informatique peut également s'accompagner d'une détermination très poussée des tâches à effectuer pour le salarié et lui supprimer le peu d'autonomie qu'il peut posséder. L'informatique peut être également l'occasion de déterminer les tâches et les procédures à exécuter dans leurs moindres détails.

¹² M.AUBRY et P-L.REMY, « Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies », DS juin 1992, p.522.

¹³ C.RADE, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », DS janvier 2002, p.26

¹⁴ E.BEAL, « Productivité : un espion dans l'ordinateur », Liaisons sociales magazine, octobre 1999 p.24

De plus, si les NTIC permettent la mise en place de structure réseaux dans les entreprises décentralisant les pouvoirs de décision et les responsabilités, on observe qu'elles peuvent également réintroduire le modèle hiérarchique pyramidal par le biais de la surveillance informatique. Si la production est répartie en de multiples unités de production ou de gestion, le contrôle est centralisé à la direction informatique qui exerce seule ce pouvoir dans l'entreprise. L'identification d'un pouvoir unique et centralisé tel qu'il était appréhendé par le droit du travail né du taylorisme est encore possible. Ces remarques montrent que les NTIC comportent le paradoxe de pouvoir mettre fin ou renforcer le modèle classique du pouvoir dans l'entreprise. L'utilisation de l'informatique et de l'Internet peut également réintroduire d'anciennes pratiques sous de nouvelles formes¹⁵.

Même si l'introduction d'Internet dans la relation de travail bouleverse nombre de pratiques de l'entreprise, la modernité des nouvelles organisations du travail doit donc aussi être relativisée

Toutefois, l'évolution des technologies interroge inévitablement le droit du travail. Ces nouvelles organisations du travail brouillent les frontières de la subordination¹⁶. L'autonomie du salarié le rapproche de l'indépendant et son travail subordonné prend parfois les aspects du contrat d'entreprise. Le déplacement des travailleurs rend également floues les références traditionnelles au temps et au lieu de travail. Les cadres classiques du droit du travail sont donc mis à l'épreuve de ces évolutions. Les NTIC affichent une réelle modernité et nouveauté, non seulement par l'évolution de l'organisation du travail qu'elles suscitent mais également par leur relation paradoxale aux libertés.

Fabuleux vecteur d'épanouissement des libertés du salariés, l'usage des NTIC crée également un risque accru de remise en cause de ces dernières.

« Lorsque la surveillance se confond avec l'indiscrétion »¹⁷, l'outil informatique introduit un danger sans commune mesure pour les libertés de chacun et plus particulièrement pour celles du salarié. L'utilisation d'Internet et de logiciels perfectionnés offrent des possibilités illimitées de contrôle de l'activité d'une personne dans ses moindres aspects.

¹⁵ J-E.RAY, « De la sub/ordination à la sub/organisation », DS 2002, p.5

¹⁶ J-D. COMBEXELLE, « Conclusions », DS janvier 2002, p.103

¹⁷ G.LYON-CAEN, Rapport « Les libertés publiques et l'emploi »

Le rapport de la CNIL du 5 février 2002 présenté par Hubert Bouchet¹⁸ estime que les entreprises ont atteint une étape supplémentaire dans la surveillance de l'Homme. Le contrôle de la présence, par la vidéosurveillance ou l'usage d'un badge, ou de la productivité, par la récolte d'informations relatives au temps de travail, au chiffre d'affaire dégagé... sont depuis longtemps acquis.

Mais l'ordinateur apporte aujourd'hui la possibilité pour un employeur de connaître les modes de raisonnement¹⁹ du salarié par le contrôle de ses techniques de travail mais également par l'attention portée à ses intérêts personnels enregistrés au cours de ses différentes connexions à Internet. L'outil informatique est en mesure de donner le profil d'une personne, ainsi que l'évolution de celle-ci. La surveillance a dépassé le stade physique pour atteindre un niveau qualitatif inégalé jusqu'à présent. Il est facile d'appréhender la façon de penser et réagir de son subordonné pour lequel devient par conséquent difficile de dissimuler une partie de sa vie à son employeur.

Les ingénieurs informaticiens ont fait preuve d'une imagination débordante, voire diabolique, dans le domaine de la surveillance des salariés. La sécurité informatique et le contrôle de l'usage des ordinateurs est un marché attractif et très conséquent. Il n'est donc pas étonnant de voir fleurir un nombre considérable et extrêmement varié de logiciels de surveillance. L'administrateur réseau peut aujourd'hui tout épier en faisant preuve d'ingéniosité : l'heure de départ et d'arrivée du salarié sur l'ordinateur, les tâches effectuées et le temps qui y fut consacré, les sites visités sur Internet, les contenus des courriels et des fichiers joints, le contrôle ou l'accès restreint à certaines pages web considérées comme « non productives » par des logiciels type « Cyberpatrol » ou « Surfwatch », etc...

L'hebdomadaire britannique « The Observer » a publié l'étude d'un cabinet d'avocats identifiant près de six sortes d'espions sur les lieux de travail²⁰. Il y a ainsi « l'écouteur » qui enregistre et écoute les communications téléphoniques ; le « guetteur » qui contrôle et transmet sur ordre le courrier électronique à la hiérarchie. Puis vient le « contrôleur

¹⁸ Rapport de la CNIL, 5 février 2002, H. BOUCHET, www.cnil.fr ; ce danger a également été soulevé au point 5.4 du recueil de Directives pratiques sur la protection des données personnelles des travailleurs du Bureau International du Travail, 7 octobre 1996.

¹⁹ H. BOUCHET, « A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié », DS janvier 2002, p.78

²⁰ P. GEORGES, « Fliqués », Le Monde, 7 décembre 1999.

psychique » dont le rôle est d'enregistrer les frappes de touches et les textes écrits sauvegardés ou non. Ensuite, le « rematérialisateur » qui retrouve les textes envoyés dans la poubelle informatique, accompagné du « Poltergeist » surveillant cette même corbeille afin d'en subtiliser le contenu. Enfin, « la présence muette » représentée par l'omniprésence de la vidéosurveillance.

Même si les directions hésitent parfois à recourir à ce genre de systèmes pour préserver le climat social de l'entreprise ou plus simplement pour des raisons budgétaires²¹, la surveillance reste aujourd'hui extrêmement développée et poussée. Les innombrables logiciels de contrôle arborent d'ailleurs des appellations ne laissant pas la place à l'équivoque : « Little Brother », « Winwhatwhere », « PC Anywhere », « Boss Everyware », etc... L'ingéniosité n'a pas de limite comme l'illustre parfaitement le logiciel « Intellimouse », surnommé par certains salariés « le mètre souris »²², dont la fonction est d'enregistrer les mouvements de la souris d'un utilisateur afin de déterminer des moyennes de parcours et ainsi d'en déduire la concentration du travailleur à sa tâche²³.

Outre les potentialités infinies et la profondeur des contrôles effectués, la surveillance informatique possède également l'originalité de présenter une certaine invisibilité. Le salarié laisse durant son travail une quantité importante de traces sur le disque dur²⁴ de son ordinateur ou sur le réseau sans que ce dernier n'en ait conscience. La vidéosurveillance était en partie visible, les badges concrets, ... l'extrême complexité de l'informatique offre une totale opacité à la surveillance de son utilisateur non averti. Un espionnage de plus en plus fin et de moins en moins décelable, voici les dangers de cette troisième génération de contrôle de l'activité du salarié.

L'utilisation d'Internet, et plus largement de l'outil informatique entraîne ainsi un certain nombre de déséquilibres dans le droit du travail. Brouillant les anciens cadres de référence, les NTIC invitent à une réflexion poussée sur les nouveaux enjeux qu'elles impliquent. Beaucoup d'auteurs se sont ainsi interrogés sur l'opportunité de prendre en compte les

²¹ J-E RAY, « De la sub/ordination à la sub/organisation », DS 2002, p.5

²² E.BEAL, « Productivité : un espion dans l'ordinateur », préc.

²³ S.FOULON, « Les nouveaux mouchards de l'entreprise », Liaisons sociales magazine, octobre 1999 p.18

²⁴ J-M. NORMAND, « Internet au travail », Le Monde du 17 août 2001, voir aussi S. KEHRIG, « Disque dur de l'employeur et vie personnelle du salarié », Semaine sociale Lamy du 8 octobre 2001, p.4

spécificités des nouvelles technologies dans l'élaboration de notre droit²⁵. Le débat est nécessaire. « Le droit rend les techniques humainement viables. [...] Il a rempli une fonction d'interposition entre l'Homme et ses outils, dont l'usage est soumis à des interdictions spécifiques qui varient avec les risques qu'ils font courir »²⁶. Le professeur Alain Supiot vise ici le « principe d'adaptation du travail à l'Homme » reconnu par le droit communautaire. Le droit a pour but d'appréhender la technologie et de la canaliser par l'intermédiaire des principes généraux et des valeurs de notre société.

Cette vision de la relation entre droit et technique est partagée par la professeur Gérard Lyon-Caen qui n'hésite pas à rappeler que le droit, principalement celui des libertés individuelles, n'a pas à s'incliner devant l'état technologique ; « c'est à la technologie de s'adapter (elle en est très capable) aux exigences fondamentales du droit »²⁷.

Dès lors, la question majeure ne résiderait pas ici en une identification des évolutions spécifiques du droit du travail qui s'avèrent nécessaires. Nous devons en grande partie adhérer à l'analyse livrée en 1992 par le professeur Jean Frayssinet qui attirait l'attention sur la sous-évaluation du droit positif²⁸. Le droit semble receler les outils nécessaires à l'appréhension des difficultés soulevées par les NTIC, même s'il est parfois nécessaire de les révéler.

Plus qu'une question de difficulté d'adaptation des notions juridiques aux nouvelles technologies, il s'agit plus largement d'une réflexion sur l'évolution des rapports dans l'entreprise, de la conception du lien de subordination, d'appréhension du pouvoir de l'employeur par le droit du travail. Les nouvelles technologies ne jouent ici que le rôle de révélateur d'une métamorphose plus globale et plus ancienne de l'exercice du pouvoir. L'utilisation d'Internet pose avec une acuité particulière des questions plus générales traversant le droit du travail. Internet permet cette ouverture de l'entreprise sur une société démocratique de l'information et entraîne ainsi la confrontation du pouvoir de l'employeur aux droits et libertés émergents. Il reste donc à comprendre en quoi consiste cette mutation

²⁵ J-D. COMBREXELLE, « Conclusions », préc., J-E.RAY "Nouvelles technologies, nouveau droit du travail" ; M.AUBRY et P-L.REMY, « Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies », etc...

²⁶ A.SUPIOT, « Travail, droit et technique », DS janvier 2002 p.21.

²⁷ G.LYON-CAEN, « Débat autour de l'arrêt Nikon France », SSL 15 octobre 2001, n°1046.

²⁸ J. FRAYSSINET, « Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise », DS 1992, p. 596

de l'exercice du pouvoir dans l'entreprise par le filtre des conflits suscités à l'occasion de l'utilisation des NTIC.

Le pouvoir peut être défini comme la faculté d'exercer sur un homme une domination telle qu'on obtienne de lui des actes ou comportements qu'il n'aurait pas adoptés spontanément. Le pouvoir suppose donc un élément de contrainte mais également l'exercice d'une certaine force dont l'usage est réglé et exceptionnel. Cette définition nous montre qu'en regard au lien de subordination, le rapport de travail est l'archétype du rapport de pouvoir²⁹.

Ce pouvoir de l'employeur est traditionnellement découpé en trois plans : le pouvoir de donner des ordres et des directives, le pouvoir de contrôler le travail et celui de sanctionner les manquements éventuels (pouvoir disciplinaire)³⁰. Il est intéressant de constater que l'introduction des NTIC et des moyens de surveillance qu'elles offrent, opère un nouvel équilibre entre ces trois prérogatives patronales. L'évolution du rapport de travail tend à entraîner une concentration du pouvoir de l'employeur sur le contrôle de l'activité. L'usage des NTIC devient alors un observatoire privilégié de l'évolution de cet exercice du pouvoir.

L'évolution du travail du salarié vers une régulation autonome a pour corollaire une évolution et un resserrement de la conception du pouvoir autour d'une régulation de contrôle. L'objet du pouvoir de direction se déplace. L'employeur aujourd'hui se concentre sur la détermination des objectifs à atteindre, répartissant son rôle actif en amont et en aval de l'exécution du travail³¹. L'autonomie du travailleur incite l'employeur à se cantonner au contrôle de l'activité, ce dernier fortement facilité par les nouvelles technologies existantes.

Les magistrats tentent d'appréhender ces mutations dans leurs décisions. Ils ont ainsi mis en place ces dernières années un contrôle plus poussé des objectifs fixés par les employeurs³². L'enjeu du contrat dans l'exercice du pouvoir de direction a été pris en

²⁹ P.LOKIEC, « Contrat et pouvoir », Thèse ; E. GAILLARD, « Le pouvoir en droit privé », Economica, 1985

³⁰ A. MAZEAUD, « Contractuel, mais disciplinaire », DS février 2003

³¹ C.RADE, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », préc.

³² V.RENAUX-PERSONNIC, « De la contractualisation obligatoire à la décontractualisation possible des objectifs », RJS 2/01, p.99.

compte. Cette démarche des juges s'inscrit en réalité dans un mouvement plus général de l'approfondissement du contrôle du pouvoir de l'employeur. La discrétionnalité laisse place à un contrôle de la légitimité, à un contrôle des justifications. Le pouvoir patronal est invité à une motivation de plus en plus poussée notamment lorsqu'il vient se heurter aux libertés fondamentales.

Au travers de la question de l'adaptation des concepts et raisonnements juridiques à l'utilisation des nouvelles technologies, l'introduction d'Internet et de la surveillance informatique des salariés offre un terrain propice à l'appréhension de l'évolution du pouvoir de contrôle de l'employeur par le droit.

L'émergence des libertés des salariés dans l'entreprise et l'évolution « démocratique » du rapport d'emploi³³ ont imposé au pouvoir de l'employeur un souci de légitimation et de conciliation entre l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt du salarié dans le cadre de l'espace de travail (Partie I). L'unilatéralité du pouvoir n'est plus omniprésente : elle se heurte à présent à la prise en compte d'autres valeurs fondamentales bénéficiant de la même légitimité et par conséquent de la même protection du droit.

Cependant, la protection des libertés fondamentales par notre système juridique consiste non seulement dans l'imposition de leur prise en compte à tout exercice du pouvoir, mais également justifie l'intervention des titulaires même de ces libertés. L'obligation d'information incite à la « transparence » du pouvoir dans l'entreprise et traduit peut être le passage d'un pouvoir discrétionnaire à un pouvoir « négocié ». L'existence de libertés fondamentales réclame aujourd'hui l'intervention de différents acteurs dans le processus de décision de l'employeur (Partie II).

³³ A.JEAMMAUD, M.LE FRIANT et A.LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations du travail », D.1998

PARTIE I

LES LIMITES À L'EXERCICE DU POUVOIR DE CONTRÔLE DE L'EMPLOYEUR

La rationalisation du pouvoir de l'employeur nécessite l'adoption d'un cadre de légalité comportant notamment un fondement et des limites à l'exercice de ses prérogatives. En réglementant le pouvoir, on le fait sortir de la zone d'ombre où il s'exerçait³⁴. C'est ainsi que le contrôle de l'usage d'un pouvoir ne fait que révéler son existence dans notre droit³⁵. Dès lors, il convient de déceler quelles sont les assises de la surveillance des salariés sur leur lieu de travail. Déterminer la source de ce pouvoir, c'est en connaître sa nature et son régime juridique. La légitimité du pouvoir lui donne son assise, plus, sa raison d'être³⁶.

Or l'analyse des débats actuels portant sur l'introduction des nouvelles technologies dans l'entreprise révèle rapidement l'invocation de fondements très hétérogènes à l'exercice de ce contrôle. Cette multiplication des arguments justifiant la mise en place de système de surveillance est tout d'abord la conséquence logique d'une fonctionnalisation croissante du pouvoir de l'employeur. Depuis la fin des années 60 où le modèle de l'autorité a été contesté, le recul du pouvoir discrétionnaire a été l'une des caractéristiques majeures de la métamorphose juridique des formes d'exercice du pouvoir. L'employeur se voit donc contrôlé a priori avec une exigence sans cesse croissante de motivation de ses actes, et contrôlé a posteriori avec un rôle accru du juge³⁷. Cette exigence procédurale ne vise en fait qu'à limiter l'arbitraire du pouvoir. Dans ce contexte, le pouvoir privé se voit soumis à une obligation de motivation étendue qui l'incite à développer des argumentaires plus nombreux. L'acceptation du pouvoir suppose en partie la croyance de l'assujéti en la légitimité de son exercice.

³⁴ A. LYON-CAEN, « Le pouvoir », intervention du Professeur A. PERULLI, séminaire du DEA de droit social et droit syndical de l'Université Paris X-Nanterre,.

³⁵ E. GAILLARD, « Le pouvoir en droit privé », Economica, 1985

³⁶ A. LYON-CAEN et I. VACARIE, « Droits fondamentaux et droit du travail », Mélanges en l'honneur de J.-M. VERDIER, 2001.

³⁷ A. SUPLOT, « Les nouveaux visages de la subordination », DS février 2000, p.131

Chapitre 1^{er} . Les fondements du pouvoir de contrôle de l'employeur

La multiplication des arguments avancés par les employeurs pour légitimer la mise en place d'un système de surveillance tient également à la concentration d'intérêts divergents dont fait l'objet l'outil informatique. L'ordinateur, et plus largement le réseau, se trouve l'objet de multiples intérêts à la fois pour le salarié et l'entreprise : il est tour à tour outil de travail, moyen de communication, lieu de stockage de la richesse d'une entreprise, vecteur d'activité...Carrefour de logiques et intérêts très différents, voire antagonistes, le matériel informatique accentue les potentialités de conflits.

C'est ainsi que cette confusion des intérêts et des registres d'argumentation provoque la multiplication des raisons invoquées pour justifier l'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur³⁸. Cependant, le recensement de ces divers fondements semble dessiner deux piliers classiques et connus du pouvoir : la maîtrise des moyens de production et le lien de subordination. Ces deux fondements regroupent à eux seuls les multiples arguments rencontrés. Par conséquent, le pouvoir de contrôle peut être fondé sur les deux qualités reconnues au chef d'entreprise : la qualité d'entrepreneur (section 1) et la qualité d'employeur (section 2).

En effet, la qualité de propriétaire du matériel attaché à l'entrepreneur s'avère être un argument récurrent énoncé à l'appui du contrôle de l'usage fait des biens de l'entreprise et de leur mise en sécurité. Mais ce fondement semble à lui seul incapable de justifier un contrôle des salariés, c'est à dire un contrôle des personnes. C'est ainsi que le pouvoir exercé par l'employeur semble essentiellement prendre source dans le contrat de travail, ou plus précisément dans le lien de subordination.

³⁸ La prise en compte de ces multiples raisons fondant une surveillance des salariés peut s'avérer dangereuse. En témoigne le contrôle extrêmement réduit du droit anglais qui autorise une longue liste de dérogations à l'interdiction d'un contrôle permanent des courriers électroniques des salariés (loi « *lawful Business Practrice Regulations* » du 24 octobre 2000, in J-E. RAY, « Le droit du travail à l'épreuve des NTIC », Coll. Droit vivant, 2001, p.105.

Section 1 : La qualité d'entrepreneur

Le chef d'entreprise tire en premier lieu son pouvoir de la propriété. L'analyse du débat sociologique et politique du XIX^{ème} siècle s'articule d'ailleurs autour de cette opposition travail et capital. Il est donc tout à fait logique que cette qualité de propriétaire ressurgisse au moment de la question de l'utilisation des biens de l'entreprise, et plus particulièrement de l'outil informatique et du réseau Internet. Cette remarque montre bien que l'apparente modernité du sujet est aussi l'occasion d'une résurgence d'anciens débats.

Cette justification du pouvoir de l'employeur fondée sur la propriété s'explique essentiellement par le développement considérable de la propriété intellectuelle et industrielle ces dernières années. Cette dématérialisation du travail fait aujourd'hui de cette nouvelle forme de propriété un enjeu majeur pour les entreprises. La propriété de brevets, dessins, secrets de fabrication devient un enjeu concurrentiel majeur et se trouve la cible de menaces multiples liées à l'espionnage industriel. Cette propriété d'un nouveau genre bénéficie ainsi d'une attention particulière de la part des entreprises eu égard aux importants enjeux financiers qu'elle comporte. Internet constitue un risque pour cette richesse immatérielle et explique ainsi pour partie l'émergence d'impératifs sécuritaires dans les chartes Internet des sociétés. Cette évolution permet de comprendre les raisons de l'expansion de cette nouvelle demande formulée par les entreprises et de l'essor des prestataires de service spécialisés dans le secteur de la sécurité informatique.

Sous section 1. Le pouvoir du propriétaire

a. Le droit de propriété

« Là où est la propriété, là est le pouvoir »³⁹. Cette phrase de François Mitterrand pourrait parfaitement illustrer l'un des fondements mis en avant à l'appui du pouvoir de contrôle de l'employeur. Le pouvoir de contrôle exercé sur l'utilisation de la chose, c'est avant tout le pouvoir du propriétaire sur son bien.

³⁹ J. SAVATIER, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », DS 1982, p.1

L'article 544 du Code civil pose que « *la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements* ». Cette définition attribue trois prérogatives au propriétaire d'un bien : l'usus, l'abusus et le fructus. On comprend dès lors que cette disposition soit légitime à fonder un contrôle de l'employeur sur l'usage des biens professionnels.

Cette vision est d'ailleurs présente dans les règles posées par les chartes Internet adoptées récemment dans les entreprises. Ces dispositions, intégrées le plus généralement au règlement intérieur, prévoient les principes d'utilisation du matériel informatique et de la connexion Internet. On retrouve ici le contrôle de l'usage de son bien par le propriétaire. « *L'utilisateur doit réserver l'usage de ces ressources au cadre de son activité professionnelle.* » (Charte du Groupe Renault).

Cette clause réservant l'utilisation du matériel de l'entreprise à un usage professionnel fait partie des préoccupations premières des directions; préoccupation ancienne posée à l'égard d'autres technologies en leur temps comme le téléphone ou le minitel. Cette logique était déjà formulée dans une circulaire du 15 mars 1983 du Ministère du travail qui insistait sur le fait que les biens de l'entreprise, confiés au salarié dans l'exercice de sa mission, devaient servir à une activité génératrice de profit, indispensable à la poursuite de « l'objectif économique » de l'entreprise⁴⁰.

Le raisonnement voulant que le propriétaire ait un droit de regard sur l'utilisation de son bien, et plus particulièrement lorsque ce bien est destiné à un but économique et confié à un tiers en vue de la réalisation d'un profit, ne choque a priori personne. Cependant, on s'étonne qu'un tel fondement ne soit pas véritablement discuté par la doctrine.

Jean Savatier nous fournit une réponse. Le pouvoir du propriétaire ne s'exerce que sur les choses. La propriété ne fonde aucun pouvoir sur les personnes⁴¹. En effet, en abordant cette question de la propriété et de sa confrontation à la personne, nous retrouvons l'ancienne recherche doctrinale de l'objet de l'obligation du contrat de travail pour le salarié. La personne du salarié ne peut être objet du contrat ; c'est donc son travail, appréhendé comme un bien que le salarié cède à son employeur. Dans ces conditions, comment

⁴⁰ Circulaire n°5-83, 15 mars 1983, BO MT n°16

⁴¹ J. SAVATIER, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », préc.

considérer que le droit de propriété, pouvoir absolu sur les choses, puisse être à même de fonder un pouvoir sur la personne du salarié ? La surveillance du salarié ne peut donc se fonder essentiellement sur le contrôle de l'usage des biens de l'entreprise.

De plus, le Professeur Jean Savatier évoque les difficultés d'appliquer une conception traditionnelle de la propriété. La conception du Code civil n'est pas adaptée à la structure particulière que représente l'entreprise. En effet, la concentration des prérogatives dans une seule main ne correspond pas à la complexification de la répartition des pouvoirs dans des sociétés. L'auteur expose que cette dissociation entre propriété et pouvoir de décision tend à provoquer dans l'entreprise une prédominance du pouvoir de direction sur les attributs classiques de la propriété. Le pouvoir qui prime est donc celui s'exerçant sur l'organisation et la direction des personnes.

b. La liberté d'entreprendre

On ne peut évoquer le droit de propriété sans mentionner la liberté d'entreprendre⁴² qui en constitue le corollaire pour l'employeur. Une décision du Conseil constitutionnel a d'ailleurs censuré le 7 décembre 2000 une atteinte hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général à « *la liberté d'entreprendre et au droit de propriété* »⁴³. Le lien entre les deux notions est ainsi clairement établi.

Le fondement de la liberté d'entreprendre est intéressant à deux titres. Premièrement, il bénéficie d'une reconnaissance forte dans notre système juridique, que ce soit de la part de la Cour de cassation⁴⁴, du Conseil d'Etat⁴⁵, et surtout de la part du Conseil constitutionnel⁴⁶. Ensuite, la liberté d'entreprendre, mentionnée à l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, a vu son importance se renforcer dans les décisions des neuf sages. En témoigne la récente censure concernant la loi de modernisation sociale et sa réforme du régime du licenciement pour motif économique⁴⁷.

⁴² Voir notamment sur l'invocation de la liberté d'entreprendre : G.BRAIBANT, Rapport au Premier ministre sur la transposition en droit français de la directive 95/46

⁴³ DC du 7 décembre 2000, Décision n°2000-436, Loi SRU

⁴⁴ Civ.1^{ère}, 29 novembre 1985, n°83-17366, bull. n°275, p.246

⁴⁵ CE ass. 22 juin 1951, Daudignac, Rec.362, D.1951 p.589, concl. GAZIER, et CE sect. 28 octobre 1960, Rec. 570, A.J. 1961 p.20, DS 1961, p.143, concl. HEUMANN

⁴⁶ DC du 16 janvier 1982 relative à la loi de nationalisation I du 18 décembre 1981.

⁴⁷ DC du 12 janvier 2002, Décision n°2001-455, Loi de modernisation sociale.

La liberté d'entreprendre constitue en partie la traduction du pouvoir économique de l'employeur. Cette liberté fondamentale justifie les décisions unilatérales du chef d'entreprise et implique un noyau dur de prérogatives auquel le législateur ne peut porter atteinte. On retrouve ainsi l'opposition entre les droits du salarié et le pouvoir de gestion appartenant au propriétaire des moyens de production.

Cependant, la liberté d'entreprendre n'apparaît pas plus justifiée que le droit de propriété à fonder un contrôle sur les personnes. On conçoit avec difficulté la reconnaissance d'une atteinte à la liberté d'entreprendre du fait de l'exercice par le salarié de ses droits fondamentaux. Enfin, le Conseil constitutionnel a déjà reconnu par le passé que cette liberté à valeur constitutionnelle devait être conciliée avec le principe de participation présent dans le Préambule de la constitution de 1946.

Sous section 2. Propriété et sécurité : Internet et les risques d'atteintes aux biens de l'entreprise.

La dimension sécuritaire de l'entreprise est la principale motivation des entreprises dans l'exercice d'un contrôle de l'usage de l'informatique. Cette préoccupation croissante s'est traduit par la multiplication des chartes Internet et le développement d'un discours que certains qualifient « d'éthique d'entreprise »⁴⁸.

a. La sécurité informatique

Préoccupation omniprésente des entreprises : la sécurité. Cet argument récurrent est la première raison de la mise en place d'un système de surveillance du matériel informatique. L'ouverture de l'entreprise à l'extérieur par le vecteur d'Internet et la concentration des intérêts des sociétés sur support informatique ont considérablement accentué les risques d'atteintes aux biens professionnels. Il suffit de constater l'importance croissante de la place de la direction informatique ou le rôle essentiel de l'administrateur réseau pour comprendre les enjeux de cette sécurité.

⁴⁸ A. TEISSIER, « L'éthique, une norme de l'entreprise ? », Travail et Protection sociale, octobre 2000, p.6

Internet et les récents logiciels fournissent des techniques d'intrusion de plus en plus nombreuses et performantes⁴⁹. Il ne s'agit pas ici de faire une liste exhaustive des risques d'espionnage ou de piratage existants, mais de comprendre les raisons du renforcement conséquent de l'impératif de sécurité provoqué par l'utilisation des nouvelles technologies.

Le premier danger provient des logiciels indiscrets. Les plus connus sont les cookies. Un cookie est un fichier sauvegardé sur le disque dur de l'ordinateur connecté à Internet lors de la connexion à certains sites. Il permet notamment de recueillir certaines informations sur le contenu de l'ordinateur. Cette trace laisse l'opportunité à des « espiologiciels » (« spywares ») de décrypter de multiples variables qui seront nécessaires au piratage des systèmes informatiques

Il existe aussi des logiciels appelés « mouchards » qui sont cachés à l'intérieur de logiciels (software) ou directement intégrés au matériel informatique (hardware). Ces logiciels permettent une connaissance approfondie de la configuration de l'ordinateur. On peut citer comme exemple le numéro GUID (Global Unique Identifier) introduit par Microsoft dans ses systèmes d'exploitation. A partir de cet identifiant il est possible de savoir les fichiers créés par une machine, les logiciels utilisés, etc...⁵⁰

On peut enfin évoquer les logiciels appelés « chevaux de Troie » ou « troyens » qui permettent de s'introduire et la prise de contrôle d'un ordinateur à partir de l'extérieur par celui qui a créé et implanté le logiciel. Ce dernier peut être inclus dans un programme anodin. L'attaquant a alors la possibilité de télécharger un fichier sur le poste infecté, d'enregistrer la frappe de clavier, visualiser l'écran, voire même prendre le contrôle de la souris...

Ces exemples montrent que le virus destructeur ne constitue pas le seul danger pour un réseau informatique. Récemment, un pirate a pu, grâce au manque de vigilance d'un salarié de Microsoft qui n'avait pas déconnecté sa messagerie Internet, s'introduire dans le réseau de l'entreprise pendant près de trois heures. Les risques d'espionnage et plus largement des actes de malveillance sont accentués par Internet et la mise en réseau des ordinateurs. La

⁴⁹ Les atteintes aux réseaux informatiques risquent de se multiplier avec l'avènement de l'Internet sans fil (« Wi Fi », RLAN réseaux locaux sans fil) qui fragilise encore les systèmes. Voir le Bilan Internet de l'ART (Autorité de Régulation des Télécommunications).

⁵⁰ B. EGRET, « Les problèmes juridiques des logiciels indiscrets », présent sur www.droit-ntic.com

rapidité et l'importance de la propagation des virus ne fait qu'illustrer l'enjeu incontournable d'assurer leur sécurité pour les entreprises. Cet impératif explique la prolifération des logiciels pare-feu (ou « firewall ») destinés à un contrôle du trafic et à une protection face aux attaques extérieures.

L'impératif de sécurité rejoint les préoccupations du propriétaire. Face aux risques accrus d'atteinte aux biens de l'entreprise, le pouvoir de contrôle de l'employeur se justifie par la nécessité d'assurer la sécurité du matériel professionnel. Cette motivation est reconnue par tous. Le rapport de la Commission Nationale Informatique et Libertés de mars 2001 sur la « cybersurveillance des salariés dans l'entreprise » précise même dans sa conclusion : « Devoir éminent de l'employeur soucieux de gérer « en bon père de famille », la sécurité conditionne la pérennité de l'entreprise »⁵¹. L'entreprise doit naturellement se protéger de la concurrence⁵². On notera que la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés met dans son article 29 à la charge de toute personne ordonnant ou effectuant un traitement nominatif l'obligation d'assurer la sécurité des informations afin d'« empêcher qu'elles soient déformées, endommagées ou communiquées à des tiers non autorisés », sous peine de sanctions pénales (voir annexes).

Cependant la lecture des dispositions du Code du travail et l'analyse de la jurisprudence révèlent que cette notion de sécurité n'est pas reconnue dans l'acception que nous employons. En effet, l'objectif d'assurer l'hygiène et la sécurité sur les lieux de travail assigné au règlement intérieur par l'article L.122-34 du Code du travail vise à protéger essentiellement le salarié et son intégrité. La sécurité évoquée pour la protection des biens de l'entreprise n'est donc pas une notion que l'on retrouve dans la loi. Elle est à différencier de celle nécessaire à la santé des travailleurs (voir notamment l'article L. 230-2 c.trav.).

Quant à la jurisprudence, les solutions abordant ce domaine sont peu nombreuses. Les affaires concernant la mise en place de contrôle de la part des directions d'entreprises sont assez fréquentes : contrôle de l'accès sur des sites, contrôle d'alcoolémie⁵³, ouverture des

⁵¹ Rapport de la CNIL mars 2001, p.42, www.cnil.fr

⁵² H. BOUCHET, « A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié », DS janvier 2002, p.78

⁵³ CE, 1^{er} février 1980, Peintures Corona, DS 1980, conclusion Bacquet et Soc. 22 mai 2002, DS Juillet-août 2002, p.781 obs. F. DUQUESNES

armoires personnelles⁵⁴, etc... Les tentatives de remise en cause des droits fondamentaux des salariés sont légion. Mais parmi ce contentieux abondant, aucun arrêt ne semble reconnaître ou faire référence à l'exigence de « sécurité » dans le sens de la sécurité des biens de l'entreprise.

On peut citer toutefois un arrêt de la chambre sociale du 3 avril 2001 qui concernait un syndicaliste qui avait refusé de se prêter à la fouille des agents de sécurité imposée par la direction de la chaîne de télévision M6⁵⁵. Les juges avaient considéré cette mesure comme « justifiée par des circonstances exceptionnelles et des exigences de sécurité ». Certes, la Cour de cassation mentionne le terme dans un sens semblant dépasser le simple souci de protection de l'intégrité des personnes, mais en faisant référence dans le même temps au contexte particulier de l'époque marqué par une vague d'attentats. Ce cas d'espèce se trouve assez éloigné de l'argument sécuritaire avancé concernant les réseaux informatiques.

Le fondement représenté par « la sécurité » entendu au sens des entreprises n'a donc encore fait l'objet d'aucun écho auprès de la Haute juridiction. Cependant, on peut penser qu'une évolution est possible. En effet, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 décembre 2001⁵⁶ a estimé que « la préoccupation de la *sécurité du réseau* justifiait que les administrateurs de systèmes et de réseaux fassent l'usage de leurs positions et des possibilités techniques dont ils disposaient pour mener les investigations et prendre *les mesures que cette sécurité imposait* ». Cet exemple pourrait être un premier pas des tribunaux vers la reconnaissance de l'impératif de sécurité informatique dans les entreprises. Certains auteurs appuient d'ailleurs cette démarche en proposant aux juges d'adopter le critère de « légitime surveillance »⁵⁷.

Mais à l'heure actuelle, ce fondement doit être rapproché d'autres notions jurisprudentielles connues. On pense notamment à « l'intérêt de l'entreprise »⁵⁸ ou encore au « bon fonctionnement de l'entreprise » ; notions directement rattachées au pouvoir de

⁵⁴ Soc. 11 décembre 2001, Dr. Ouvrier, mai 2002, p.204 ; RJS 3/02, p.222.

⁵⁵ Soc.3 avril 2001, Sarrasin contre M6, Dr. ouvrier mai 2002, p.204.

⁵⁶ CA Paris, 11^{ème} ch. A . 17 décembre 2001, Juris-Data n°2001-166690, in «I. DE BENALCAZAR, « La sécurité informatique au sein de l'entreprise », Travail et Protection sociale, août-septembre 2002, p.4

⁵⁷ J.DEVEZE et M.VIVANT, « Il n'est pas de courriel que confidentiel », Cahiers Lamy informatique 2001, août-septembre (E), p.1. ; Rev. Lamy dr. aff. 2001, chron. p.5

⁵⁸ M-C ESCANDE-VARNIOL, « La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise », RJS 4/00, p.200

direction des personnes. On quitte ainsi le registre du droit de propriété ne semblant pas tout à fait appropriée à fonder un pouvoir de contrôle des personnes.

b. Sécurité et résurgence de la théorie institutionnelle

Les impératifs de sécurité ont poussé les entreprises à tenter de réglementer le problème au sein même de leur structure, « en interne ». C'est ainsi que sont nées les chartes Internet aux dénominations très variables : Charte de confiance, code de bonne conduite, Eticnet,... Ces documents ne renvoyant à aucune notion juridique contraignante tel un contrat, une convention collective ou un règlement intérieur, ont vocation principale à édicter certaines règles de conduite mélangeant vœu de pédagogie et établissement de sanctions.

Charte Renault : « *La présente charte a pour vocation d'exposer les principales règles et précautions que tout utilisateur des équipements informatiques et moyens de communications doit respecter et mettre en œuvre* ».

Charte de l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris : « *L'utilisation de tout système informatique relié à un réseau suppose de la part des utilisateurs (et des administrateurs) le respect d'un certain nombre de règles dont le rôle est d'assurer la sécurité et les performances des traitements, la préservation des données confidentielles ainsi que l'émission et la réception de données dans le respect des législations applicables. A fortiori, le raccordement d'un système informatique à un réseau public tel qu'Internet rend le respect des dites règles encore plus impératif* ».

Ce mélange d'obligation morale, de comportement citoyen, de respect de l'employeur et de ses impératifs, recouvre ce que certains nomment « l'éthique d'entreprise »⁵⁹. Cette évolution inspirée des pratiques anglo-saxonnes possède deux vocations. Une vocation externe permettant de véhiculer une certaine image de l'entreprise auprès des partenaires et des clients ; et une vocation interne plus floue, oscillant entre l'organisation de l'entreprise et l'assurance d'une certaine discipline. Nous verrons ultérieurement que si la nouveauté de cette pratique a suscité des interrogations sur la nature juridique et la portée à donner à

⁵⁹ A. TEISSIER, « L'éthique, une norme de l'entreprise ? », préc.

ces initiatives, la majorité de la doctrine s'accorde à dire que ces documents peuvent être rattachés à des catégories juridiques existantes.

Cependant la nature juridique des chartes est une autre question. Quel fondement au pouvoir de contrôle de l'employeur est mis en avant par de tels documents ? On est tenté de rattacher les règles posées par ces nouveaux codes de bonne conduite à la théorie institutionnelle de l'entreprise. Les impératifs prescrits s'orientent dans le sens de la protection d'un intérêt commun aux salariés et aux employeurs, et à la mise en place d'un pouvoir fondé sur l'intérêt de l'entreprise. Dans cette logique, l'entreprise est vue comme un groupe intermédiaire placé entre l'individu et l'Etat⁶⁰, lieu où le contrat laisse place à un « lien d'entreprise ». La lecture de ces documents fournit un exemple de la recherche d'un compromis entre les valeurs organisationnelles et les valeurs relationnelles⁶¹. Le salarié est invité à respecter certaines règles pour lui et pour l'entreprise dans une relation apparente de collaboration.

Toutefois cette présentation des choses s'avère assez éloignée de la réalité du contenu des chartes. Même si la recherche de « transparence » est présente, l'analyse de la majorité des chartes montre le même modèle de construction : une succession d'obligations ou de simples conseils que doit suivre le salarié, sous peine parfois de sanctions⁶². Peut-on parler d'éthique lorsque l'on peut lire dans certaines chartes : « *Tout message électronique envoyé par un salarié doit être considéré comme un enregistrement permanent, écrit, pouvant à tout moment être contrôlé et inspecté* ». La CNIL a relevé que de nombreux codes de bonnes conduite s'avéraient être des cumuls de prohibitions de toutes sortes. Le partage de valeurs inspiré par la théorie institutionnelle laisse en réalité place à une certaine unilatéralité des obligations.

Si l'argument sécuritaire est souvent invoqué, il convient de reconnaître que le véritable fondement d'un contrôle des salariés doit être recherché dans le contrat de travail et le lien de subordination qu'il formalise. Même si la majorité des directions invoquent des impératifs de sécurité, le système de surveillance se transforme souvent en instrument d'un contrôle poussé des travailleurs.

⁶⁰ A. SUPIOT, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », DS mars 1989, p.195

⁶¹ P. LOKIEC, « Contrat et pouvoir », Thèse 2002, p.484.

⁶² C. ROLLOT, « Des chartes encore trop défensives », Le Monde, 12 février 2002.

Section 2 : La qualité d'employeur

La personne ne peut faire l'objet de propriété; la propriété ne peut fonder de pouvoir sur les personnes. La source principale d'un contrôle de l'activité d'un travailleur dans l'entreprise est à rechercher dans le lien de subordination. C'est ensuite par le contrat de travail que se formalise la mise à disposition par le salarié de sa force de travail. La figure contractuelle est appelée à fixer le contenu et l'étendue de cette relation de travail. Alain Supiot écrit que « l'assujettissement du salarié à la volonté de l'employeur vient compenser l'impossibilité pour ce dernier de rentrer directement en possession de la force de travail dont il a conventionnellement acquis la jouissance »⁶³. « La subordination apparaît alors comme le substitut de la dépossession »⁶⁴.

C'est ainsi principalement la qualité d'employeur qui fonde le pouvoir de direction des personnes même si cet argument est rarement avancé par les entreprises pour la mise en place d'un système de surveillance informatique. Les directions évoquent plus souvent dans leur discours les impératifs sécuritaires que le contrôle du travail des salariés. Cependant la qualité d'employeur ressurgit à l'appui de la justification de telles initiatives sous la forme de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés. L'employeur doit pouvoir contrôler les faits du salarié puisqu'il peut se voir désigner comme comptable par la suite des dérives de ce dernier. Les risques de voir leur responsabilité civile, voir pénale engagée, devient un argument courant mis en avant par les entreprises.

Sous section 1 : Lien de subordination et responsabilité de l'employeur

En contrepartie du lien de subordination créé par le contrat de travail et la mise à disposition de la force de travail de son subordonné, l'employeur doit assumer la responsabilité des activités de ses salariés. L'utilisation d'Internet dans le cadre du travail et l'ouverture du réseau informatique sur l'extérieur créent de nouveaux risques d'engagement de la responsabilité de l'employeur. En effet, la connexion à Internet peut donner au salarié l'occasion de causer des dommages à des tiers ou clients, ou bien encore de commettre certaines infractions.

⁶³ A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », préc.

⁶⁴ M. FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », in « Le travail en perspectives », ouv. coll. Paris, LGDJ 1998

a . La responsabilité civile

Le Code civil prévoit parmi les différents régimes de responsabilité du fait d'autrui celui de la responsabilité du commettant du fait de son préposé (article 1384 alinéa 5 c.civ.). Cette responsabilité d'un type particulier est une préoccupation importante des employeurs inquiets de se voir condamnés sur ce fondement pour les agissements de leur salarié sur Internet. En effet, Internet apparaît un moyen performant permettant la commission de nombreux délits. On peut citer notamment les délits de presse⁶⁵ ou encore les atteintes aux droits de propriété intellectuelle⁶⁶. L'étendue de cette responsabilité justifie-t-elle cette préoccupation ?

La Cour de cassation a posé récemment dans son arrêt Costedoat du 25 février 2000⁶⁷ le principe selon lequel « *n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant* ». Ce régime de responsabilité inspiré directement de celui prévu en cas de faute de service de l'agent public, prévoit que l'employeur sera comptable des fautes de son préposé si cette faute entre dans le cadre de sa mission ou, quoique détachable de cette dernière, la faute n'est pas dépourvue de tout lien avec les fonctions du préposé⁶⁸. Dans ce dernier cas, les responsabilités de l'employeur et de son salarié seront cumulativement engagées. Cette clarification, intervenant après une opposition persistante entre la chambre civile et la chambre criminelle, accorde pour certains une véritable immunité du préposé ayant agi dans le cadre de ses fonctions⁶⁹. Le salarié voit sa protection vis à vis des tiers fortement renforcée.

Concernant la faute détachable, un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 19 mai 1988⁷⁰ a retenu que « *le commettant ne s'exonère de sa responsabilité que si le préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins*

⁶⁵ Application de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse en cas de diffamations, injures ou provocations à la haine ou la discrimination. Voir chronique Informatique-droit de l'Internet, JCP Entreprise et Affaires, n°3 du 16 janvier 2003, p.124.

⁶⁶ La contrefaçon d'œuvres littéraires ou artistiques, la contrefaçon de marque (art. L.335-2 du C.P.I.) ou encore l'atteinte aux droits des producteurs de base de données (art. L 343-1 du C.P.I.)

⁶⁷ AP 25 février 2000, RJS 6/00, n°630, JCP éd. G I 241 n°5, obs. G.VINEY.

⁶⁸ F. DESPORTES, « Faute pénale et responsabilité civile du préposé », RJS 8-9/02, p.711

⁶⁹ N. EL HAGE, « Les règles de la responsabilité du fait de ses préposés sont-elles adaptées au télétravail ? », DS janvier 2002, p. 42

⁷⁰ AP 19 mai 1988, bull. civ. n°5, D.1988, p.513, note LARROUMET.

étrangères à ses attributions ». La chambre civile précisera a contrario qu'il suffit, pour que la responsabilité du commettant soit engagée, que le préposé ait trouvé dans ses fonctions « *l'occasion et les moyens de sa faute* »⁷¹. Cette solution s'avère intéressante dans notre domaine d'étude, l'employeur fournissant au salarié le matériel nécessaire à la réalisation du comportement sanctionnable. On peut donc considérer que la mise à disposition de l'outil informatique pourrait être considéré comme la fourniture des moyens et de l'occasion nécessaires à la commission d'une faute.

A cet égard, il convient de faire une rapide parenthèse. L'hypothèse de la fourniture de matériel et de la responsabilité de l'employeur nous ramène aussi à la question du droit de propriété : l'entreprise reste gardienne de la chose mise à la disposition de son salarié pour exécuter le travail. C'est ainsi qu'un auteur fonde la responsabilité de l'employeur non seulement sur l'autorité qu'il détient sur ses préposés, mais aussi sur celle qu'il possède sur les choses⁷². Cette remarque est encore un exemple montrant que la qualité de propriétaire est un fondement solide dans les esprits au pouvoir de contrôle de l'employeur, même s'il s'avère en définitive peu efficace.

Le risque d'engagement de la responsabilité de l'employeur peut être illustré par une décision récente du TGI de Marseille datée du 11 juin 2003⁷³ qui retient la responsabilité d'un employeur au visa de l'article 1384, alinéa 5 du Code civil en raison de la fourniture par l'entreprise d'un accès Internet. En effet, un salarié avait pendant son temps de travail et à l'aide de son ordinateur à usage professionnel, construit un site critiquant, voire insultant la politique menée par une société exploitant des autoroutes. Le juge a retenu la responsabilité de l'employeur de ce salarié au motif que la direction avait émis une note autorisant la libre consultation des sites Internet mais n'imposant "*aucune interdiction spécifique [...] quant à l'éventuelle réalisation de sites Internet ou de fourniture d'informations sur des pages personnelles*". En conséquence, le juge en déduit que la faute du salarié "*a été commise dans le cadre des fonctions auxquelles il était employé*".

Cette décision qui peut être qualifiée de sévère est un exemple des risques de responsabilité encourus par les employeurs en fournissant un accès Internet et du matériel informatique à

⁷¹ Civ. 2^{ème} 13 novembre 1991, Bull. civ. II n°304

⁷² N. EL HAGE, « Les règles de la responsabilité du fait de ses préposés sont-elles adaptées au télétravail ? », préc.

⁷³ TGI Marseille 11 juin 2003, consultable sur www.foruminternet.org

leurs salariés. Cependant la qualification retenue par le tribunal pour cette faute qu'il considère comme entrant dans la mission du travailleur paraît inappropriée. Il aurait été plus judicieux de considérer cette faute comme détachable des fonctions mais possédant un lien avec les fonctions du préposé. La nuance est importante car l'employeur aurait vu sa responsabilité atténuée, les responsabilités étant dans cette hypothèse cumulativement recherchées. Cette autre solution aurait ménagé à la fois l'intérêt de la victime et celui de l'employeur qui n'avait que peu de possibilité pour mettre fin aux agissements de son salarié. Si une telle solution devait se répéter, il serait nécessaire de prendre en compte cette évolution dans les chartes mises en place dans les entreprises.

On constate que la responsabilité des commettants a été étendue corrélativement à la reconnaissance d'une certaine immunité des salariés pour les faits relevant de leur fonction. Ce mouvement d'élargissement de leur responsabilité rend légitime la préoccupation des employeurs. Nous pouvons tout de même ajouter que selon la ligne jurisprudentielle adoptée à l'heure actuelle par la Cour de cassation, l'employeur conserve la possibilité de voir sa responsabilité partagée avec celle de son salarié dans le cas où la faute ne présente qu'un lien ténu avec les fonctions assignées au travailleur.

La mise en avant de leur responsabilité par les employeurs pour justifier leur pouvoir de contrôle s'explique également par les conséquences d'éventuelles infractions pénales commises par leur subordonnés. L'arrêt de l'Assemblée plénière du 19 mai 1988 précise que « *le fait que le préposé ait commis une infraction pénale, quelle qu'en soit la gravité, n'exclut pas en soi le rattachement de la faute à l'exercice des fonctions et donc à la responsabilité civile du commettant* ». Cette formulation accroît encore le risque pour l'employeur de voir répondre des agissements de son salarié.

Cependant, certaines infractions pénales n'entraînent pas le déclenchement de ce mécanisme de responsabilité prévu à l'article 1384, alinéa 5 du Code civil. C'est ainsi que suite à l'arrêt Cousin du 14 décembre 2001⁷⁴, on peut avancer avec certitude que les infractions supposant chez l'auteur l'intention de causer un dommage à autrui caractérisent nécessairement une faute dissociable des fonctions entraînant la seule responsabilité personnelle du salarié condamné. Il faut bien sûr exclure de cette analyse les délits où

⁷⁴ AP 14 décembre 2001, Bull. civ. N°17, RJS 2/02, n°142, concl. R.DE GOUTTES, p.117.

l'intention ne résulte que d'une conception abstraite⁷⁵. Dans ce contexte, les risques pour un employeur de voir sa responsabilité engagée suite à des infractions fréquemment citées en exemple dans les débats concernant l'usage d'Internet telles que les consultations de sites pédophiles ou encore la fraude informatique, semblent relativement limités. Le droit positif semble préserver le commettant du risque d'engager sa responsabilité dans ces hypothèses.

Pour finir ce tour d'horizon concernant la responsabilité civile dans le domaine de l'Internet, il ne faut pas oublier de mentionner les cas où l'entreprise est elle-même victime de son salarié, ou ancien salarié⁷⁶, par le biais de l'utilisation nuisible du matériel de l'entreprise. Dans ce cas, l'employeur pourra rechercher la responsabilité civile de son subordonné pour faute lourde, c'est à dire faute commise dans l'intention de nuire à l'entreprise⁷⁷.

b. La responsabilité pénale

Une autre inquiétude présente est celle d'une éventuelle condamnation pénale de l'employeur (article 121-2 c.pén.). En effet certaines entreprises craignent de se voir reconnaître complices des agissements de leurs salariés en fournissant le matériel informatique et la connexion Internet nécessaires à la commission d'une infraction. Les travailleurs peuvent par l'intermédiaire de leur poste de travail se rendre coupable de nombreuses infractions pénales.

Le salarié peut tout d'abord commettre un acte incriminé par la loi Godfrain du 5 janvier 1988. Ce initiative législative sanctionne la fraude informatique en interdisant l'accès et le maintien dans un système de traitement automatisé de données (article 323-1 c.pén.), ainsi que les atteintes ayant pour finalité de toucher le système (article 323-2 et 3 c.pén.)⁷⁸. Les travailleurs peuvent également se rendre coupables d'atteintes à la personne humaine telles que la diffusion d'images pédophiles (article 227-23 c.pén.) ou encore de délits plus

⁷⁵ F. DESPORTES, « Faute pénale et responsabilité civile du préposé », préc.

⁷⁶ TGI Paris, 9 mai 2001, Sté Sage France c/ Duarte, RJS ½, n°10, p.33.

⁷⁷ Soc.16 mai 1990, RJS 7/90, n°562, Bull.civ. V n°228 ; Soc. 5 décembre 1996, RJS 1/97 n°17 ; Soc.28 juin 2000.

⁷⁸ B. EGRET, « Les problèmes juridiques des logiciels indiscrets », présent sur www.droit-ntic.com

traditionnels comme le vol. L'employeur encourt-il une responsabilité d'ordre pénal pour de tels agissements de la part de son subordonné ?

L'article 121-7 du Code pénal pose qu'« est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation ». La rédaction de cette disposition révèle rapidement que la recherche du caractère intentionnel de l'acte ou tout du moins de la connaissance des agissements de l'auteur principal de l'infraction, est réclamée pour retenir la responsabilité pénale d'une personne physique ou morale au titre de la complicité. Dès lors, il devient difficile de retenir la responsabilité pénale d'une entreprise par la simple fourniture de moyens informatiques. Le problème de mise en œuvre des règles du droit pénal avec l'introduction d'Internet dans les sociétés réside ailleurs.

L'utilisation d'Internet brouille les cadres de référence classiques mobilisés pour appliquer les mécanismes de responsabilité. La recherche d'imputabilité devient une véritable difficulté dans un réseau de communication où l'individu se dilue : « comment identifier un responsable dans un tissu dépourvu de centre ? »⁷⁹. Cette difficulté d'application du système de responsabilité créé par l'émergence des nouvelles technologies et de leurs organisations induit de véritables difficultés. L'identification du supérieur hiérarchique ou de l'employeur responsable a toujours constitué une difficulté notable pour le droit⁸⁰.

L'application des règles de droit pénal peut fournir un exemple de ces perturbations. L'installation d'un système de surveillance et son fonctionnement se fait sous l'autorité de l'administrateur réseau ou du directeur des systèmes informatiques (D.S.I.). Ces supérieurs hiérarchiques intermédiaires bénéficient d'ailleurs la plupart du temps de délégations de pouvoir⁸¹. Ces derniers seront donc considérés comme les auteurs des éventuelles infractions pénales commise à l'occasion de l'utilisation de tels procédés de contrôle; on pense notamment aux sanctions pénales de la violation du secret des correspondances (articles 226-15 c.pén.⁸², et article 432-9 c.pén. pour les agents publics). Les mécanismes de droit pénal n'acceptent pas l'ordre donné par une autorité comme une contrainte absolue

⁷⁹ A. SUPIOT, « travail, droit et technique », DS janvier 2002 p.13.

⁸⁰ A.COURET, « Les titulaires du pouvoir disciplinaire », DS janvier 1998, p.25

⁸¹ D.VERET et G.ATHEA, « Communications électroniques et service public : la nécessaire prise en compte du risque pénal », gazette du palais 23/24 octobre 2002, p.28

⁸² Voir notamment la loi n°91-646 du 10 juillet 1991 étendant cette disposition aux correspondances émises par la voie des télécommunications.

de nature à faire disparaître la responsabilité de l'auteur. Ainsi, même si l'employeur pourra être reconnu complice, le directeur informatique restera l'auteur principal de l'infraction⁸³. Le conflit de logique du droit pénal avec celle du droit du travail invite donc à réfléchir sur l'inadaptation des règles actuelles de responsabilité appliquées aux nouvelles technologies.

Ce problème de perturbation des mécanismes de responsabilité se pose avec une particulière acuité à propos du télétravail⁸⁴. Cette nouvelle forme de subordination mélangeant les caractères du salariat et du travailleur indépendant bouleverse les frontières classiques que représentaient le lieu et le temps de travail. En principe, la subordination juridique d'un travailleur ne saurait être retenue s'il exécute son travail en toute indépendance, ce qui fait obstacle à l'application de la règle de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil et aux mécanismes de droit pénal⁸⁵. Le télétravail constitue la situation extrême de trouble des règles de responsabilité et procure ainsi une illustration intéressante de l'influence des nouvelles technologies et des nouvelles organisations du travail l'accompagnant et de la nécessité d'une réflexion sur l'avenir de ces mécanismes de responsabilité.

Maître Ariane Mole se fait d'ailleurs écho de cette réflexion sur les règles de responsabilité de l'employeur en soulignant que la responsabilité du chef d'entreprise n'est que le corollaire de la possibilité pour l'employeur de diriger et contrôler le salarié dans l'exécution de sa mission. Elle propose ainsi de tenir compte de la protection plus ou moins affirmée de l'autonomie du travailleur : « il serait en effet légitime de considérer que la frontière de sa responsabilité (l'employeur) est la même que celle de son pouvoir de contrôle »⁸⁶. Ainsi, l'avocate souligne très justement que la conception du pouvoir de contrôle et de son étendue appelle une réflexion corrélative sur le régime de responsabilité de l'employeur.

⁸³ L.VAN EECKHOUT, « Les informaticiens responsables du contrôle du courrier électronique de l'entreprise », Le Monde du 13 mars 2001.

⁸⁴ J-E RAY, « le droit du travail à l'épreuve du télétravail. Une nécessaire adaptation. », DS 1996, p.351 ; J-E RAY, « le droit du travail à l'épreuve du télétravail : le statut du télétravailleur », DS 1996, p.121

⁸⁵ N. EL HAGE, « Les règles de la responsabilité du fait de ses préposés sont-elles adaptées au télétravail ? », préc.

⁸⁶ A. MOLE, « Mails personnels et responsabilités : quelles frontières ? », DS janvier 2002, p.84.

Cependant, si le pouvoir de contrôle des travailleurs puise sa source dans le contrat de travail, la responsabilité n'est pas le seul effet de la création d'un tel lien contractuel. Le lien de subordination fonde aussi l'exigence légitime de l'employeur à obtenir l'exécution d'une obligation conforme à ses attentes.

Sous-section 2 : Lien de subordination et contrôle de l'exécution de ses obligations par le salarié

Le contrat de travail met à la charge des parties des obligations réciproques. L'employeur rémunère le salarié et porte la responsabilité de ses fautes commises dans l'exercice de son travail, tandis que le salarié s'engage à exécuter le travail qui lui a été assigné. Si le contrôle de l'employeur se justifie par la responsabilité qu'il supporte, il prend avant tout sa source au cœur du contrat : il a le droit de contrôler l'exécution du travail conformément aux stipulations contractuelles. Le droit du travail reconnaît d'ailleurs à l'employeur un pouvoir disciplinaire destiné à sanctionner les manquements du salarié à ses engagements contractuels.

Le pouvoir de surveiller les salariés ne représente en définitive que le pouvoir de contrôle de l'exécution du travail par le salarié. Cette conception a d'ailleurs été accueillie à diverses reprises par la jurisprudence. Les magistrats ont tout d'abord reconnu que la possibilité de surveiller les comportements des salariés et le pouvoir disciplinaire étaient un droit de l'employeur découlant de son pouvoir de direction : « *Si un employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail...* »⁸⁷. La définition du contrat de travail au sein de l'arrêt Société générale est également révélateur de la reconnaissance de ce pouvoir de surveillance. La Cour mentionne comme indice de l'existence d'un rapport de subordination la possibilité pour l'employeur de contrôler l'exécution du travail et de sanctionner les manquements⁸⁸.

On peut ensuite citer la solution d'un récent arrêt de la chambre sociale intervenu le 10 juillet 2002 : « *L'employeur tient de son pouvoir de direction, né du contrat de travail, le*

⁸⁷ Voir notamment : Soc. 20 novembre 1991, D. 1992, p.73, note Y.CHAUVY ; Soc.14 mars 2000, Bull. n°101, p.78 et Soc. 15 mai 2001 D. 2001, n°37, p.3015, note T.AUBERT-MONPEYSEN.

⁸⁸ Soc. 13 novembre 1996, DS1996, p.1067, note DUPEYROUX.

*droit d'évaluer le travail de ses salariés »*⁸⁹. L'objet de l'évaluation consiste à contrôler la manière dont la salarié s'acquitte de son travail. Cette mesure exprime un rapport entre la réalisation et son attente.

On peut également mentionner l'article L.432-2-1 du Code du travail concernant la consultation du Comité d'entreprise qui prévoit expressément la possibilité pour l'employeur de mettre en place « *des moyens ou des techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés* ». Le pouvoir de surveiller se révèle ainsi consacré par le législateur.

Dès lors, le contrat de travail et le lien de subordination peuvent être considérés comme le fondement à même de justifier un contrôle des personnes et donc, a fortiori un contrôle de l'usage de l'outil informatique pratiqué par les salariés. Même si cette raison est souvent reléguée au rang des arguments secondaires de justification de la mise en place de système de surveillance informatique, il apparaît que ce pouvoir né du contrat soit plus légitime que celui découlant de la propriété. La sécurité des biens de l'entreprise est une préoccupation nécessaire des entreprises mais ne peut fonder entièrement un contrôle des salariés dans l'entreprise. Si l'employeur se voit reconnaître un droit de contrôle de ses subordonnés, c'est avant tout parce que ces derniers ont admis par l'engagement contractuel renoncer à une partie de leur liberté.

Ainsi laissant de côté le pouvoir du propriétaire, nous allons nous attacher à l'étude des techniques de contrôles mises en place pour rationaliser l'exercice de ce pouvoir de direction des personnes.

⁸⁹ Soc. 10 juillet 2002, Dr. Ouvr. Novembre 2002, p.535, note V.WAUQUIER.

Chapitre 2 . Les techniques de contrôle du pouvoir de l'employeur

Le recul du pouvoir discrétionnaire au profit d'un pouvoir fonctionnel a fortement marqué les relations dans l'entreprise. Le lieu de travail, jadis considéré comme un espace où régnait l'autorité absolue de l'employeur, a laissé peu à peu pénétrer l'idée de démocratie en ses murs⁹⁰. Laissant de moins en moins place à la décision unilatérale du chef d'entreprise, la relation de travail repose aujourd'hui en grande partie sur le lien contractuel qu'il soit individuel ou collectif. Le pouvoir existe toujours, mais il doit se plier à des exigences telles que la motivation, la justification de son exercice.

Cette métamorphose juridique de l'exercice du pouvoir s'est accompagnée de l'émergence et la reconnaissance de droits et libertés au salarié dans l'entreprise. Ce « droit à l'opacité »⁹¹ du travailleur vis-à-vis de son employeur s'est affirmé comme une limite nécessaire à l'intérêt de l'entreprise.

En assurant la promotion de l'entreprise comme niveau social et économique majeur, les lois Auroux de 1982 ont parallèlement créé les bases d'une protection des libertés des travailleurs dans l'entreprise, en imposant notamment à l'employeur le respect de celles-ci dans l'exercice de son pouvoir normatif. Cette évolution législative n'est autre qu'une illustration du développement de la considération de la personne dans notre système juridique; évolution qui a aussi profondément affecté le droit social. L'apparition récente des droits fondamentaux, c'est à dire de ces droits d'une grande généralité invocables dans toute relation juridique⁹², nous invite en effet à appréhender la dimension de l'individu dans ses rapports avec la collectivité et le pouvoir.

Le changement de l'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur est avant tout une modification de ses limites (section 1). L'avènement du salarié-citoyen dans l'entreprise et l'extension des droits de l'individu semblent avoir attribué au travailleur une « part

⁹⁰ J. SAVATIER, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », préc.

⁹¹ J.FRAYSINET, « Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise », DS juin 1992, p.596.

⁹² A.LYON-CAEN et I.VACARIE, « Droits fondamentaux et droit du travail », Mélanges en l'honneur de J-M.VERDIER, 2001.

irréductible de liberté »⁹³ dans la subordination. Il n'abandonne plus ses droits à l'entrée de l'entreprise : sa vie privée ne se cantonne plus à l'espace confiné de son domicile. « Au contrat, le salarié met à disposition de l'employeur sa force de travail, mais non sa personne »⁹⁴.

Dès lors, l'entreprise a subi à son échelle une évolution plus générale que l'on retrouve dans la société : il ne s'agit plus d'encadrer un pouvoir unique mais plutôt de concilier des intérêts multiples de même valeur. L'entreprise est aujourd'hui le lieu de conflits entre des droits et libertés de même importance pour notre système juridique. Le professeur Antoine Lyon-Caen parle ainsi de l'émergence d'un système juridique polycentrique comparable à un réseau⁹⁵. La légalité de l'exercice du pouvoir de l'employeur se heurte à la reconnaissance de droits de même valeur au travailleur. C'est dans ce contexte que le système juridique a dû rechercher de nouveaux mécanismes d'articulation ne reposant plus sur une référence aux espaces réservés aux diverses libertés reconnues, mais organisant à présent la coexistence de ces dernières dans le même lieu (section 2).

La question des limites du pouvoir de contrôle de l'employeur dans l'entreprise est essentielle en ce qu'elles sont sollicitées doublement par l'utilisation d'Internet et des nouvelles technologies. Tout d'abord, l'outil informatique et les logiciels d'exploitation d'Internet fournissent aux employeurs des moyens sans commune mesure de surveillance des salariés. Il est aujourd'hui possible de pousser le contrôle jusqu'à définir les modes de raisonnement d'un travailleur⁹⁶. Les nouvelles technologies sont, sous cet angle, vecteur de la multiplication des atteintes possibles à la vie privée et plus largement de violation des limites du pouvoir de contrôle de l'employeur.

Dans une autre mesure, Internet, en améliorant considérablement la communication entre les individus, facilite le développement de la vie personnelle du salarié au travail⁹⁷. Ainsi l'ouverture de l'entreprise sur l'extérieur par le réseau informatique mondial génère deux tendances paradoxales : elle développe la vie personnelle du travailleur tout en la rendant

⁹³ G.LYON-CAEN, Rapport «Les libertés publiques et l'emploi », Rapport au Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, 1992, Documentation française.

⁹⁴ Pr. RIVERO, « Les libertés publiques dans l'entreprise », DS 1982, p.424.

⁹⁵ A. LYON-CAEN, séminaire « le pouvoir », préc.

⁹⁶ H. BOUCHET, « A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié », préc.

⁹⁷ P-H.ANTONMATTEI, « NTIC et vie personnelle au travail », DS janvier 2002, p.37

plus vulnérable aux atteintes. Il est normal dans ce contexte que les droits et libertés protégés du salarié aient fortement évolué.

Section 1 . L'évolution des limites au pouvoir de contrôle de l'employeur

« Pouvoir d'un côté, liberté de l'autre »⁹⁸. C'est ainsi que le doyen Philippe Waquet résume le conflit opposant droits des salariés et droits de l'employeur dans le cadre de l'entreprise. Cependant cette phrase soulève des interrogations. Elle semble adaptée à la notion de vie privée dont la jurisprudence et le législateur ont à présent très clairement fixé les contours. Mais la liberté du salarié peut-elle actuellement se limiter à la seule protection de cette « intimité de la vie privée » ? Sans aucun doute, la réponse est négative. Si les fondements du pouvoir semblent connus, la définition de la liberté du salarié dans l'entreprise pose plus de difficultés. Or la conception de l'exercice du pouvoir dépend fortement de la définition donnée à la limite qu'on lui assigne.

Sous-section 1 : De l'invocation de la protection de la vie privée

La vie privée peut être définie pour le professeur Rivero comme la « sphère de chaque existence dans laquelle nul ne peut s'immiscer sans y être convié »⁹⁹. Ce sanctuaire forme une limite rigide et insurmontable au pouvoir de l'employeur. Cependant l'utilisation de cette notion suppose un cadre de référence difficile à retrouver lorsqu'il s'agit de l'aborder sous l'angle d'Internet et des nouvelles technologies.

a. Pouvoir de contrôle de l'employeur et sphère de la vie privée

- Reconnaissance de la notion de vie privée

L'article 9 du Code civil, issu de sa rédaction remodelée par la loi du 17 juillet 1970¹⁰⁰ affirme avec force que « *chacun a droit au respect de la sa vie privée* ». Cette règle va peu à peu s'enraciner dans les différentes branches du droit et devenir un droit fondamental attaché à la personne.

⁹⁸ P. WAQUET, « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », DS décembre 2000, p.1051.

⁹⁹ Pr. RIVERO, « Les libertés publiques », préc.

¹⁰⁰ Loi du 17 juillet 1970, n°70-643

L'importance de ce principe du « respect de l'intimité de la vie privée » peut se juger à sa reconnaissance par les normes ayant la plus haute autorité. En effet, le Conseil constitutionnel reconnaîtra dans sa décision « Vidéosurveillance » de 1995 que « *la méconnaissance du droit à la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle énoncée à l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789* »¹⁰¹.

La vie privée fait également l'objet d'une protection au niveau européen. Elle est tout d'abord reconnue par l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, intitulé « *droit au respect de la vie privée et familiale* », qui énonce que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». La Cour Européenne des Droits de l'Homme en fait une interprétation extensive puisqu'elle a utilisé cette disposition pour protéger la vie sexuelle de l'individu¹⁰², ou encore sanctionner des violations du secret des correspondances¹⁰³, des atteintes lors de perquisitions¹⁰⁴, d'écoutes téléphoniques¹⁰⁵ ou de mise en place de fichiers¹⁰⁶. La même solution sera appliquée aux relations de travail dans deux arrêts du 23 novembre 1992 (N. c/ Allemagne) et 27 mai 1997 (H. c/ Royaume-Uni).

L'Union européenne a pour sa part reconnu l'importance de la notion de vie privée à l'occasion de sa récente Charte adoptée à Nice en décembre 2000. L'article 7 de ce texte énonce que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications* ».

Dès le début des années 90, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est attachée à poser qu'en dehors de la vie professionnelle, c'est-à-dire hors du temps et du lieu de travail, la liberté et l'autonomie du salarié primaient. Les magistrats ont ainsi rejeté la possibilité pour l'employeur de prendre en compte dans la relation de travail des faits relevant de la vie extra-professionnelle du salarié¹⁰⁷. Un arrêt du 29 novembre 1990 a

¹⁰¹ DC 18 janvier 1995, Vidéosurveillance, n°94-352 ; confirmée par DC du 23 juillet 1999, CMU, décision n°99-416, D. 2000, p.423

¹⁰² CEDH, 26 mars 1985, X et Y c/ Pays-Bas, Série A, n°91; CEDH, 26 octobre 1988, Norris, série A, n°142.

¹⁰³ CEDH, 25 mars 1983, Silver; CEDH, 28 juin 1994, Campbell et Fell.

¹⁰⁴ CEDH, 16 décembre 1992, Niemetz c/ Allemagne, Série A, n°251-B.

¹⁰⁵ CEDH, 23 novembre 1993, A c/ France, Série A, n°251-B.

¹⁰⁶ CEDH, 26 mars 1987, Leander c/ Suède, Série A, n°116.

¹⁰⁷ J-Y.FROUIN, « la protection des droits de la personne et des libertés du salarié », CSBP, 1998, n°99, p.123

retenu « *qu'un licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs et que la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soit un motif de licenciement* »¹⁰⁸. Cette solution entame fortement la subjectivité du jugement patronal.

La Haute juridiction a accentué la protection du salarié en reconnaissant qu'il ne pouvait être procédé à un licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié que si le comportement de celui-ci, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé dans l'entreprise¹⁰⁹.

Cette jurisprudence a donné à la vie privée une force particulière puisque l'exception à la non-prise en compte des faits issus de la vie extra-professionnelle est envisagée de manière très restrictive¹¹⁰. L'entorse à la protection de la sphère de la vie privée n'est envisageable que pour ce que certains auteurs ont appelé « les entreprises de tendance ». La dérogation est donc entendue de manière extrêmement restrictive par les magistrats¹¹¹.

La vie privée bénéficie ainsi d'une considération importante de la part des tribunaux qui n'hésitent pas à sanctionner les atteintes qu'elle peut subir notamment de la part des employeurs. Le comportement du salarié dans sa vie autre que professionnelle ne saurait lui être reproché par son employeur à raison de l'existence du contrat de travail, à moins qu'il n'en résulte des répercussions sur la vie de l'entreprise. Le sanctuaire que constitue la vie privée a d'ailleurs été récemment réaffirmé par l'arrêt Zurich Assurances contre Abram du 2 octobre 2001 où la chambre sociale rappelle que le « *salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail* »¹¹². Pour un droit à la déconnexion...

Cette importance de la protection de la vie privée n'a d'ailleurs pas laissé indifférents les rédacteurs de chartes Internet dans les entreprises. Il suffit de lire les sept principes pour le respect de l'internaute de la charte Vivendi-Universal (annexe) : « *Certains droits*

¹⁰⁸ Soc. 29 novembre 1990, bull. n°598

¹⁰⁹ Soc. 20 novembre 1991, bull. n°512 ; Soc. 22 et 29 janvier 1992, DS avril 1992, p.334

¹¹⁰ M-C.ESCANDE-VARNIOL, « Les éléments constitutifs d'une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif extraprofessionnel », RJS 7/93

¹¹¹ J.SAVATIER, « Portée de l'immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle », DS juin 2003, p.625.

¹¹² Soc., 2 octobre 2001, Zurich Assurances contre Abram, DS novembre 2001, p.920. , J-E RAY.

fondamentaux doivent être respectés lors de toute collecte ou traitement de données personnelles, et des mesures techniques prises pour les sécuriser. » (art.1^{er}) « Il est important de respecter la liberté d'expression et la confidentialité des messages privés » (art.2).

- Le contenu de la notion de vie privée

L'étendue de la notion de vie privée semble bien définie. Selon le professeur Robert, elle pourrait être découpée en trois éléments. Le premier serait le respect des comportements de la personne. Seraient concernés par cette catégorie, l'apparence de la personnalité, l'authenticité de la personne, les préférences sexuelles, les opinions politiques ainsi que son domicile. Le deuxième aspect de la vie privée résiderait dans le respect de l'anonymat de chaque individu notamment par le biais de son droit à l'image, la protection de sa voix ou encore de ses informations nominatives. Enfin, le troisième élément serait constitué du respect des relations de la personne en y incluant le secret des correspondances, la protection des relations familiales et sentimentales¹¹³. Il convient d'ajouter que la protection de la vie privée implique la protection des données personnelles de l'individu par les dispositions de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978¹¹⁴.

Selon le Professeur Kayser, la protection de la vie privée désigne « les règles juridiques qui ont pour but de protéger les personnes contre deux variétés d'atteintes : la divulgation de leur vie privée, c'est à dire la révélation au public, ou à un grand nombre de personnes, d'éléments de leur vie personnelle et familiale ; l'investigation dans la vie privée, c'est-à-dire la recherche d'éléments faisant partie de la protection de celle-ci »¹¹⁵.

- Vie privée et détournement de pouvoir

L'analyse du contenu de la vie privée montre que l'utilisation de cette notion entraîne un découpage classique des temps de la vie du travailleur. L'intimité de la vie privée ne représente que le droit au respect des comportements et actes accomplis en dehors du

¹¹³ « La protection de la vie personnelle du salarié au travail », Semaine sociale Lamy, juin 1999, n°940, p.3

¹¹⁴ A.MOLE, « Au-delà de la loi informatique et libertés », DS juin 1992, p.603

¹¹⁵ P.KAYSER, « Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles, Mélanges Marty, p.725, in J.SAVATIER, « La protection de la vie privée des salariés », DS avril 1992, p.329.

temps et du lieu de travail¹¹⁶. On isole ainsi deux sphères bien distinctes et non destinées, sauf exception, à se rencontrer : la sphère professionnelle et la sphère de la vie privée.

Cette conception des espaces de liberté s'accompagne d'un contrôle de l'employeur en terme de détournement de pouvoir. En effet, l'appel à la notion de vie privée construit comme nous l'avons vu une vision binaire de la vie du salarié. Le pouvoir de l'employeur, et notamment son pouvoir de contrôle s'exerce dans cette optique au sein de l'entreprise pendant le temps et sur le lieu de travail. Ainsi, dès que le pouvoir de l'employeur empiète sur le domaine défini de la vie privée, le détournement de pouvoir est constitué.

Le détournement de pouvoir est un contrôle des mobiles, c'est-à-dire un contrôle visant à vérifier si l'employeur n'a pas exercé son pouvoir dans une fin autre que celle en vue de laquelle ces prérogatives lui ont été reconnues¹¹⁷. Le détournement de pouvoir est caractérisé à partir du moment où l'atteinte à la vie privée est constituée. Le professeur Jean Savatier met en évidence ce lien entre reconnaissance de la vie privée et contrôle du détournement de pouvoir : « ...à l'égard de l'employeur, la protection de la vie privée du salarié se traduit plutôt par le caractère abusif du licenciement dont est victime le salarié [...], que par une sanction directe des actes d'atteinte à l'intimité de la vie privée commis par l'employeur »¹¹⁸.

Cependant, le découpage construit autour de l'opposition vie privée – vie professionnelle connaît des limites dans son application à l'utilisation d'Internet et à la reconnaissance de droits et libertés au salarié dans l'entreprise. Il ne s'agit plus seulement d'accorder la protection du salarié en dehors de l'entreprise, mais de permettre l'expansion de cette liberté sur le lieu même de travail.

¹¹⁶ O.DE TISSOT, « La protection de la vie privée du salarié », DS mars 1995, p.222

¹¹⁷ P. LOKIEC, « Contrat et pouvoir », Thèse 2002, p.339

¹¹⁸ J.SAVATIER, « La protection de la vie privée des salariés », préc.

b. L'application difficile de la notion de vie privée à l'utilisation d'Internet par le salarié.

- Secret des correspondances et vie privée.

Le secret des correspondances est un droit attaché au respect de la vie privée¹¹⁹. Ce type de communication bénéficie d'une protection particulièrement importante si l'on en juge par la sanction pénale qui lui est attachée par l'article 226-15 du Code pénal. Cette disposition réprime le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer les correspondances émises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions¹²⁰; infraction punie d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende.

Cet aspect de la vie privée que l'on croyait désuet s'est retrouvé sur les devants de la scène juridique à l'occasion de l'arrêt Nikon rendu par la chambre sociale le 2 octobre 2001¹²¹. La Cour de cassation se trouvait pour la première fois confrontée à la question de l'exercice des libertés du salarié dans l'entreprise par le biais de l'utilisation de l'outil informatique et d'Internet.

L'affaire mettait en cause un employeur qui avait ouvert le courrier électronique ou « courriel » enregistré sur le disque dur de l'ordinateur d'un des salariés. Ce dernier était en effet soupçonné de mener une activité parallèle pendant son travail. La direction ayant eu confirmation de ses suppositions, elle entreprit de licencier M. Onof. La Cour devait se prononcer sur l'étendue de la liberté du salarié et corrélativement sur l'étendue du pouvoir de l'employeur. La solution fut la suivante :

¹¹⁹ Loi du 10 juillet 1991

¹²⁰ S.BREZIN et I.DE BENALCAZAR, « L'application du principe du secret de la correspondance aux courriers électroniques reçus ou émis à l'aide d'un outil informatique à usage professionnel », Travail et Protection sociale, janvier 2002, p.5.

¹²¹ Soc. 2 octobre 2001, Nikon, G.LYON-CAEN, « retour sur l'arrêt Nikon », Semaine sociale Lamy, mars 2002, n°1065, p.5 ; J-E.RAY « Courrier privé et courrier personnel », DS novembre 2001, p.915 ; S.KEHRIG, « Disque dur de l'employeur et vie personnelle du salarié », Semaine sociale Lamy, octobre 2001, n°1045, p.6 ;

« Même au temps et au lieu de travail, le salarié a droit au respect de l'intimité de sa vie privée, qui inclut en particulier le secret des correspondances.

L'employeur ne peut dès lors, sans porter atteinte à cette liberté fondamentale, prendre connaissance des messages personnels émis ou reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail, et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ».

La référence à l'« intimité de la vie privée » et au secret des correspondances relèvent d'un découpage classique des espaces que l'on retrouve dans cet arrêt au niveau du courriel¹²². L'employeur peut contrôler le courriel professionnel, les autres appartenant au domaine sacré de la vie privée. Cette solution tient à conserver une appréhension du contrôle du pouvoir de l'employeur sous l'angle du détournement de pouvoir. La surveillance du courrier électronique est acceptée tant qu'elle ne se détourne pas de sa finalité en contrôlant le courrier personnel.

Cette position très tranchée n'est autre que la transposition à l'utilisation plus récente de l'informatique d'anciennes solutions retenues pour le courrier papier¹²³. Un jugement du Tribunal correctionnel du 2 novembre 2000 avait déjà interpellé la doctrine en condamnant un responsable de services d'un département de recherche universitaire au plan pénal pour violation de correspondances par voie de télécommunication¹²⁴.

L'application délicate de la notion de vie privée au travers du secret des correspondances a fait l'objet de nombreuses critiques. La solution même de l'arrêt Nikon montre son partage entre l'analyse classique en terme de défense du domaine de la vie privée et la reconnaissance nécessaire d'une protection plus étendue du salarié mais corrélativement plus souple. Cette hésitation se traduit par une certaine ambiguïté terminologique que laisse planer la Cour de cassation employant dans la même phrase les termes « intimité de la vie privée » et vie personnelle.

¹²² Ce découpage a également été retenu par le Tribunal Supérieur de Justice de Catalogne (19 août 2002). Il invoque le secret des correspondances pour interdire à l'employeur l'ouverture des comptes de messagerie personnels de ses salariés. www.droit-technologie.org

¹²³ Crim. 18 juillet 1973, B.Crim. n°336; 4 décembre 1974, Gaz. Palais 1975, som.p.93 ; 17 février 1988, B.Crim. n°82. Dans ces arrêts la chambre criminelle avait jugé que l'ouverture volontaire du courrier adressé à un salarié constituait un délit.

¹²⁴ Trib. Correct., 2 novembre 2000, RJS 2/01, n°166; D.2000, n°41, note Rapp. Voir A.DE SENGA, « Libres propos concernant l'usage de la messagerie électronique professionnelle par les salariés » (en marge du jugement du TGI de Paris, Dr. ouvr. Février 2001,p. 65

- L'inadaptation de la notion de vie privée à l'exercice des libertés dans l'entreprise.

L'application du principe du secret des correspondances aux courriels a fait l'objet de nombreuses critiques de la part de la doctrine. En effet, la notion de vie privée semble aujourd'hui en partie inadaptée au lieu de l'entreprise pour diverses raisons.

Tout d'abord, l'utilisation d'Internet sur le lieu de travail tend à opérer une brouille des frontières entre vie professionnelle et vie extra-professionnelle. « Le triptyque, unité de temps, unité de lieu et unité d'action, caractéristique de travail industriel a vécu... »¹²⁵. L'utilisation de l'informatique et l'abstraction de plus en plus prononcée des tâches des travailleurs crée un phénomène « d'ubiquité du travail »¹²⁶. Comme le résume efficacement le Professeur Jean-Emmanuel Ray : « Chez soi au bureau et son bureau chez soi ». Internet et l'usage de l'ordinateur permet de transporter le travail hors les murs de l'entreprise mais aussi d'accéder plus facile au monde extérieur en restant à son poste de travail. Le cadre classique de référence sur lequel s'est construit la notion de vie privée est remis en cause.

L'outil informatique fournit aujourd'hui de nombreux moyens de communications facilitant le lien entre le salarié et ses proches. En plus de la boîte de courrier électronique, le travailleur peut se déplacer de sites en sites grâce à sa connexion et ainsi effectuer sans bouger des actes de la vie courante (réserver un billet de train, contacter une administration, effectuer des opérations bancaires...).

Internet est aussi un formidable vecteur de la liberté d'expression par l'intermédiaire des forums de discussions ou « chat ». La chambre sociale a réaffirmé récemment la liberté d'expression dont « *sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et hors de celle-ci...* » au visa de l'article L.120-2 du Code du travail dans sa décision *Pierre contre SNS Sanijura* du 14 décembre 1999¹²⁷.

La brouille des frontières entre le lieu de travail et l'espace de liberté du salarié rend la notion de vie privée délicate à utiliser. De nombreux écrits ont à ce sujet mis en doute l'efficacité d'un tel découpage entre courriel personnel et courriel professionnel. Il reste en

¹²⁵ P-H.ANTOMATTEI, « NTIC et vie personnelle au travail », DS janvier 2002, p.37

¹²⁶ J-E.RAY, « De la sub/ordination à la sub/organisation », DS janvier 2002, p.5

¹²⁷ J.DUPLAT, « Droit d'expression et liberté d'expression des salariés dans l'entreprise », DS février 2000, p.163.

effet délicat de distinguer le caractère du courriel. Il peut mélanger ainsi les deux aspects. De plus, il est souvent nécessaire d'ouvrir ce courriel pour en déterminer la véritable nature¹²⁸. Enfin, certains craignent que cette protection ne permettent à des salariés mal intentionnés de profiter de cette « inviolabilité proche de l'extraterritorialité »¹²⁹.

Internet constitue ainsi un vecteur de ce développement de l'exercice des libertés dans l'entreprise. Dans ce contexte, la notion de vie privée n'apparaît plus adaptée puisqu'elle avait pour objet premier de protéger les comportements extérieurs à l'entreprise du pouvoir de l'employeur.

La notion de vie privée semble aujourd'hui trop restreinte. Le professeur Jean Savatier¹³⁰ et le doyen Philippe Waquet¹³¹ ont montré tous les deux que cette notion n'englobait pas toutes les libertés du salariés. Ainsi certaines libertés publiques telles la liberté d'expression ou la liberté religieuse sont extérieures au domaine de la vie privée. « Si la notion de vie privée n'est pas à abandonner, elle doit être dépassée pour prendre en considération d'autres aspects de la vie du salarié ». Le dépassement nécessaire du cadre de la vie privée a ainsi permis l'émergence de la notion de vie personnelle.

Sous-section 2 : ...à l'invocation de la vie personnelle du salarié

La création de la notion de vie personnelle répond à un besoin : « Il s'agit de reconnaître que le salarié, malgré le lien de subordination qui caractérise le contrat de travail, conserve une autonomie »¹³².

a. La reconnaissance de la notion de vie personnelle du salarié

La réflexion menée sur la séparation entre la vie professionnelle et la vie personnelle prend naissance dans les années 60 au travers des écrits du Professeur Michel Despax qui propose la construction de la notion de « vie extraprofessionnelle »¹³³. Il est le premier auteur à s'intéresser directement à la vie du salarié en dehors du temps et du lieu de travail.

¹²⁸ A. MOLE, « Mails personnels et responsabilités : quelles frontières ? », préc.

¹²⁹ J-E.RAY, « Le droit du travail à l'épreuve des NTIC », Editions liaisons, coll. Droit vivant.p.121-126.

¹³⁰ J.SAVATIER, « La protection de la vie privée des salariés », préc.

¹³¹ P.WAQUET, « La vie personnelle du salarié », Mélanges en l'honneur de J-M.VERDIER, 2001

¹³² P.WAQUET, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », CSBP 1994, n°64, p.289.

¹³³ M.DESPAX, « La vie extraprofessionnelle et son incidence sur le contrat de travail », JCP 1963, I 1776.

Sa démarche redeviendra d'actualité avec la découverte des insuffisances de la notion de vie privée et la prise en compte du changement des cadres classiques d'exercice du travail.

La première étape de la prise de conscience d'une évolution nécessaire des concepts juridiques a été marqué par l'arrêt Rossard de la chambre sociale du 22 janvier 1992¹³⁴. Dans cette affaire, une salariée travaillant pour le compte d'une concession Renault avait été licenciée pour avoir fait l'acquisition d'un véhicule de la marque Peugeot. Visant l'article 9 du Code civil, les juges ont considéré que le salarié était « libre d'acheter les biens, produits ou marchandises de son choix ». Cette solution fut l'illustration très nette de l'utilisation inappropriée de la notion de vie privée pour la protection d'une liberté publique.

Le Professeur Jean Savatier ainsi que le Professeur Gérard Lyon-Caen soulignent à cette époque que la réflexion des tribunaux doit s'orienter vers la définition des limites de la subordination caractérisant le contrat de travail, c'est-à-dire la détermination de cette « part irréductible de liberté »¹³⁵. Ces prises de position motiveront l'adoption de la loi du 31 décembre 1992 visant à protéger les droits fondamentaux du salarié.

L'inadaptation soulignée par la doctrine de la notion de la vie privée à l'exercice des libertés du salarié dans le cadre de l'entreprise, a incité la jurisprudence à évoluer vers une appréhension plus large des droits du travailleur. C'est ainsi que la chambre sociale utilise pour la première fois le terme de « vie personnelle » dans son arrêt Delamaere du 16 décembre 1997¹³⁶.

L'évolution impulsée par les magistrats trouvera écho chez le législateur avec la loi Aubry du 13 juin 1998 relative à la réduction du temps de travail dans sa définition du travail effectif : « *la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles* » (art.L.212-4 c.trav.). Cette initiative reconnaît le possibilité pour le salarié de bénéficier de moment d'autonomie sur son lieu de travail.

¹³⁴ J.SAVATIER, « La protection de la vie privée des salariés », préc.

¹³⁵ LYON-CAEN, Rapport « Les libertés publiques et l'emploi », 1992, préc.

¹³⁶ Soc.16 décembre 1997, n°95-41.436. Il s'agissait d'un salarié licencié pour faute grave à la suite de sa condamnation par un tribunal correctionnel pour aide au séjour irrégulier d'un étranger. La Cour a considéré que « *le fait imputé relevant de sa vie personnelle ne pouvait constituer une faute* ». Voir aussi Soc.7 mai 1997 Sté HLM Provence Logis c./ Arnoux, bull. V n° 175.

Cette mutation vers la reconnaissance de la notion de vie personnelle fut aussi confirmée par la transposition de la directive communautaire du 23 novembre 1993 instituant une véritable obligation de repos.

La consécration de cette nouvelle notion interviendra avec l'arrêt Nikon à l'occasion d'une question touchant l'utilisation d'Internet au sein de l'entreprise. Les juges affirment sans détour que « *même au temps et au lieu de travail, le salarié a droit au respect de l'intimité de sa vie privée, qui inclut en particulier le secret des correspondances* ». La révolution est tellement importante qu'elle fait écrire au Professeur Gérard Lyon-Caen qu'« au travail, le salarié est comme chez lui ».

Désormais, la part d'autonomie du salarié sur son lieu de travail est consacrée et à présent protégée. Le travailleur ne semble plus pouvoir se voir interdire l'usage non professionnel de son outil informatique. Cependant le contenu de la notion de vie personnelle possède le défaut de sa jeunesse : le flou de ses contours.

b. Contenu et portée de la notion de vie personnelle

Le contenu de la notion de vie personnelle doit être défini par rapport à la notion mieux circonscrite de vie privée. Selon le Professeur Robert, la vie personnelle englobe la vie privée du salarié mais s'étend également aux libertés civiles et à l'exercice de la citoyenneté. Les libertés civiles incluent pour leur part la liberté de se marier, de divorcer, la liberté d'être propriétaire et de consommer. De plus, le salarié, en tant que citoyen, possède sa liberté d'opinion, de participation à la vie politique, associative ou surtout syndicale¹³⁷.

Selon les professeurs Antoine Lyon-Caen et Isabelle Vacarie¹³⁸, la notion de vie personnelle a un triple intérêt. Elle protège tout d'abord les conduites publiques du salarié et les soustrait en partie à l'aire de l'autorité patronale. Ensuite, cette notion invite à admettre que, dans l'espace de travail, des initiatives du salarié échappent même à l'autorité de l'employeur parce qu'elles relèvent de la vie personnelle. Enfin, elle se

¹³⁷ « La protection de la vie personnelle du salarié au travail », préc.

¹³⁸ A.LYON-CAEN et I.VACARIE, « Droits fondamentaux et droit du travail », préc.

distingue, non sans qu'il existe des recoupements, des droits fondamentaux et des droits des personnes et libertés individuelles et collectives.

Les auteurs en concluent que « la vie personnelle forme beaucoup plus un vecteur du contrôle de l'autorité patronale qu'une réplique partielle des droits fondamentaux de la personne ».

Dans cette optique, la vie personnelle ne se conçoit donc que dans son articulation avec la vie professionnelle. La coexistence de libertés et droits de même valeur dans le même espace, à savoir pouvoir de contrôle de l'employeur et vie personnelle dans l'entreprise, invite le système juridique à créer un contrôle reposant sur un mécanisme de conciliation. « Les libertés des salariés s'exercent au sein de l'entreprise dans le respect du pouvoir de direction de l'employeur et dans la nécessité de protéger les intérêts légitimes de l'employeur »¹³⁹.

Section 2 : Pouvoir de contrôle et principe de proportionnalité : la coexistence pouvoir - liberté.

L'exigence toujours croissante de justification demandée aux titulaires du pouvoir dans l'entreprise, accompagnée d'un développement important des droits et libertés de la personne, ont tous deux contribué à un renforcement du contrôle opéré par les juges sur l'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur.

Le contrôle par la technique classique du détournement de pouvoir semblait dans ce contexte inadaptée. Cette technique primaire s'attachait en effet à l'appréciation des mobiles de l'employeur. La subjectivité du contrôle en faisait la faiblesse. Il se rapprochait en fait d'un simple contrôle de la mauvaise foi dans l'exercice du pouvoir. Le renforcement du contrôle du pouvoir de l'employeur visible dans le droit du travail ne pouvait se cantonner à un contrôle du détournement de pouvoir.

C'est ainsi que les tribunaux sont passés d'un contrôle des mobiles à un contrôle des effets de la décision patronale. Selon Pascal Lokiec, ce raisonnement permet au juge, non pas de

¹³⁹ C.PIZZIO-DELAPORTE, « Libertés fondamentales et droits du salarié : le rôle du juge », DS avril 2001, p.404.

vérifier si la finalité poursuivie par le titulaire du pouvoir est identique à celle attribuée par la norme, mais de contrôler si cette décision prise par l'employeur, appréciée notamment par rapport aux moyens mis en œuvre, permet objectivement de satisfaire la valeur ou l'intérêt qui sous-tendent le standard¹⁴⁰.

L'appréciation des effets de la décision ouvre ensuite la voie de plusieurs techniques de contrôle et notamment celle du principe de proportionnalité qui paraît la plus adaptée à réaliser la conciliation entre des valeurs de même importance. Le principe de proportionnalité est en effet essentiellement un principe de modération du pouvoir. La recherche d'équilibre permise par cette technique montre son utilité dans un environnement où l'utilisation d'Internet et de l'outil informatique brouille les cadres classiques de référence.

Sous-section 1 : Naissance et généralisation du principe de proportionnalité

L'utilisation du principe de proportionnalité n'est pas récente. Cette technique de contrôle est née en Prusse à la fin du XIX^{ème} siècle et s'est étendue progressivement d'abord aux pays germaniques, puis à toute l'Europe¹⁴¹. Rapidement ce principe va se propager aux différentes branches du droit et aux diverses juridictions. Cette technique de contrôle dont la paternité est attribuée au Conseil d'Etat structure aujourd'hui une grande partie des raisonnements des tribunaux. Cette évolution n'a pas épargné le droit social qui découvre depuis peu l'intérêt de la notion.

a. L'émergence du principe de proportionnalité

- L'expansion du principe de proportionnalité.

Le principe de proportionnalité est né au début du siècle dernier dans le giron de la jurisprudence administrative. Le Conseil d'Etat pose dès le 19 février 1909 dans son arrêt Abbé Olivier qu'un maire « *doit concilier l'accomplissement de sa mission [de maintien de l'ordre] avec le respect des libertés garanties par les lois* »¹⁴². Cette naissance s'inscrit

¹⁴⁰ P. LOKIEC, « Contrat et pouvoir », Thèse 2002, p.343.

¹⁴¹ M.FROMONT, « Le principe de proportionnalité », AJDA 20 juin 1995, n°spécial.

¹⁴² CE, 19 février 1909, Abbé Olivier, Rec. P.181 ; D. 1910.3.121, concl. CHARDENET.

dans la nécessité de limiter le pouvoir de l'Etat et l'utilisation des prérogatives de puissances publiques, en prenant désormais en compte l'intérêt du citoyen, de l'administré. Le premier des pouvoirs est celui de l'Etat; les pouvoirs privés n'étant que dérivés et attribués par la loi. Il est dès lors logique que ce contrôle plus poussé du pouvoir ait vu le jour dans le droit public.

La reconnaissance d'un principe de proportionnalité sans référence à l'intention du législateur est intervenu dans le célèbre arrêt Benjamin¹⁴³ de 1933 concernant la liberté de réunion. A partir de cette affaire, le Conseil d'Etat applique ce nouveau contrôle à tout type de contentieux, et notamment à celui concernant la protection de certains droits sociaux. C'est ainsi que l'on retrouve une application du principe de proportionnalité à l'exercice du droit de grève¹⁴⁴, au licenciement d'un délégué du personnel¹⁴⁵, mais aussi au travers de l'arrêt Peintures Corona du 1^{er} février 1980¹⁴⁶ retenant à propos des clauses d'un règlement intérieur d'entreprise, qu'« *eu égard à l'atteinte qu'elles portent aux droits de la personne* », les dispositions litigieuses « *excèdent, par leur généralité, l'étendue des sujétions que l'employeur pouvait légalement imposer en l'espèce en vue d'assurer la sécurité dans son entreprise* »¹⁴⁷.

Dès lors le principe de proportionnalité va se développer et être utilisé peu à peu par toutes les juridictions. C'est ainsi qu'il fait l'objet d'une reconnaissance par la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et du citoyen. En effet de nombreuses dispositions de la convention posent le principe de proportionnalité sous la forme suivante : il ne peut y avoir d'ingérences dans l'exercice d'un droit ou de restrictions apportées à une liberté que si celles-ci constituent des « *mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* » (articles 8, 9 10 et 11 de la Convention). Cependant, la Cour a appliqué le principe de proportionnalité en dehors des cas expressément prévus dès un arrêt du 23 juillet 1968 où elle exige qu'il existe un rapport

¹⁴³ CE, 19 mai 1933, Rec. Lebon p.541 ; S 1934.3.1, concl. MICHEL.

¹⁴⁴ CE, 7 juillet 1950, Dehaene, D. 1950.538, note GERVAIS.

¹⁴⁵ CE 5 mai 1976, SAFER d'Auvergne et ministre de l'agriculture c/Bernette, JCP 1976.II.18429, note Machelon.

¹⁴⁶ CE, 1^{er} février 1980, Ministre du travail c. / Sté peintures Corona, DS 1980, p.310, concl. BACQUET

¹⁴⁷ M.FROMONT, « Le principe de proportionnalité », préc.

raisonnable entre les moyens employés et le but visé pour qu'une discrimination ne soit pas arbitraire¹⁴⁸.

La reconnaissance du principe général de proportionnalité a également été posée par la Cour de justice des communautés européennes. La Cour affirme dans l'arrêt Rutili du 28 octobre 1975 que ce principe général est « *consacré par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales [...] et de l'article 2 du protocole n°4 [...] qui disposent en termes identiques que les atteintes portées, en vertu des besoins de l'ordre et de la sécurité publics, aux droits et garantis par les articles cités ne sauraient dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de ces besoins dans une société démocratique* ». La réception du principe de proportionnalité au niveau européen et communautaire n'est dès lors plus à démontrer.

Il faut enfin ajouter que ce mécanisme juridique imprègne également la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le principe de proportionnalité est en effet expressément reconnu par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen qui proclame : « *La loi doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ». C'est ainsi que le Conseil des neuf sages contrôle la proportionnalité des atteintes que la loi autorise de porter à certains droits garantis par la Constitution. Cette technique de contrôle permet surtout au juge constitutionnel de concilier des objectifs à valeur constitutionnelle et une liberté, ou alors deux libertés de même valeur. On peut prendre comme exemple la défense de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété dans ses décisions du 7 décembre 2000 (Loi SRU)¹⁴⁹ et du 12 janvier 2002 (Loi de modernisation sociale)¹⁵⁰.

Les diverses juridictions se sont donc appropriées cette technique de contrôle créée par le droit public. Cette évolution explique que l'on retrouve aujourd'hui l'exigence de proportionnalité dans les différentes branches du droit¹⁵¹. Ce mécanisme d'articulation des intérêts divergents est visible en droit pénal au travers de l'application des peines en fonction des sanctions constatées ou encore de la notion de légitime défense. On peut citer

¹⁴⁸ CE 23 juillet 1968, enseignement en Belgique, série A, n°8.

¹⁴⁹ DC du 7 décembre 2000, Loi SRU, Décision n°2000-436

¹⁵⁰ DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, Décision n°2001-455

¹⁵¹ N.MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », les Petites affiches n°117 du 30 septembre 1998. Dossier : Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?.

également des exemples dans le droit des sociétés lorsque le juge annule des clauses léonines dans la répartition des risques et bénéfices par le contrat de société. Le même raisonnement est appliqué lorsque le juge sanctionne des conventions réglementées, conclue entre la société et le dirigeant sans autorisation, ayant des conséquences dommageables pour la société¹⁵².

Le principe de proportionnalité s'est donc largement diffusé dans le droit privé et apparaît aujourd'hui un instrument privilégié du juge dans la résolution de certains contentieux. Il n'hésite pas à en faire usage à tous les stades du contrat¹⁵³ ou encore face à l'exercice des divers pouvoirs unilatéraux. Cependant, si le recours à cette notion s'est largement développé, le contenu de celle-ci reste encore quelque peu incertain.

- La nature du principe de proportionnalité

Selon les professeurs Antoine Lyon-Caen et Isabelle Vacarie, l'exigence de proportionnalité peut recouvrir deux sens différents¹⁵⁴. Elle peut d'abord être entendue comme l'adéquation entre la mesure adoptée et le but qu'elle vise¹⁵⁵. La proportionnalité devient alors un élément de justification de la restriction apportée à la liberté du salarié. Mais ce principe peut également devenir une fin en soi lorsqu'il intervient pour sanctionner une restriction à un droit fondamental en raison des conséquences excessives pour la salarié.

Dans sa première acception, le contrôle de proportionnalité s'approcherait d'un contrôle de rationalité ou de nécessité. L'appel à la notion anglo-saxonne de raisonnable pousse la juge à vérifier seulement si la décision est abstraitement apte à réaliser le but fixé, sans appréciation ensuite de son efficacité¹⁵⁶. Ce contrôle est assez faible. La vérification de l'adéquation de la mesure adoptée et le but qu'elle vise peut faire intervenir une exigence

¹⁵² R.VATINET, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ? », PA n°117,30 sept.1998, préc.

¹⁵³ D.MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », N.MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », H.LECUYER, « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », PA n°117, préc.

¹⁵⁴ A.LYON-CAEN et I.VACARIE, « Droits fondamentaux et droit du travail », préc.

¹⁵⁵ G.BRAIBANT, « le principe de proportionnalité », Mélanges Waline, 1979, p.297 ; M.FROMONT, « Le principe de proportionnalité », préc.

¹⁵⁶ P.LOKIEC, « Contrat et pouvoir », Thèse préc., p.344.

supplémentaire par le biais d'un contrôle de la nécessité¹⁵⁷. C'est un contrôle que l'on retrouve en partie dans le droit du licenciement économique¹⁵⁸ ou encore dans les décisions relatives aux clauses de non concurrence¹⁵⁹. L'exigence ici est plus marquée et le contrôle du juge plus poussé. Il ne suffit plus que l'exercice soit en adéquation avec le but qu'on lui assigne, les tribunaux exigent en plus que son exercice soit nécessaire, c'est-à-dire justifié au regard de la nature du but poursuivi.

Le contrôle de proportionnalité peut aussi intervenir pour sanctionner une restriction à un droit fondamental et devenir ainsi une fin en soi. C'est à ce niveau d'exigence que la proportionnalité prend toute son importance et son indépendance. Elle ne se confond plus avec la nécessité mais devient un mécanisme autonome ayant pour objet de « formaliser les conflits d'intérêt en mettant face à face un pouvoir et un ou des droits »¹⁶⁰. Contrairement au contrôle de nécessité, le contrôle de proportionnalité prend en compte les droits fondamentaux de la personne de l'assujetti. Il ne se conçoit donc que lorsqu'en face de la fin poursuivie par le pouvoir existe un droit bénéficiant de la même protection juridique de la part du juge¹⁶¹. Le contrôle de proportionnalité se place donc au-delà des contrôles de raisonnabilité et de nécessité même si les frontières et les nuances entre ces techniques sont ténues.

C'est essentiellement au travers de cette dernière conception du principe de proportionnalité que son étude devient intéressante dans ses relations avec le droit social.

b. Le principe de proportionnalité en droit social

L'apparition du principe de proportionnalité en droit social s'est faite au sein de l'article L.122-35 du Code du travail affirmant que le règlement intérieur d'une entreprise « *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* ». Cette disposition de la loi du 4 août 1982, inspirée

¹⁵⁷ M.BEHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif », PA n°117, préc.

¹⁵⁸ Soc. 30 novembre 1999, RJS 1/00, n°22 ; voir cependant AP 8 décembre 2000, SAT.

¹⁵⁹ Soc. 14 mai 1992, DS 1992 p.967 et Soc. 19 novembre 1996, Bull. V n°392.

¹⁶⁰ S.GUINCHARD, M.BRANDRAC, X.LAGARDE, M.DOUCHEY, « Droit processuel, droit commun du procès », Dalloz 2001, p.773.

¹⁶¹ A.LYON-CAEN, « Droit de l'emploi », cours du DEA de droit social paris X-Nanterre, 2003.

directement de la jurisprudence *Peintures Corona* de 1980¹⁶², introduit un principe d'intangibilité des libertés individuelles et collectives qui doit être protégé par ce mécanisme de conciliation que représente la proportionnalité.

Peu à peu, le principe de proportionnalité s'est affirmé en droit social. Il répondait en effet à deux attentes dans ce domaine : la réalisation de l'égalité de droits et le contrôle des restrictions apportées aux libertés dans l'entreprise¹⁶³. C'est ainsi que l'on retrouve des applications plus ou moins explicites de ce principe dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation. On peut citer comme exemple la jurisprudence relative au plan social. La Cour retient clairement que « l'appréciation de la pertinence du plan social...doit tenir compte d'un principe de proportionnalité »¹⁶⁴. Les solutions relatives à la rémunération peuvent fournir une autre illustration. En effet, la retenue sur salaire en cas d'inexécution du contrat doit être proportionnelle au temps de travail non accompli dès lors que la rémunération est fixée en temps de travail.

Sous-section 2 : Applications et imperfections du principe de proportionnalité

La propagation du principe de proportionnalité au droit du travail s'explique par la volonté des tribunaux d'encadrer le pouvoir de l'employeur, et notamment son pouvoir de contrôle, tout en protégeant les libertés du salarié dans l'entreprise. C'est ainsi, que la loi du 31 décembre 1992 a fait du principe de proportionnalité un principe d'application générale en insérant dans le Code du travail l'article L.120-2 : « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

a. Pouvoir de contrôle et contrôle de proportionnalité

Le contrôle de proportionnalité est la résultante de la montée en puissance du rôle régulateur du juge¹⁶⁵. Ce mécanisme permet un renforcement de l'appréciation souveraine du magistrat qui voit sa capacité de sanction de l'exercice du pouvoir renforcé, et bénéficie

¹⁶² A.BACQUET, Commissaire de gouvernement, « Règlement intérieur et libertés publiques », DS juin 1980, p.310

¹⁶³ A.MAZEAUD, « Proportionnalité en droit social », PA n°117, 1998, préc.

¹⁶⁴ Soc. 30 septembre 1997

¹⁶⁵ C.PIZZIO-DELAPORTE, « Libertés fondamentales et droits du salarié : le rôle du juge », DS avril 2001, p.404.

de notions réceptacles relativement souples, telles la vie personnelle, dont le flou lui donne l'occasion de moduler la protection du salarié.

Cependant, l'article L.120-2 n'est pas encore très utilisé par les tribunaux et les plaideurs l'ignorent pour beaucoup¹⁶⁶. Même si dans les cinq dernières années les décisions rendues au visa de cette disposition se sont multipliées, l'utilisation du principe de proportionnalité fait encore parfois preuve de timidité.

L'arrêt Nikon du 2 octobre 2001 en est un exemple frappant. Même s'il cite explicitement l'article L.120-2 et reconnaît l'existence d'une vie personnelle du salarié au sein de l'entreprise, la solution retenue comporte une certaine faiblesse. Le découpage assez rigide entre courriel personnel et courriel professionnel ne semble pas en adéquation avec l'équilibre recherché lors d'un contrôle de proportionnalité. Les juges s'arrêtent ici à la moitié du gué entre la sanction d'un détournement de pouvoir et un véritable contrôle de proportionnalité. Une jurisprudence claire sur le maniement de ce nouveau mécanisme est donc encore à attendre. L'arrêt Nikon est une solution transitoire laissant espérer de nouveaux développements.

Malgré ces hésitations, l'employeur se voit contraint, entre les articles L.120-2 et L.122-35 du Code du travail, au respect des libertés dans l'utilisation des deux normes jouant le rôle de vecteur de son pouvoir dans l'entreprise : l'acte unilatéral et le contrat de travail.

- Règlement intérieur et chartes Internet

C'est au sein de l'article L.122-35 du Code du travail que le législateur a entériné pour la première fois l'équilibre nécessaire entre les contraintes nées du fonctionnement de l'entreprise et le respect des droits et libertés du salarié. L'exercice de pouvoir normatif de l'employeur est très encadré puisque celui-ci doit consulter sur le contenu des clauses du règlement intérieur le comité d'entreprise, puis transmettre le document à l'inspection du travail qui en vérifiera la licéité¹⁶⁷.

La protection des libertés organisées par le Code du travail a fait ses preuves. Nombreux sont les exemples de clauses annulées par les magistrats en raison de l'atteinte excessive

¹⁶⁶ G.LYON-CAEN, J.PELISSIER et A.SUPIOT, Droit du travail, Dalloz, 1996

¹⁶⁷ A.BACQUET, « Règlement intérieur et libertés publiques », préc.

portée à la liberté des salariés¹⁶⁸ : clause interdisant toute conversation étrangère au service¹⁶⁹, clause autorisant la direction à ouvrir à tout moment les vestiaires et armoires individuelles¹⁷⁰ ou encore une clause permettant sans réserve à l'employeur de contrôler le taux d'alcoolisme des salariés¹⁷¹ ou de fouiller à tout moment les sacs, effets et véhicules des salariés¹⁷².

L'arrivée des nouvelles technologies dans le milieu de l'entreprise a posé la question du devenir du règlement intérieur dans un contexte de dématérialisation du travail, d'apparition de nouveaux modes de subordination et de suppression des frontières physiques de l'entreprise¹⁷³. Cependant, cet « acte réglementaire de droit privé » est revenu un sujet d'actualité avec l'émergence des Chartes Internet. En effet, quelle nature juridique attribuer à ces documents ? La réponse semble plus facile qu'elle ne paraît. Si la charte se borne à l'énoncé de quelques conseils d'ordre pratique ou moral, elle se voit dépourvue de charte juridique. Par contre, si elle a pour but de fixer des « règles générales et permanentes », ainsi que d'édicter des sanctions de comportement expressément visés, alors il convient d'intégrer cette charte au règlement intérieur et ainsi la soumettre aux mêmes formalités d'édiction¹⁷⁴.

Il est donc loisible à l'employeur de mettre en place certaines sanctions. Cette remarque est l'occasion d'évoquer très rapidement le pouvoir disciplinaire de l'employeur en matière d'utilisation de l'outil informatique. L'employeur conserve dans ce domaine le pouvoir de prononcer des mises à pied, des licenciements pour faute grave, ou encore de simples sanctions comme le retrait du matériel informatique. Cependant, il doit être attentif à une difficulté particulière posée par l'utilisation d'Internet : l'identification de l'auteur de la connexion. La prise d'une sanction disciplinaire suppose l'imputabilité d'une faute au subordonné sanctionné¹⁷⁵. Il est donc indispensable de pouvoir prouver que le matériel utilisé n'était utilisable que par le salarié concerné, notamment par la mise en place d'accès sécurisé avec « login » et mot de passe.

¹⁶⁸ P. WAQUET, « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », DS décembre 2000, p.1051.

¹⁶⁹ CE, 25 janvier 1989, Sté Sita, DS 1990 p.203

¹⁷⁰ CE 12 juin 1987, Sté Gantois, Rec. p. 208

¹⁷¹ CE 8 juillet 1988, Sté Comptoir Lyon, Rec. n°1043

¹⁷² CE 8 juillet 1988 et CE 11 juillet 1990, DA 990, IR 213.

¹⁷³ I.DE BENALCAZAR, « Nouvelles technologies et règlement intérieur », Travail et Protection sociale, octobre 2001, p..

¹⁷⁴ J-E RAY, « Le droit du travail à l'épreuve des NTIC », ouvrage préc.

¹⁷⁵ P. WAQUET, « Petite chronique de droit disciplinaire », DS septembre – octobre 2002, p.862.

On peut trouver dans la jurisprudence quelques exemples de reconnaissance de licenciements justifiés suite à une utilisation abusive de l'outil informatique et d'Internet. La Cour de cassation reconnaît ainsi dans un arrêt du 14 mars 2000 qu' « *en se bornant régulièrement, pendant le temps de travail et avec le matériel de l'entreprise, à des prises de paris, le salarié a commis une faute qui rendait impossible son maintien dans l'entreprise pendant le préavis et justifiait son licenciement immédiat* » (faute grave)¹⁷⁶. Même solution pour un « *salarié titulaire de fonctions d'encadrement qui avait consulté de nombreux comptes personnels, par pure curiosité personnelle et sans aucun lien ne puisse être établi avec ses tâches professionnelles* »¹⁷⁷. On peut encore évoquer la sanction du Conseil de prud'hommes de Paris à l'encontre d'un salarié envoyant et recevant des courriels personnels en violation des dispositions du règlement intérieur¹⁷⁸, ou encore un jugement du Conseil de prud'hommes de Montbéliard approuvant la mise à pied d'un comptable pour un usage massif de la correspondance privée avec une ancienne salariée, mais aussi communication d'informations confidentielles¹⁷⁹.

Les chartes Internet et leur assimilation au règlement intérieur a posé la difficulté de l'application du principe général de proportionnalité. En effet, de nombreux auteurs se sont interrogés sur la validité d'une interdiction totale de l'utilisation du matériel de l'entreprise à des fins non professionnelles ; interdiction foisonnant dans les chartes Internet. Le débat fut amorcé par l'arrêt Nikon reconnaissant le droit au temps et au lieu de travail à une vie personnelle, écartant l'interdiction absolue avancée par l'employeur. La majorité de la doctrine¹⁸⁰ en déduit désormais la nullité d'une telle clause en vertu du principe de proportionnalité affirmé aux articles L.122-35 et L.120-2 du Code du travail.

Le pouvoir unilatéral de l'employeur voit son encadrement renforcé par l'application à présent systématique du contrôle de proportionnalité à l'édiction des normes d'entreprise. On peut toutefois signaler l'inquiétude du professeur Marc Véricel¹⁸¹ formulée suite à

¹⁷⁶ F.LEMAITRE, « Jouer sur le lieu de travail est illégal, estiment les juges », Le Monde, 28 mars 2000.

¹⁷⁷ Soc. 18 juillet 2000.

¹⁷⁸ CPH Paris, 1^{er} février 2000.

¹⁷⁹ CPH Montbéliard, 198 septembre 2000.

¹⁸⁰ G.LYON-CAEN, « retour sur l'arrêt Nikon »; J-E.RAY « Courrier privé et courrier personnel », P-H ANATOMATTEI, « NTIC et vie personnelle au travail », préc. Dans un sens contraire, A.MOLE, « Débat autour de l'arrêt Nikon France », Sem.soc. Lamy, 15 octobre 2001, n°1046, p.12

¹⁸¹ M.VERICEL, « L'employeur dispose-t-il d'un pouvoir normatif en dehors du domaine du règlement intérieur ? », DS décembre 2000, p.1059.

l'arrêt Chicard du 11 juin 1998 rendu par le Conseil d'Etat¹⁸². Les juges ont reconnu fondé le licenciement d'un salarié en raison de la violation d'une « *règle à caractère déontologique contenue dans une note de service [...] alors même qu'elle n'avait pas été incorporée aux dispositions du règlement intérieur...* ». La référence déontologique attire l'attention dans un contexte de multiplication des codes de bonne conduite sur l'usage d'Internet. Ainsi, une note de service interdisant une manipulation quelconque de l'outil informatique peut-elle aussi être considérée comme une règle déontologique ? Une telle solution poserait de nombreuses difficultés dont la plus importante est évoquée par l'auteur : l'absence d'encadrement du pouvoir normatif de l'employeur et donc une protection inexistante des libertés du salarié. Cependant, cet exemple de la reconnaissance à l'employeur de la faculté de poser des règles en dehors du cadre normal du règlement intérieur, est isolé et sans réelle portée pour l'instant.

La protection des libertés face aux restrictions dont elles peuvent faire l'objet au travers du règlement intérieur semble assurée. C'est peut-être la solidité des solutions des tribunaux sur cette question qui a incité les employeurs à exercer leur pouvoir par l'intermédiaire du contrat de travail. La pratique montre d'ailleurs des entreprises qui ont tenté d'incorporer les chartes Internet au contrat de travail ne les faisant signer par leur salarié. Cette technique a été invalidée par les tribunaux conformément à la jurisprudence constante en ce domaine¹⁸³.

- Contrat de travail

Selon Pascal Lokiec¹⁸⁴, il existe une antinomie entre le contrat et le pouvoir. Le contrat est un accord de volonté alors que le pouvoir se caractérise par la faculté d'imposer à autrui sa volonté. L'auteur souligne ainsi l'existence d'un registre autonome pour le pouvoir bien distinct de celui du contrat.

Cependant, le contrat de travail marque son originalité puisqu'il place, par sa nature même, le salarié sous l'autorité de l'employeur et limite sa liberté. Le doyen Philippe Waquet

¹⁸² CE, 11 juin 1999, Chicard, D.2000, som.com. 88, obs. GIRODET ; RJS 8.9/99, n°1093, chron. p 631.

¹⁸³ TGI Créteil, 19 janvier 1995, RPDS 1996, p.15; Soc. 2 octobre 1997, RJS 1997 n°1236 et Soc. 11 janvier 2000, RJS 2000, n°151. in A. TEISSIER, « L'éthique, une norme de l'entreprise ? », préc.

¹⁸⁴ P.LOKIEC, « Contrat et pouvoir », Thèse préc., p.27.

envisage ici « le contrat comme mode de restriction des libertés »¹⁸⁵. En effet, les employeurs ont rapidement compris que leur position dominante dans la relation contractuelle leur permettait d'imposer aux travailleurs des clauses étendant leur pouvoir de direction.

L'avènement de l'article L.120-2 du Code du travail qui vient en introduction des dispositions générales sur le contrat de travail, s'inscrit dans le mouvement plus général de réduction de l'emprise du contrat sur la relation de travail¹⁸⁶. Le législateur et la jurisprudence ont œuvré à faire reculer le pouvoir matériel des parties par le contrôle de nécessité et de proportionnalité opéré sur les clauses stipulées dans les contrats de travail ?

Ce recul du principe de l'autonomie de la volonté s'est manifesté en premier lieu à l'occasion des clauses de non concurrence. Les tribunaux réclament depuis 1992 que ces clauses soient « indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise »¹⁸⁷ ou « justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché »¹⁸⁸. Le contrôle de proportionnalité s'est étendu ensuite aux clauses de mobilité et aux clauses d'exclusivité¹⁸⁹, clauses réclamant au salarié de consacrer l'essentiel de son activité à un seul employeur.

L'application d'un principe général de proportionnalité est une manifestation d'un droit de regard de plus en plus important du juge sur le pouvoir exercé par l'employeur, mais aussi la nette affirmation du magistrat comme l'un des garants des libertés dans l'entreprise¹⁹⁰. Cependant, si le contrôle de proportionnalité constitue un outil flexible permettant au juge un certain « forçage du contrat »¹⁹¹ protecteur du salarié, sa souplesse crée également certaines difficultés.

¹⁸⁵ P. WAQUET, « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », préc.

¹⁸⁶ C.RADE, « La figure du contrat dans le rapport de travail », DS septembre – octobre 2001, p.802.

¹⁸⁷ Soc. 14 mai 1992, Bull. n°309

¹⁸⁸ Soc. 11 juillet 2000, Mme Marchal, DS 2000, p.1141.

¹⁸⁹ Soc. 12 janvier 1999, Spillers, Bull. n°7

¹⁹⁰ C.PIZZIO-DELAPORTE, « Libertés fondamentales et droits du salarié : le rôle du juge », préc.

¹⁹¹ C.RADE, préc.

b. Les insuffisances du contrôle de proportionnalité

Le principe de proportionnalité montre une première insuffisance dans la sanction découlant du contrôle opéré. En effet, la question reste ouverte de la possibilité de retenir la nullité des sanctions contrevenant à l'article L.120-2. Cette orientation s'inscrirait dans la recherche d'un régime spécifique de protection des droits fondamentaux que réclame notamment le Professeur Jean-Maurice Verdier¹⁹². Si l'arrêt Nikon consacre un droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée, la sanction de l'atteinte à ce droit par l'employeur est encoure floue. La reconnaissance de l'absence de cause réelle et sérieuse d'un licenciement est certainement une sanction insuffisante.

Dans le même ordre d'idée, une insuffisance majeure avancée par la doctrine consiste également en l'imprévisibilité créée par l'utilisation du principe de proportionnalité. Le flou de la notion serait de nature « à accorder au juge un pouvoir de circonstance, dont l'anticipation n'est pas toujours possible ni le résultat souhaitable »¹⁹³. On peut légitimement se poser la question du seuil à partir duquel le principe de proportionnalité est déclenché, à partir de quel moment l'atteinte est excessive. Il est difficile de déterminer à partir de quel stade la disproportion doit être reconnue, et surtout à quelle sanction celle-ci doit être soumise¹⁹⁴. Les auteurs semblent réclamer plus de stabilité dans l'application du principe de proportionnalité.

Cependant, il faut replacer cette critique dans son contexte. La plupart de ces remarques traduisent une inquiétude quant à la remise en cause du modèle civiliste du contrat et au risque un peu exagéré d'une « révision générale et permanente des contrats »¹⁹⁵. La relation de travail est très différente et la sécurité contractuelle ne fait pas l'objet de la même attention. Dans l'entreprise, le rôle du principe de proportionnalité tient plus de la dissuasion, de la restauration d'un équilibre contractuel entre pouvoir et libertés, plutôt que de la remise en cause de la sécurité juridique des contrats. Cette juste remarque au plan civil ne trouve pas le même écho appliquée au particularisme du contrat de travail.

¹⁹² J-M. VERDIER, « Sur la protection spécifique des droits fondamentaux en droit du travail », DS 2001, p.1035.

¹⁹³ N.MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », préc.

¹⁹⁴ M.BEHAR-TOUCHAIS, « Conclusion », PA n°117, 1998, pré.

¹⁹⁵ N.MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », préc.

On peut tout de même formuler une autre critique plus générale du contrôle de proportionnalité en ce qu'il donne un rôle prépondérant au juge dans la protection des libertés dans l'entreprise. Cette protection est nécessaire mais insuffisante. L'exercice des libertés dans l'entreprise peut faire l'objet du même débat structurant depuis longtemps les questions du droit du travail, comme par exemple celle du droit du licenciement économique : ne faut-il pas envisager une protection avant les tribunaux alors que la relation de travail appartient souvent déjà au passé ? Le principe de proportionnalité montre la même faiblesse que tous les critères justiciables existants possèdent : son efficacité nécessite l'intervention du juge.

Conclusion

L'étude des fondements du pouvoir de contrôle de l'employeur révèle l'ambiguïté du discours tenu par les directions du personnel. La prise en compte des impératifs de sécurité informatique devenus primordiaux dans l'entreprise, cache très souvent une dérive vers un contrôle du travail des salariés. Hésitant entre sa qualité de propriétaire et d'employeur, le chef d'entreprise se trouve à la croisée des chemins entre le pouvoir sur les choses et la direction des travailleurs. L'usage d'Internet par l'entreprise crée ainsi un conflit entre atteintes aux biens et atteintes aux personnes. Cependant, le droit du travail, dans un contexte de développement des droits et libertés des salariés, a fait le choix de la primauté de la personne.

Ce choix est d'autant plus justifié que la frontière entre sécurité de l'entreprise et contrôle de la personne du salarié peut être dans une large mesure respectée par la technique. Nombreux sont les auteurs soulignant qu'un « contrôle du volume »¹⁹⁶ ou un « contrôle fonctionnel »¹⁹⁷, c'est-à-dire la vérification de la taille, de la fréquence, de la destination, et de la nature informatique (format HTML, JPEG,...¹⁹⁸) des messages et non du contenu, est tout à fait réalisable.

¹⁹⁶ Voir sur la possibilité de contrôle « en aveugle », A.MOLE, « Mails personnels et responsabilités : quelles frontières ? » préc. et le Rapport du Forum des droits de l'Internet 17 septembre 2002, p.22, www.foruminternet.org

¹⁹⁷ H. BOUCHET, rapport de la CNIL du 5 février 2002, p. 11, www.cnil.fr

¹⁹⁸ B. EGRET, « Les problèmes juridiques des logiciels indiscrets », présent sur www.droit-ntic.com

La proportionnalité réside également dans la question de la durée de conservation des données. Celle-ci doit être conforme à la finalité poursuivie par le traitement mis en place et ayant fait objet d'une déclaration à la CNIL. La mesure impose ici à la technique une conservation limitée dans le temps¹⁹⁹.

Avec le recul du domaine du discrétionnaire et de la théorie de l'employeur seul juge, le pouvoir du chef d'entreprise se voit de plus en plus contrôlé et soumis à des exigences de motivation. Le juge a pris la responsabilité de s'immiscer dans l'entreprise pour y rétablir l'équilibre contractuel faussé par la relation de travail. Le contrôle de proportionnalité constitue la plus marquante illustration de cette affirmation de la protection judiciaire du salarié.

Mais cette intervention extérieure s'avère insuffisante. Le magistrat ne possède qu'un pouvoir a posteriori. Le contrôle nécessite également une intervention à l'intérieur même de l'entreprise. Le droit doit, après avoir contraint le titulaire du pouvoir à se justifier, prévoir un rôle pour les acteurs soumis à ce même pouvoir. Il ne s'agit plus seulement de soumettre le pouvoir de l'employeur à celui des juges, mais de placer ses prérogatives sous la surveillance même d'autres acteurs. Le contrôle de l'usage de ses prérogatives par le chef d'entreprise doit s'effectuer en amont de la décision et non plus au seul stade de ses effets. Pour être efficace, le contrôle doit se faire au plus près du pouvoir.

¹⁹⁹ article 28 de la loi du 6 janvier 1978

PARTIE II

L'OBLIGATION DE TRANSPARENCE DANS L'EXERCICE DU POUVOIR DE CONTROLE DE L'EMPLOYEUR

L'ouverture du lieu de travail sur l'extérieur et le recul progressif du domaine du pouvoir discrétionnaire ont permis l'émergence du salarié citoyen. La relation de travail a laissé peu à peu place à l'avènement des droits et libertés fondamentales du salarié, et le pouvoir de l'employeur s'est affaibli sous l'effet des contraintes de motivation et de justification imposées par le législateur et les magistrats. L'entreprise assiste ainsi depuis une vingtaine d'année à la « démocratisation » du pouvoir de l'employeur²⁰⁰. Le contrôle de son pouvoir par d'autres instances devient envisageable. L'ouverture de l'entreprise à Internet participe à la démocratisation de l'espace de travail et s'inscrit dans une évolution du mode juridique d'exercice du pouvoir qui quitte ainsi le domaine discrétionnaire pour aller vers l'espace de la négociation. La transparence semble l'étape intermédiaire de cette évolution. L'information efface en partie l'unilatéralité du pouvoir de l'employeur, mais ne s'accompagne pas encore des prérogatives nécessaires à sa pleine utilisation.

« Le pouvoir arrête le pouvoir » écrivait Montesquieu. C'est très certainement la formulation de ce principe guidant le droit constitutionnel qui a inspiré l'idée de « contre-pouvoirs » au sein de l'entreprise avancée par certains auteurs²⁰¹. La collectivité des travailleurs et ses instances représentatives ont acquis peu à peu certaines prérogatives permettant l'exercice d'un contrôle interne du pouvoir au nom des salariés. Cette « institutionnalisation de pouvoirs compensateurs » décrite par Jean Savatier ne vise aucunement le partage de la gestion de l'entreprise mais plutôt l'amélioration des conditions de travail et le renforcement de la protection de l'individu.

²⁰⁰ A.SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », préc.

²⁰¹ A.SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », préc. ; J.SAVATIER, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », préc.

Le droit du travail s'oriente ainsi depuis quelques années vers un renforcement de la faculté de résistance et de contrôle de la part des salariés et de leurs représentants en leur attribuant un droit d'information sur l'exercice du pouvoir par l'employeur. Cette évolution s'inscrit dans un mouvement plus large dépassant les frontières du droit : la promotion de l'information²⁰². Cette tendance se traduit notamment par le développement des obligations d'information et de « transparence » dans toutes les relations juridiques existantes : médecin - patient, Administration - administré, professionnel – consommateur, etc...

Notre démocratie, qui se dirige de plus en plus vers une société de l'information, demande toujours plus de visibilité dans les processus de décisions, que ce soit au niveau politique, judiciaire ou économique. Cette montée en puissance de la « transparence »²⁰³ dans l'exercice du pouvoir s'est manifestée par un développement important des obligations d'information dans notre système juridique. C'est ainsi que le droit social redécouvre les implications du principe de loyauté dans les relations individuelles et collectives. Invoquant le contrat de travail et la relation de confiance sur laquelle il doit reposer, le juge oblige l'employeur à informer le salarié, voire à solliciter son consentement. Le législateur a également concouru à la loyauté dans les relations collectives en prévoyant l'intervention des représentants du personnel dans le processus de décision de l'employeur.

Ce droit à l'information développé au sein de l'entreprise peut constituer un « pouvoir compensateur » ou un « contre pouvoir » en se rapprochant de la notion de « pouvoir-savoir » évoquée par Pascal Lokiec dans sa thèse²⁰⁴. Ce pouvoir extrêmement diffus se caractérise par le fait ou la possibilité de détenir une information. Cette obligation d'information se conçoit essentiellement dans les relations inégalitaires et a ainsi pour but de rétablir le déséquilibre constaté et permettre le cas échéant l'exercice du pouvoir de négocier.

Le droit à l'information s'est ainsi naturellement accompagné d'un développement du pouvoir de l'expertise. Le transfert d'informations de plus en plus complexes par les directions nécessite la sollicitation de plus en plus fréquente de spécialistes pour que les détenteurs de ce pouvoir-savoir puissent l'exercer en connaissance de cause. Cette

²⁰² A.SUPIOT, « Travail, droit et technique », DS janvier 2002, p.13.

²⁰³ A.SUPIOT, « Travail, droit et technique », préc. ; H.BOUCHET, rapport de la CNIL du 5 février 2002, J-E RAY, préc. ; etc...

²⁰⁴ P.LOKIEC, « Contrat et pouvoir », Thèse préc., p.43.

tendance est d'ailleurs fortement accentuée par l'usage d'Internet et l'utilisation répandue de progiciels de gestion intégrée. La complexification et l'opacité de l'outil informatique favorisent la zone d'ombre entourant l'utilisation de ces systèmes par les entreprises.

Cependant, l'ouverture sur l'extérieur de l'entreprise par le biais d'Internet oblige l'employeur à une certaine transparence en dehors des limites de l'entreprise. Si l'usage de matériel informatique innovant entoure d'un certain flou le contrôle opéré sur ses salariés par le chef d'entreprise, l'utilisation d'Internet et la mise en réseau de l'entreprise justifient également l'intervention d'institutions extérieures telle la Commission Informatique et Libertés. L'ouverture à Internet implique une exigence supplémentaire de transparence. L'employeur se soumet à d'autres corps de règles au premier rang desquelles on trouve le droit informatique. Le contrôle du pouvoir du chef d'entreprise résulte ainsi aujourd'hui fortement de l'influence de règles extérieures au droit social.

Chapitre 1^{er} . L'information du salarié

Le contrat de travail suppose l'existence d'un lien de confiance entre l'employeur et le salarié. La relation de subordination, si inégalitaire soit-elle, réclame l'adoption de certains comportements par les parties. L'entreprise est une communauté qui ne peut durer si elle est fondée sur la déloyauté²⁰⁵. Le pouvoir de contrôle de l'employeur est donc invité à la transparence dans son exercice.

La surveillance des salariés s'est ainsi heurtée au renouveau du contrat²⁰⁶ et des obligations qu'il impose. Le droit est marqué ces dernières années par l'utilisation de l'espace contractuel par le juge comme un instrument de régulation des relations par le biais de la reconnaissance d'obligations non prévues par les parties. Ce mouvement, qualifié par certains de « forçage du contrat »²⁰⁷, vise la protection de la partie faible et la reconstitution d'un certain équilibre.

La loyauté « imprègne le droit tout entier au travers du principe de bonne foi »²⁰⁸. Le droit du travail n'échappe pas à ce rayonnement. La chambre sociale a en effet trouvé dans cette exigence de comportement un moyen de faire primer la relation contractuelle sur le pouvoir. On permet au salarié par cette démarche d'être informé de sa situation, c'est à dire de prendre la mesure de l'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur, et surtout d'avoir l'opportunité de défendre ses droits et libertés et d'exercer son propre contrôle. L'information permet une meilleure lisibilité de l'exercice du pouvoir par l'employeur par le titulaire même des droits fondamentaux émergents.

Ce pouvoir-savoir inonde ainsi le droit du travail. Il apparaît actuellement le meilleur moyen d'assurer le rééquilibrage de la relation de travail vers l'égalité contractuelle, et de faire ainsi reculer la soumission au pouvoir unilatéral. Les illustrations de ce mouvement sont multiples. On citera l'adoption de la directive européenne du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat

²⁰⁵ D.CORRIGNAN-CARSIN, « Loyauté et droit du travail », M&langes en l'honneur d'H.BLAISE.

²⁰⁶ J.PELISSIER, A.SUPIOT, A.JEAMMAUD, « Le droit du travail », Précis Dalloz, 21^{ème} édition, n°123

²⁰⁷ C.RADE, « La figure du contrat dans le rapport de travail », préc.

²⁰⁸ J.GESTHIN, Traité de droit civil, « les obligations, le contrat », LGDJ, n°184.

ou à la relation de travail²⁰⁹, ou l'obligation faite par le juge d'adapter le salarié à l'évolution de son emploi²¹⁰. La bonne foi de l'employeur est également exigée à l'occasion du recrutement par l'article L.121-8 du Code du travail²¹¹. On peut enfin souligner que le principe de loyauté pénètre aussi la dimension collective du droit du travail par son apparition dans le processus de la négociation collective²¹².

Ces exemples expliquent pourquoi les magistrats de la Cour de cassation se sont naturellement tournés vers le principe de loyauté pour défendre les droits du salarié face aux techniques de surveillance utilisées par les employeurs. En reconnaissant la faculté pour l'employeur de contrôler l'exécution du travail, les juges ont en même temps soumis son pouvoir à l'encadrement contractuel contraignant qu'ils ont mis en place. Le pouvoir est légitimé de manière à le soumettre à vérification (section 1). Cependant, cette protection sur le terrain probatoire a révélé assez rapidement certaines limites.

L'évolution des droits du salarié et de sa résistance au pouvoir de contrôle de l'employeur dans l'entreprise ne se cantonne pas au droit du travail. La reconnaissance de la primauté de la personne, de l'importance de l'individu a été en partie importée du droit informatique. Cette branche, en consacrant notamment la protection des données personnelles, a relancé le débat de la place du consentement du salarié dans la relation de travail, et ainsi des modalités de son opposition à l'intérêt de l'entreprise (section 2).

Section 1. Information et exigence de bonne foi

Le « pistage » du salarié met la confiance entre employeur et salarié à l'épreuve²¹³. Face au développement de techniques de contrôle de plus en plus sophistiquées et de moins en moins visibles pour les salariés, les magistrats ont imposé aux employeurs une obligation d'information des personnes sujettes à ce contrôle. Le salarié bénéficie de la protection matérialisée par l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail et notamment dans la mise en place de procédés de surveillance. Le contrat de travail a

²⁰⁹ Dir. 91/533/CEE, 14 oct. 1991 : JOCE no L 288, 18 oct.

²¹⁰ Soc.25février 1992, A.BOUILLOUX, « l'adaptabilité du contrat de travail », Dr. ouvrier, p.487.

²¹¹ Art.L.121-8 : « Aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou un candidat à un emploi », Loi du 31 décembre 1992.

²¹² M. MINE, « *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise* », Travail et Emploi, n°84, octobre 2000 ; J. PELISSIER, « *La loyauté dans la négociation collective* », Dr.ouvrier 1997, p.496

²¹³ S.DARMAISIN, « L'ordinateur, l'employeur et le salarié », DS juin 2000, p.580

toujours été soumis en vertu de l'article L.121-1 du Code du travail aux règles de droit commun et donc l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil. Cependant, la loi du modernisation sociale du 17 janvier 2002 a consacré l'exigence de loyauté en insérant l'article L.120-4 en vertu duquel « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ».

Sous-section 1 : Principe de bonne foi et licéité des moyens de preuve

a. L'information préalable du salarié

- Reconnaissance du principe

L'application de la notion de bonne foi n'est pas nouvelle dans ce domaine puisque un arrêt de la Cour d'appel de Paris de 1966 avait retenu sur ce fondement la responsabilité d'employeurs qui avaient procédé à l'enregistrement secret des propos tenus par leurs salariés sur les lieux de travail²¹⁴.

Cependant l'exigence de transparence dans l'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur a été véritablement inaugurée par l'arrêt Neocel de la chambre sociale de la Cour de cassation du 20 novembre 1991. L'affaire concernait le licenciement pour faute grave d'une vendeuse suite à un enregistrement caméra en caisse effectué à son insu par l'employeur. La cour retient que « *si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels que soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu constitue un mode de preuve illicite* »²¹⁵. La Cour amorce ici une jurisprudence faisant de l'information préalable du salarié sur les dispositifs de surveillance mis en place une condition indispensable à la licéité d'une preuve préconstituée à l'aide de ces procédés. « *L'exécution loyale des contrats...ne saurait s'accommoder de procédés insidieux...qui brisent la confiance* »²¹⁶. Cette décision sera de nombreuses fois appliquée à l'occasion de l'utilisation de la vidéosurveillance²¹⁷ dans l'entreprise.

²¹⁴ CA Paris, 9 novembre 1966, D.1967-273 ; voir aussi CA Lyon, 21 décembre 1967, D.1969.25

²¹⁵ Soc. 20 novembre 1991, RJS 1/92 n°1, dans le même sens, Soc.8 décembre 1999 et Soc. 31 janvier 2001 Bull. civ. V. n°281.

²¹⁶ Y.CHAUVY, « Contrôle du travail par filature du salarié : un procédé de preuve illicite », RJS 7/95, p.489

²¹⁷ Voir le décret du 17 octobre 1996 relatif à la vidéosurveillance.

Pour retenir cette obligation de loyauté, la chambre sociale vise l'article 9 du Nouveau code de procédure civile posant qu' « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* »²¹⁸. C'est ce même article qui sera utilisé dans l'arrêt Nikon afin de rappeler que l'interdiction d'ouvrir le courriel à caractère personnel entraîne l'illicéité de l'utilisation de ces derniers comme moyen de preuve.

L'obligation de bonne foi dans la preuve a également motivé un refus de la part des tribunaux des preuves provoquées²¹⁹. Un arrêt de la chambre sociale du 16 janvier 1991 interdit ainsi « *à l'employeur de recourir à des artifices et des stratagèmes pour placer le salarié dans une situation qui puisse ultérieurement lui être imputée à faute* »²²⁰. Cette position sera suivie par les juges du fond qui refuseront qu'un employeur soudoie ses clients pour piéger un salarié²²¹ ou encore qu'il recourt à un stratagème pour inciter sa salarié à commettre une faute²²².

Cette solution de la Cour de cassation portant la protection du salarié sur le terrain probatoire sera reprise au sein de l'article L. 121-8 du Code du travail instauré par la loi du 31 décembre 1992 : « *Aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou un candidat à un emploi* ».

Il convient d'ajouter que ce principe de loyauté était déjà présent dans l'article 3 de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés du 6 janvier 1978 : « *Toute personne a le droit de connaître et de contester les informations...* ». Le recours à la protection sur le terrain des modes de preuves semblaient ainsi inévitable.

- Application du principe

Ce contrôle de l'information préalable du salarié au stade de la preuve va être décliné par de multiples exemples. Il va recevoir tout d'abord application en matière d'écoutes

²¹⁸ Pour voir une application de l'article 9 NCPC : Soc. 4 février 1998, Miranda c/IRIS, CSB n°99, 1998.

²¹⁹ W.ROUMIER, « Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ? », Travail et protection sociale, février 2003, p.4

²²⁰ Soc. 16 janvier 1991, Benamou c/ SA Pullflex, pourvoi n°89-41.052.

²²¹ CPH Paris, 25 janvier 1994, Dr. ouvrier 1995, p.305.

²²² CA Nancy, 13 novembre 1991, RJS 10/1992, n°1188 ; voir encore Soc. 20 novembre 1999 in J.DUPLAT, « Surveillance des salariés et vie privée », RJS2/03, p.104

téléphoniques²²³. Ce sujet fait d'ailleurs l'objet d'une directive communautaire 97/66 du 15 décembre 1997 qui interdit « à toute autre personne que les utilisateurs, sans le consentement des utilisateurs concernés, d'écouter, d'intercepter, de stocker les communications ou de les soumettre à quelque autre moyen d'interception ou de surveillance, sauf lorsque ces activités sont légalement autorisées ». Un texte communautaire qui n'a pas été encore transposé prévoit tout de même une exception admettant la régularité « des enregistrements légalement autorisés de communications, dans le cadre des usages professionnels licites, afin de fournir la preuve d'une transaction commerciale ou toute autre communication commerciale ».

L'information préalable des salariés a également été plusieurs fois invoquée à l'occasion de filatures organisées par les employeurs. Dès un arrêt du 22 mai 1995, la Cour de cassation a considéré que l'employeur ne peut faire suivre un salarié à son insu par un détective privé, les comptes rendus de filature constituant un moyen de preuve illicite²²⁴. Cette solution sera confirmée par un arrêt du 4 février 1998 où l'illicéité d'un moyen de preuve entraînera son rejet des débats²²⁵. Enfin, un raisonnement identique a été tenu à propos de preuve reposant sur le rapport d'une société de surveillance ayant opéré à l'insu du salarié²²⁶.

b. Les exceptions au principe de loyauté dans la preuve

L'obligation d'information des salariés n'est pas générale et automatique. Il existe certaines hypothèses où cette exigence n'est pas réclamée par les tribunaux. Il en est ainsi lorsque le système visé n'est pas destiné directement à surveiller les salariés. Le principe de loyauté montre ici une limite dans son application quant aux procédés dont la finalité n'est pas évidente.

²²³ D.JOURDAN, « Les procédés de surveillance de l'activité des salariés », Travail et Protection sociale, août-septembre 2001, p.9. Voir notamment Crim.6 décembre 1983, Bull. crim. n°333, p.860. TGI St Etienne, 19 avril 1977, D.1978, p.123 sanctionnant un employeur écoutant les conversations dans la cantine de l'entreprise. Inversement, les tribunaux ont retenu une faute grave à l'égard d'un employé supérieur qui usait d'un magnétophone pour enregistrer clandestinement les entretiens qu'il avait eus avec son chef. Cet arrêt est le seul exemple connu d'une sanction de l'illicéité de la preuve à l'encontre d'un travailleur. Ceci démontre tout de même le caractère réciproque attaché à l'obligation de loyauté : Soc.3 mai 1962, Bull. IV, n°392, p.305

²²⁴ Soc. 22 mai 1995, RJS 7/95 n°789, conclusions Y.CHAUVY p.489.

²²⁵ Soc. 4 février 1998, RJS 4/98, n°415, 1^{ère} espèce.

²²⁶ Soc. 15 mai 2001, RJS 7/01, janvier, n°830 ; Juris data n°2001-009

La Cour de cassation a ainsi jugé dans un arrêt de 1998 que ne constituait pas un mode de preuve illicite « *la production par l'employeur de relevés de facturation téléphonique qui lui ont été adressés par la société France Télécom pour le règlement des communications correspondant au poste du salarié* »²²⁷. Plus récemment, la chambre sociale a affirmé que ce relevé ne constituait pas un procédé de surveillance illicite pour n'avoir pas été porté à la connaissance des salariés²²⁸. Cette décision s'explique ici par le fait que le procédé de surveillance est extérieur à l'employeur, mis en place par l'opérateur téléphonique.

Autre illustration intéressante de l'exception à l'application du principe de loyauté, un arrêt de la chambre sociale daté du 31 janvier 2001. Dans cette affaire, les juges ont considéré que l'article L.432-2-1 concernant l'information du Comité d'entreprise sur l'introduction de nouvelles technologies ne s'appliquait pas pour un système de vidéosurveillance installé dans un entrepôt de marchandises et qui « *n'enregistre pas l'activité des salariés affectés à un poste déterminé* ». Les juges écartent ici l'information des représentants du personnel, et a fortiori celle du salarié, au motif que le système de surveillance n'a pas pour but premier de contrôler les faits et gestes des travailleurs.

Cette solution sera retenue de la même manière concernant l'utilisation d'un système informatique dans un arrêt du 18 juillet 2000. Cette décision a considéré que le fait « *pour une banque de mettre en place un système d'exploitation intégrant un mode de traçage permettant d'identifier les consultants des comptes, ne peut être assimilé ni à la collecte d'une information personnelle au sens de l'article L.121-8 du Code du travail, ni au recours à une preuve illicite, le travail effectué par l'utilisateur de l'informatique ne pourrait avoir pour effet de conférer l'anonymat aux tâches effectuées par les salariés* ». Cette solution soulève quelques interrogations.

Tout d'abord, elle peut être considérée comme un affaiblissement du principe de bonne foi dans son application à des systèmes informatisés. En effet, les logiciels intégrant des possibilités de traçage alors que cette fonction n'est pas première dans leur utilisation, sont légion. La consultation des « cookies », pages web consultées ou encore l'utilisation de

²²⁷ in D.JOURDAN, « Les procédés de surveillance de l'activité des salariés », préc.

²²⁸ Soc.15 mai 2001, Juris-data n°2001-009569 ; Bull. V, n°28.

progiciels de gestion intégrée²²⁹ pourraient parfaitement entrer dans cette définition imprécise de la Cour de cassation. Les juges peuvent-ils sérieusement se contenter de la fonction avancée par l'employeur sans rechercher si le traçage inhérent au logiciel ne dépasse pas les conditions nécessaires de fonctionnement et ne permette pas dans l'ombre la surveillance des salariés ?

Certains ont avancé que cette solution devait être classée dans les arrêts d'espèce et que sa portée serait limitée au secteur particulier de la banque²³⁰. Cette analyse peut être valablement partagée si on la rapproche des travaux effectués au niveau européen qui viseraient à établir une exception à la confidentialité des communications dans le « *cadre des usages professionnels licites, afin de fournir la preuve d'une transaction commerciale ou toute autre communication commerciale* »²³¹.

Ces différentes exceptions nous poussent naturellement à nous interroger sur l'efficacité d'une telle protection probatoire ne faisant appel qu'à une simple information du salarié.

Sous-section 2 : Principe de bonne foi et contrôle de proportionnalité

L'analyse de la jurisprudence montre l'insuffisance du principe de bonne foi à protéger le salarié d'un abus des procédés de surveillance. Ce constat a certainement motivé une évolution récente dans le raisonnement des magistrats.

a. Les insuffisances d'une protection probatoire

- L'absence de prise en compte du détournement de finalité du procédé de surveillance

Certains auteurs, au premier rang desquels on retrouve le professeur Bernard Bossu,²³² soulèvent une difficulté majeure de l'application du principe de loyauté en matière

²²⁹ J.-M. PILLIARD, du cabinet DS & O, développement social et organisation, « Intervenir sur les NTIC dans les entreprises, à la demande des comités d'entreprise ; exemple des PGI », Séminaire du Magistère de droit social, Université Paris X – Nanterre, 2003.

²³⁰ P. DESFARGES, « Protection des salariés et nouvelles technologies », *Action juridique*, mars 2001, n°147.

²³¹ Voir *supra*, à propos des écoutes téléphoniques.

²³² B. BOSSU, « Nouvelles technologies et surveillance du salarié », *RJS* 8-9/01, p.663.

probatoire : la non prise en compte dans certains cas du détournement de finalité d'un système de surveillance. On peut illustrer ce problème avec les arrêts du 31 janvier et 18 juillet 2001 que nous avons évoqués, ou encore avec un arrêt du 14 mars 2000 de la chambre sociale où les juges ont considéré comme justifié le licenciement d'un trader au sein d'une société de bourse qui utilisait le téléphone pour prendre des paris sur des matchs de football. La Cour admet ici les écoutes téléphoniques produites par l'employeur au motif que ce système « *permettait de justifier en cas de litige avec un client des ordres reçus* ».

Le pourvoi de cet arrêt soulevait le détournement de finalité du système d'écoute téléphonique qui n'aurait pas dû servir à surveiller les conversations personnelles du salarié à son insu. Bernard Bossu critique la réponse de la Cour qui vide l'article L.120-2 du Code du travail de son utilité en validant un autre but à ce système de surveillance que celui prévu à l'origine.

Sa remarque s'appuie notamment sur des arrêts de cours d'appel²³³ qui sanctionnent ce détournement de pouvoir, notamment dans une affaire où la SCNF s'était servie du système informatique « Socrate », non pour enregistrer des réservations de voyageurs, mais pour contrôler, à l'insu du personnel, le temps de travail et les absences irrégulières²³⁴. Ces exemples illustrent assez clairement l'insuffisance de l'utilisation du principe de loyauté dans la protection du salarié face aux systèmes de surveillance. Les exceptions retenues par la jurisprudence pourraient être l'occasion pour certains employeurs de se prévaloir du fait que leur système de surveillance n'est qu'une fonction secondaire inhérente aux logiciels utilisés. Les tribunaux seraient ainsi obligés de reconnaître la licéité de preuves constituées à l'aide de systèmes dont l'usage est détourné aux fins de contrôler l'activité des salariés, sans que ces derniers n'aient été informés de leur existence.

- Une fiabilité contestable de la preuve constituée par un système de surveillance électronique ou informatique

Une autre insuffisance d'une protection sur le terrain probatoire est sa limitation à l'appréciation du caractère licite ou illicite de la preuve présentée. Une fois que

²³³ Voir notamment CA Paris, 2 novembre 1995, RJS 1/96, 1^{ère} espèce, n°4 ; et 2^{ème} espèce, n°4.

²³⁴ CA Paris, 31 mai 1995, Marechaux c/ SNCF

l'employeur s'est vu reconnaître le caractère licite de la preuve constituée par un système électronique ou informatique, cette dernière entre dans les débats sans appréciation de sa fiabilité. Or la licéité du mode de preuve ne laisse pas présumer de sa fiabilité. On peut en effet légitimement douter de l'impossibilité de manipulation des preuves obtenues par ces systèmes informatiques²³⁵.

Qu'elles soient licites car obtenues dans une certaine transparence est une chose ; que ces preuves soient solides et infalsifiables en est une autre. Ce problème a d'ailleurs été soulevé devant certaines juridictions. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a refusé dans un arrêt du 4 janvier 1994 de tenir compte d'un film vidéo²³⁶ qui était censé prouver les négligences d'un salarié dans la tenue d'un rayon de fruits et légumes en raison des possibilités de manipulations et trucages de la bande²³⁷. La même décision fut rendue par la Cour d'appel de Paris en 1999 concernant un film vidéo où il manquait une période de dix minutes²³⁸.

Le doute sur la fiabilité de la preuve informatique est certainement encore plus justifié. En effet, rien ne permet d'identifier la personne ayant effectué une opération si ce n'est la sécurité représentée par le « login » et le mot de passe. Cependant, chacun sait que ces mots de passe sont connus de plusieurs personnes en même temps, voir figure sur un bout de papier placé à proximité de l'ordinateur même²³⁹. L'imputabilité d'un fait sanctionnable est alors délicate. Ce problème d'identification posé par l'usage de matériel informatique pose notamment des problèmes quant à l'application d'un pouvoir disciplinaire. La question fait d'ailleurs l'objet d'un traitement systématique dans les dispositions des chartes d'entreprise.

Ces difficultés ont été prises en compte par une partie des tribunaux qui n'ont pas hésité à en tirer des conséquences en matière probatoire. Un arrêt de la Cour d'appel de Rouen de 1996 a ainsi écarté un acte d'huissier demandé par un employeur pour constater la présence

²³⁵ En témoigne la loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique instaurant les articles 1316 et suivant du Code civil. Le texte insiste sur l'identification de la personne, l'intégrité du document produit et sur la fiabilité du système.

²³⁶ Voir sur la question de la vidéosurveillance, M. GREVY, « Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ? », DS 1995, p.329

²³⁷ CA Aix-en-Provence, 4 janvier 1994, RJS 3/94, n°231 ; DS 1995, p.332, note M.GREVY.

²³⁸ CA Paris, 12 mai 1999, Dr. ouvr. 1999, p.460, obs. M.RICHEVAUX

²³⁹ Voir sur ce sujet, A.DE SENG, « Libres propos concernant l'usage de la messagerie électronique professionnelle par les salariés », préc.

sur l'ordinateur d'un salarié de fichiers étrangers à son activité. Les magistrats refusaient de tenir compte du constat estimant que rien ne prouvait que les fichiers avaient été bien implantés par le salarié lui-même²⁴⁰. Même logique lorsqu'un jugement du Conseil de prud'hommes de Nanterre considère que la production d'un disque dur comme mode de preuve n'est pas recevable car « *celui-ci pouvait être manipulé sans difficulté entre la date des faits et celle des débats* »²⁴¹. Si l'utilisation par le salarié du matériel de l'entreprise à des fins personnelles peut déboucher sur un licenciement, encore faut-il prouver la faute par un dispositif fiable.

Un indice sur l'exigence requise nous est fourni par la loi du 13 mars 2000²⁴² sur la signature électronique qui pose que l'écrit devient un mode de preuve admissible à condition « *que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* » (article 1316-1 du Code civil).

b. Preuve et principe de proportionnalité

La protection sur le terrain de la déloyauté montre ses limites. Les textes et exigences jurisprudentielles sur l'obligation d'informer le salarié sur les procédures de contrôles susceptibles de lui être opposés, semblent mal adaptés à des moyens de preuve qui ne sont pas issus de dispositifs créés en vue de contrôler les salariés. L'utilisation de logiciels de gestion ou de sécurité possédant parmi leurs multiples implications une surveillance des flux d'informations et données de trafic invite à une réflexion accrue sur ce sujet.

Un arrêt du 26 novembre 2002 a fait évoluer le contrôle exercé par la Cour de cassation²⁴³. L'affaire concernait un classique recours à la filature par un employeur afin de motiver le licenciement d'une salariée pour faute grave. Les magistrats, sans surprise, écartent le moyen de preuve avancé par la société. Cependant, l'intérêt de cette décision se trouve dans le visa utilisé pour sanctionner cette illicéité sur le terrain probatoire. Si la présence des articles 9 du Code civil et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi

²⁴⁰ CA Rouen, 14 mai 1996, RJS 8-9/96, n°908 ; JCP 1997, éd. E, II, 931, note P.PREZEMSKY-ZAJAC.

²⁴¹ Cons. prud'h. Nanterre 16 juillet 1999, Gaz. pal. 21 et 23 janvier 2001, p.29, note J.BERENGER-GUILLON et L.GUIGNOT.

²⁴² B.BOSSU, « Nouvelles technologies et surveillance du salarié », préc.

²⁴³ Soc. 26 novembre 2002, DS février 2003 p. 225.

que de l'article 9 du nouveau code de procédure civile n'étonne guère, on constate que la chambre sociale vise pour la première fois l'article L.120-2 du Code du travail dans ce domaine. La Cour pose qu' « *une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur* ».

Le professeur Jean Savatier s'est interrogé sur la raison de l'abandon du terrain de l'illicéité des procédés de contrôle mis en place pour lui préférer celui du respect de la vie privée et de l'article L.120-2 du Code du travail²⁴⁴. Selon l'auteur, cette évolution est en fin de compte une correction des imperfections que l'on pouvait reprocher à son contrôle. Le fondement n'est plus celui de la protection au niveau de la preuve, mais la protection au niveau des libertés fondamentales du salarié.

On peut envisager que l'utilisation de l'article L.120-2 élargit la protection conférée au salarié. En effet, il serait légitime de considérer que cette disposition s'applique de manière générale et donc également dans les cas où le dispositif visé n'est pas conçu principalement pour la surveillance du salarié. On substitue à un contrôle identifiant les systèmes visant ou non le contrôle des salariés dans leur fonction, à un contrôle vérifiant les effets de tout type de système susceptible de porter atteinte aux libertés fondamentales des travailleurs. C'est ainsi que le contrôle de proportionnalité remplace un contrôle de l'illicéité des moyens de preuve. Permettant un champ d'application beaucoup plus large et général, l'article L.120-2 accroît le pouvoir de contrôle du juge à toutes les situations pouvant porter atteinte aux droits des salariés. On peut ainsi s'interroger sur la validité d'une jurisprudence comme celle retenue dans le cadre de la surveillance d'un entrepôt de marchandises. Le recours au principe de proportionnalité justifie à présent une vérification plus poussée, même si le système mis en place ne vise pas à l'origine la surveillance des faits et gestes des salariés.

Le terrain probatoire montrait une véritable efficacité dans le cadre de l'opposition vie privée – vie professionnelle. L'employeur pouvait contrôler les salariés dans l'entreprise sans les informer; mais en dehors des murs de l'espace de travail, la surveillance était rendue impossible et surtout illicite en raison de la protection du domaine sacré de la vie

²⁴⁴ J.SAVATIER, observations DS février 2003, p.226.

privée. Avec l'émergence du concept de vie personnelle, le chef d'entreprise est aujourd'hui obligé de respecter certaines libertés s'exerçant sur le lieu même de travail.

L'utilisation systématique du principe de proportionnalité nous invite à nous interroger si l'obligation d'information à laquelle est tenue l'employeur se voit ou non renforcée. Il semble à présent difficile de retenir une faute quelconque d'un salarié alors que la preuve de cette dernière est tirée d'un système dont l'existence était inconnue du travailleur. La proportionnalité n'exige-t-elle pas une information du salarié à chaque fois qu'une atteinte à sa liberté est susceptible d'intervenir ? Tout procédé pouvant causer préjudice à ses droits ne doit-il pas être porté à la connaissance du travailleur même si ce système n'est pas conçu dans un but de surveillance du salarié ?

Section 2. Information et consentement du salarié

L'analyse du droit social montre à l'évidence une obligation d'information du salarié se renforçant fortement sous la pression des nouvelles technologies. Cependant, l'évolution de notre système juridique semble s'orienter vers un débat portant sur la reconnaissance du « second degré de loyauté »²⁴⁵, c'est-à-dire le degré exigeant le consentement de la personne surveillée. La question est ici la portée et l'intensité donnée au pouvoir-savoir reconnu au salarié. L'invitation à franchir le pas nous est fournie par le droit informatique et notamment la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés²⁴⁶. En effet, ces dispositions extérieures au droit social redonnent vigueur à des débats déjà anciens dans le droit du travail mais interrogent aussi sur la nouvelle place attribuée au salarié dans l'entreprise.

Sous-section 1 : Loi du 6 janvier 1978 et la protection des données personnelles

a. Droit de l'informatique et droits de la personne

La loi du 6 janvier 1978 est née de la nécessité de contrôler le pouvoir originaire dans toute démocratie : le pouvoir de l'Etat. Les dangers de l'informatique pour les libertés du citoyen furent dénoncés dans un célèbre article du Monde de Philippe Boucher daté du 21 mars

²⁴⁵ J-E. RAY, « nouvelles technologies, nouveau droit du travail ? », DS juin 1992, p.515.

²⁴⁶ Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, www.cnil.fr

1974 : « *Safari ou la chasse aux français* ». Etait au cœur d'une vaste polémique la mise en place d'un système informatique centralisant toutes les données et fichiers des administrations de l'Etat, des services de police,...Le législateur est ainsi intervenu en premier lieu pour donner au citoyen les informations et les pouvoirs nécessaires pour protéger les droits attachés à sa personne.

Article 1^{er} de la Loi informatique et libertés : « *L'informatique doit être au service de chaque citoyen. [...] Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles et publiques* ».

Même si elle a fait de l'objet de multiples modifications depuis sa création²⁴⁷, la loi de 1978 peut être certainement considérée comme la première pierre de l'élaboration d'un corps de règles visant à contrôler l'exercice du pouvoir au regard du respect des droits de la personne. L'article 5 a prévu ainsi un large champ d'application recouvrant l'exercice du pouvoir privé, en ayant vocation à s'appliquer à « *tout traitement automatisé d'informations nominatives* ». Adoptant un large espace de rayonnement et protégeant « la personne », cette loi avait vocation à devenir un texte incontournable dans la protection des libertés et droits fondamentaux. Si son importance a pris quelques temps à véritablement être reconnue, c'est certainement en raison de la modernité du domaine que la loi recouvrait et de la lente prise en compte de l'impact du développement des nouvelles technologies sur la vie de l'individu.

Ce texte porte pourtant dès l'origine la formulation de règles aujourd'hui omniprésentes dans les discussions juridiques relatives à l'exercice des libertés. En retenant une rédaction assez générale, le législateur a voulu permettre une large diffusion des trois principes piliers énoncés par la loi²⁴⁸. La première règle affirmée avec force par le législateur est celle de la protection de la vie privée notamment en imposant que tout traitement automatisé doit conserver un caractère supplétif ou fonctionnel. Ensuite, cette loi constitue le berceau du principe de transparence qui fonde l'essentiel des droits que consacre la loi en matière d'accès, d'opposition, de communication ou de rectification. Enfin, le législateur a insisté sur un nécessaire principe du droit à l'oubli et au secret, ou à la confidentialité.

²⁴⁷ Loi n°88-227 du 11 mars 1988; Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992; Loi n°94-548 du 1^{er} juillet 1994 ; Loi n°99-641 du 27 juillet 1999 ; Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 ; Loi n°2002-303 du 4 mars 2002.

²⁴⁸ G.BRAIBANT, Rapport au Premier ministre sur la transposition en droit français de la directive 95/46, mars 1998

La loi informatique et libertés formule dans son article 3 un véritable droit de la personne dont la généralité fait incontestablement la force du texte : « *Toute personne a le droit de connaître et de contester les informations et le raisonnements utilisés dans les traitements automatisés dont les résultats lui sont opposés* ». Le législateur a peut-être accompli par cette formulation les premiers pas vers le placement de l'individu et de ses droits au centre des règles juridiques. Les dispositions de 1978 n'appartiennent déjà plus au domaine d'une simple réglementation du pouvoir, mais font entrer le droit dans la voie de la conciliation des droits de la collectivité, des corps intermédiaires, et ceux de la personne. Il n'est donc ainsi pas étonnant que la loi informatique et libertés connaisse aujourd'hui un succès incontestable dans la réflexion intéressant le rapport du droit à la modernité et à l'apparition des nouvelles technologies.

b. La transposition de la protection du droit informatique au salarié

Si le droit du travail s'est intéressé au droit de l'informatique, c'est avant tout car l'entreprise s'est peu à peu affirmée comme un carrefour entre progrès technique et relation de travail. La coexistence des deux droits a naturellement créé des passerelles entre les deux matières. Cependant, la véritable raison de la présence de la loi informatique et libertés dans l'étude du contrôle du salarié est que cette dernière a fourni les premières solutions d'articulation des droits de l'individu et des intérêts de la structure dont il fait partie. En effet, la conciliation des droits fondamentaux du salarié et des impératifs de l'entreprise n'est que très récente.

C'est ainsi naturellement que les juristes se sont interrogés sur la pertinence de rechercher une protection du salarié dans le droit informatique²⁴⁹. Les dispositions prévoient notamment un droit d'accès aux informations détenues sur sa personne, ainsi qu'un droit de rectification (article 3 de la loi du 6 janvier 1978). Ensuite, l'article 27 pose quant à lui l'obligation d'une information des personnes concernées par la collecte d'informations nominatives. Il est ainsi légitime que certains aient vu dans ces règles la possibilité d'améliorer la défense des salariés, de leur offrir un pouvoir, ou tout du moins certains droits qui n'étaient pas reconnus par le Code du travail. En effet, à titre d'exemple, le droit

²⁴⁹ A.MOLE, « Au delà de la loi informatique et libertés », DS juin 1992, p.603

d'information du salarié ne sera entériné que par la loi du 31 décembre 1992 dans l'article L.121-8 du Code du travail.

La naissance d'un pouvoir-savoir du salarié, de ce droit à l'information et à la transparence est donc né au sein du domaine des nouvelles technologies dans le giron du droit informatique. Nous verrons ainsi que l'utilisation du matériel informatique et d'Internet par les entreprises a incité les juristes à se tourner vers le droit de l'informatique qui comportait en grande partie les instruments utilisés aujourd'hui.

Sous-section 2 : La directive du 24 octobre 1995 et le consentement du salarié

La loi du 6 janvier 1978 a également reconnu dans son article 26 que « *toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des raisons légitimes, à ce que les informations nominatives fassent l'objet d'un traitement* ». C'est très certainement cette disposition qui a relancé le débat autour de la reconnaissance ou non du « second degré de loyauté »²⁵⁰ : le consentement du salarié. Pouvait-on envisager de transposer le consentement de la personne visée par un système de collecte d'informations nominatives à la situation du salarié faisant l'objet dans l'entreprise du même fichage de la part des directions du personnel ?

Cette interrogation a surtout été ranimée par l'adoption de la directive du 24 octobre 1995²⁵¹ (voir annexe), non transposée encore en droit français²⁵², qui pose dans son article 7 que « *les Etats membres prévoient que le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que si la personne concernée a indubitablement donné son consentement* ». La directive précise dans son article 2 h) que ce consentement²⁵³ s'entend d'« *une manifestation de volonté, libre, spécifique, et informée* ». Ce texte, dans son éventuelle

²⁵⁰ J-E.RAY, préc.

²⁵¹ Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Voir également Directive 97/66/CE du 15 décembre 1997 ; ainsi que le règlement (CE) N°45/2001 du 18 décembre 2001 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, JO L 8 du 12 janvier 2001, p.1

²⁵² E.WERY, « La Commission européenne présente son premier rapport d'évaluation de la directive « vie privée » : la France pointée du doigt... », consultable sur www.droit-technologie.org

²⁵³ L.DUSERRE, « la directive européenne du 24 octobre 1995 et la loi française du 6 janvier 1978, l'évolution de la protection des données à caractère personnel », Ecole doctorale de Dijon. www.cybermed.jussieu.fr/Broussais/InforMed/InforSante/Volume8/vol8pdf/8-3.pdf

transposition au droit social, a fondé certains à envisager l'existence possible d'un consentement du salarié, et ainsi du renforcement de ses droits . La directive de 1995 est-elle à même de justifier un pouvoir de résistance du salarié face à la surveillance dont il fait l'objet ?

La question a même entraîné l'ouverture d'une consultation des partenaires sociaux (l'UNICE, la CES, l'UEAPME, la CEC et Eurocadres) impulsée par la Commission en 2001²⁵⁴. Les syndicats et organisation d'employeurs se sont penchés notamment sur l'opportunité de faire du consentement du salarié un moyen de légitimer le traitement des données. Cette consultation a donné lieu de la part des organisations syndicales à un certain scepticisme face à l'intérêt du consentement du salarié dans le cadre de la situation de dépendance et de subordination dans laquelle il se trouve²⁵⁵. En effet, Le professeur Spiros Simitis avance qu'« *accepter le consentement comme suffisant revient à ignorer la situation des salariés, et à laisser en fait le employeurs collecter les données qui les intéressent, et déterminer les circonstances et les buts de leur traitement* »²⁵⁶. On comprend dès lors que le rapport inégalitaire caractérisant le contrat de travail ne laisse pas plus de place au consentement dans le cas des traitements automatisés de collecte d'informations nominatives, que dans les autres hypothèses.

Le « second degré de loyauté » n'est par conséquent pas encore reconnu par le droit français. Le salarié dispose d'un droit d'information ne se traduisant pas encore par un pouvoir de décision, de choix. Si la transparence lui fournit la faculté de contrôler l'exercice du pouvoir par l'employeur, la levée de l'opacité dans l'entreprise n'est qu'une première étape. La protection du travailleur n'est concevable que dans son prolongement au niveau collectif.

²⁵⁴ Deuxième phase de consultation des partenaires sociaux sur la protection des données à caractère personnel des travailleurs, consultable sur www.droit-technologie.org

²⁵⁵ Certaines législations étrangères (Finlande, Belgique) ont même précisé que l'existence du consentement du salarié n'empêchait en aucun cas le contrôle du système concerné, montrant ainsi leur méfiance quant à l'intégrité de cette acceptation du salarié.

²⁵⁶ S.SIMITIS, « Quatre hypothèses et quatre dilemmes ; Quelques propos sur l'état actuel de la protection des données personnelles des salariés », DS, janvier 2002, p.88

Chapitre 2 . L' intervention des représentants des travailleurs

La transparence contractuelle révèle rapidement ses limites dans le cadre inégalitaire de la relation de travail. L'obligation de loyauté imposée à l'employeur permet l'information du salarié sur l'exercice du pouvoir de contrôle mais n'attribue corrélativement aucune prérogative de résistance concrète au travailleur. L'efficacité d'une protection des libertés du salarié au sein de la subordination réclame ainsi l'intervention d'un autre pôle du pouvoir dans l'entreprise : la représentation de la collectivité des salariés.

« Transparence et dissuasion »²⁵⁷. C'est dans ces termes que le professeur Jean-Emmanuel Ray présente l'apparition des nouvelles prérogatives du comité d'entreprise au sein de la loi du 31 décembre 1992. L'effectivité des libertés dans l'entreprise nécessite le dépassement d'une vision individuelle de leur exercice. Certains auteurs soulignent d'ailleurs que « le comité d'entreprise fait figure, à plusieurs égards, de modalité d'exercice du droit des salariés de participer à la décision de l'employeur en ce que, par lui, sont recherchées les conditions d'une confrontation équilibrée de points de vue »²⁵⁸. Ainsi la conciliation pouvoir – liberté aurait-elle son siège naturel dans la « discussion collective »²⁵⁹.

Cependant, il reste à déterminer l'étendue de ce rôle du comité d'entreprise et des délégués du personnel (section 1), mais aussi l'articulation de leurs prérogatives avec les droits de la personne du salarié. Les relations existantes entre droit du salarié et action des représentants montrent que l'autonomie individuelle semble en définitive préservée par la représentation collective. Comment organiser la continuité entre droit individuel et pouvoir collectif ? C'est en effet au niveau de la collectivité des salariés qu'il semble possible de découvrir l'existence d'un véritable « pouvoir compensateur ». Cette remarque nous pousse logiquement à analyser la question d'une éventuelle place de la négociation collective dans l'exercice du pouvoir de contrôle par l'employeur (section 2). Elle se révèle en effet l'aboutissement d'une évolution écartant peu à peu le caractère discrétionnaire de la surveillance des salariés.

²⁵⁷ J-E.RAY, « Comité d'entreprise, transparence et dissuasion », DS mars 1993, p.215

²⁵⁸ A.JEAMMAUD, M.LE FRIANT et A.LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations du travail », D.1998, chron. p.41

²⁵⁹ Rapport de la CNIL du 5 février 2002, « La cybersurveillance sur les lieux de travail », p.7

Section 1. Internet et représentation élue du personnel

L'affirmation de l'entreprise comme cellule économique et sociale majeure s'est accompagnée du renforcement du rôle et du poids des institutions représentatives élues du personnel²⁶⁰. Elles constituent aujourd'hui un interlocuteur privilégié pour les employeurs. Le rôle de ces institutions, que ce soit le comité d'entreprise ou le délégué du personnel, voient leur importance renforcée par le législateur et la jurisprudence qui les associent de plus en plus au processus décisionnel, notamment concernant l'évolution des conditions de travail²⁶¹.

Cependant, la mission des représentants élus ne se cantonne pas à participer à l'entrée des nouvelles technologies dans l'entreprise et de leur impact sur l'organisation de l'entreprise. Leur pouvoir ne doit être pas limité à la protection des intérêts de la collectivité.

L'étude du contentieux relatif à Internet montre que l'essentiel des litiges concerne la relation individuelle entre le salarié surveillé et l'employeur. Dès lors, le délégué du personnel se doit de répondre aux besoins de protection du salarié face à l'employeur. Les représentants deviennent alors les vecteurs de défense des droits et libertés de la personne. La loi de 1992 a élargi leur mission pour assurer l'effectivité de ces nouveaux droits exercés sur le lieu de travail. L'opposition à l'employeur étant difficilement concevable dans le cadre de la subordination, l'interposition d'un tiers disposant d'une protection est nécessaire s'il on désire que la sanction des atteintes aux droits et libertés des salariés intervienne avant une éventuelle discussion de la rupture de la relation de travail devant les tribunaux.

²⁶⁰ G.BORENFREUND, « Le pouvoir de représentation des salariés », Cours du DEA de droit social de l'Université Paris X – Nanterre, 2003.

²⁶¹ Voir à ce propos le rôle central donné au niveau européen à la consultation des « employés et de leurs représentants » par la Recommandation n°R 89 du comité des ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi du 18 janvier 1989.

Sous-section 1 : La consultation du comité d'entreprise

a. La compétence du comité d'entreprise en matière de nouvelles technologies

- La conception extensive de la compétence du comité d'entreprise

L'intervention du comité d'entreprise dans l'utilisation d'Internet ou de certains logiciels informatiques peut se justifier par plusieurs dispositions. Les représentants du personnel disposent tout d'abord d'une compétence générale mise en place par l'article L.432-2 du Code du travail. Ce dernier pose que « *le comité d'entreprise est informé et consulté préalablement à tout projet important d'introduction de nouvelles technologies, lorsque celles-ci sont susceptibles d'avoir des conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail du personnel...* ».

Cette compétence générale du comité d'entreprise fait l'objet d'une conception extensive de la part de la jurisprudence notamment par le biais de l'interprétation du terme « *nouvelles technologies* » figurant dans la loi . Elle considère ainsi comme relevant de l'article L.432-2 du Code du travail l'introduction dans l'entreprise de l'informatique²⁶², pouvant notamment nécessiter une formation particulière²⁶³, mais également son renouvellement²⁶⁴. La nouveauté se rattache, non pas à une innovation, mais à l'introduction en tant que telle de la technologie dans l'entreprise. Marc Richevaux, magistrat, explique à ce propos que l'utilisation de l'expression « nouvelles technologies » vise à désigner tout système « *qui apparaît après un autre qu'il remplace* »²⁶⁵. La nouveauté ne s'apprécie donc pas de manière scientifique mais plutôt en fonction de la situation de l'entreprise.

De même, les magistrats interprètent assez soupagement l'exigence législative d'intervention de la consultation à l'occasion d'un « *projet important* ». C'est ainsi qu'une décision n'a pas considéré comme tardive la demande d'expertise technologique même postérieure au choix et à l'acquisition du nouveau logiciel, dès lors que la mise en œuvre de celui-ci est

²⁶² TGI Mâcon, 11 octobre 1984, Dr. Ouvr. 1984, p.426 : technologie nouvelle au niveau de son application dans l'entreprise. Pour voir un exemple de l'introduction d'Internet, voir O.DE TISSOT, « Internet et contrat de travail », préc.

²⁶³ Soc.9 juillet 1997 ; TPS 1997, comm. n°264, obs. B. TEYSSIE.

²⁶⁴ Soc. 2 juillet 1987, Bull. V n°438 ; Gaz.pal. 1987, II, pan.Jur. 247.

²⁶⁵ M.RICHEVAUX, « L'introduction d'Internet dans les entreprises », Dr. Ouvr. Septembre 2000, p.371.

encore à l'état de projet²⁶⁶. Quant à l'importance du projet, la jurisprudence s'attache en premier lieu à l'impact sur les salariés et notamment le nombre de travailleurs touchés par le changement²⁶⁷.

Le comité d'entreprise dispose également de compétences plus spécifiques prévues à l'article L.432-2-1 du Code du travail. Les trois alinéas prévoient ainsi une consultation en cas « *d'utilisation de méthodes et techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi* » (alinéa 1^{er}) mais surtout dans les hypothèses d'introduction de « *traitements automatisés de gestion du personnel* » (alinéa 2) et de « *moyens ou techniques permettant un contrôle des salariés* » (alinéa 3).

Enfin, il ne faut pas oublier que le comité d'entreprise doit être avant tout consulté sur l'élaboration du règlement intérieur (article L.122-36 c. trav.)²⁶⁸. Les chartes Internet²⁶⁹ sont donc soumises à un droit de regard de la part des représentants élus. Cette disposition leur offre le pouvoir de contrôle le plus important qu'il possède puisque cette consultation peut être pour eux l'occasion d'attirer l'attention de l'inspection du travail sur certaines dispositions, le règlement intérieur devant être transmis à l'inspection qui formule, le cas échéant, des observations, voire écarte des clauses qu'elle juge illicites (art.L.122-37 c. trav.).

La loi prévoit ainsi une intervention assez large du comité d'entreprise qui permet notamment aux représentants d'être consultés tant sur des systèmes informatiques visant ostensiblement la surveillance des salariés spécifiquement visés par le texte, que sur des logiciels intéressant la gestion de l'entreprise mais pouvant fournir des possibilités de traçage.

Le législateur a voulu associer les salariés à l'évolution de leur entreprise et par là-même leur permettre d'appréhender par le représentant les conséquences éventuelles d'un

²⁶⁶ Soc.28 octobre 1996, Bull. V. n°352 ; DS 1996 p.1105 obs. COHEN ; RJS 1997. 109, n°160.

²⁶⁷ TGI Strasbourg, 24 mai 1984, selon lequel l'introduction d'une nouvelle technologie ne doit s'entendre dans un sens scientifique étroit mais appréhendée par l'importance des bouleversements concrets engendrés ; voir aussi Crim.22 octobre 1991, RJS 1992. 119, n°174, TGI Pontoise, 3 janvier 1990, DO 1990, p.319 quant au cadre d'appréciation de l'importance du projet.

²⁶⁸ Art.L.122-37 c. trav. : « Le règlement intérieur ne peut être introduit qu'après avoir été soumis à l'avis du comité d'entreprise ou, à défaut, à l'avis des délégués du personnel ainsi que, pour les matières relevant de sa compétence, à l'avis du comité d'hygiène et de sécurité ».

²⁶⁹ adjonction au règlement intérieur en vertu de l'article L.122-39

changement important des conditions de travail. L'information du Comité constitue ce que nous avons appelé le « pouvoir-savoir ». L'article L.432-2 du Code du travail offre une véritable possibilité de surveillance du pouvoir de contrôle de l'employeur et constitue ainsi une prérogative dissuasive. Le chef d'entreprise doit en plus de se justifier, motiver sa décision et en expliciter les modalités devant un tiers s'interposant entre lui et le salarié.

- Les fondements de l'intervention du Comité d'entreprise

Cette consultation mise en place par l'article L.432-2-1 du Code du travail suppose la participation de la représentation de la collectivité en raison des bouleversements occasionnés par l'introduction de « nouvelles technologies » sur l'organisation des conditions de travail. N'oublions pas que l'article L.431-4 qui affirme que « *le comité d'entreprise a pour objet d'assurer une expression collective des salariés, permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production* ».

Précisons à ce propos que le recours à de nouveaux matériels et de nouvelles techniques de travail n'est pas non plus sans conséquences sur la santé des travailleurs. Il convient d'ailleurs de mentionner l'existence d'une consultation parallèle du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) ou du délégué du personnel dans les entreprises de moins de 50 salariés, sur l'impact des nouvelles technologies sur la santé des salariés. Une directive du 12 juin 1989²⁷⁰, transposée par l'ordonnance du 22 février 2001²⁷¹ qui a institué cette consultation, prévoit même la possibilité pour l'employeur de recourir à un référendum consultatif. Cependant le législateur a tempéré l'intérêt de cette intervention directe des travailleurs en conférant à cette solution un caractère subsidiaire²⁷². On aurait pu voir dans cette disposition un premier pas vers le « second degré » de loyauté que nous avons évoqué avec l'expression d'un consentement, certes collectif, des salariés.

²⁷⁰ Directive n°89-391 du 12 juin 1989, Rapport de la CNIL 2001 p.45

²⁷¹ Ordonnance n°2001-175 du 22 février 2001, JO du 24 février 2001, In I.DE BENALCAZAR, « Nouvelles technologies et règlement intérieur », préc.

²⁷² P-Y.VERKINDT, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles pratiques d'expertise », DS janvier 2002, p.54.

Le législateur a ainsi fait de la représentation élue la garante de la loyauté dans les relations entre employeurs et salariés. Cependant, on peut estimer que l'intervention de la loi du 31 décembre 1992 a fait évoluer le fondement de l'intervention du comité d'entreprise²⁷³. En effet, la législateur a reconnu par ce texte l'existence de droits et libertés du salarié directement invocables dans l'entreprise. Cette évolution semble assigner une nouvelle mission au délégué du personnel, et plus largement, à la représentation élue. La loyauté est une obligation générale réclamant notamment une certaine transparence des rapports, une information préalable des parties. La loi de 1992 n'est pas une seule exigence de loyauté formelle mais désire établir une reconnaissance et une protection aux droits fondamentaux dans l'entreprise. Nous verrons ainsi que le délégué devient en quelques sorte garant de ces nouvelles libertés du salarié face à l'employeur et s'inscrit dans une articulation originale entre intérêt de l'individu et intérêt de la collectivité.

b. Efficacité de la consultation du comité d'entreprise

Le pouvoir suppose pour son existence légitimité et efficience. L'efficacité de l'intervention du comité d'entreprise nécessite ainsi une utilisation pertinente du pouvoir-savoir qui lui est attribuée mais également une protection en sanctionnant le non-respect par l'employeur des prérogatives attribuées aux représentants élus.

- Les moyens de la consultation : l'expertise technologique

La reconnaissance du droit d'information du comité d'entreprise par la loi s'est logiquement accompagnée de la possibilité pour ce dernier de faire appel à l'aide d'un expert compétent dans le domaine concerné²⁷⁴. Le pouvoir-savoir se couple inévitablement du pouvoir de l'expertise face à la complexification de l'entreprise. Le législateur a voulu par cette disposition rétablir un équilibre dans la possession et l'appropriation de l'information. C'est ainsi que le recours à l'expert comptable appartient à présent aux pratiques courantes²⁷⁵.

²⁷³ P.-Y.VERKINDT, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles pratiques d'expertise », préc.

²⁷⁴ P.DESFARGES, « Protection des salariés et nouvelles technologies », action juridique n°147 mars 2001

²⁷⁵ M.COHEN, « Les experts du comité d'entreprise », DS 1984, p.281.

La loi du 4 août 1982 a reconnu à l'article L.434-5 alinéa 4 la possibilité de consulter un expert extérieur à l'entreprise : « *Le comité d'entreprise, dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, peut, en outre, avoir recours à un expert à l'occasion de tout projet important dans les cas énumérés à l'article L.432-2. Cet expert dispose des éléments d'informations prévus à ce même article* »²⁷⁶.

Le comité d'entreprise dispose ainsi par l'intermédiaire de l'expertise technologique d'un moyen d'exercer pleinement son rôle consultatif. Cette intervention extérieure n'a pas pour objectif d'être impartiale mais plutôt de donner au demandeur une traduction des informations et enjeux qui lui sont communiqués afin de lui permettre de se prononcer en connaissance de cause. « L'expert en nouvelles technologies doit utiliser son statut extérieur pour recueillir et faire expliciter le point de vue des uns et des autres avant d'en faire une présentation clarificatrice pour tous »²⁷⁷. Cela permet notamment aux institutions représentatives d'appréhender l'entreprise dans sa globalité.

L'expertise technologique doit être également envisagée comme une « potentialité pour le renforcement des prérogatives du comité d'entreprise »²⁷⁸, notamment dans sa surveillance du pouvoir de contrôle de l'employeur. Cette information explicitée constitue la condition nécessaire d'une réelle transparence des décisions de l'employeur et plus particulièrement des enjeux des nouvelles technologies introduites dans l'entreprise.

La complexification de l'information²⁷⁹ due au développement des nouvelles technologies et le recours de plus en plus fréquent à l'expertise est un phénomène appelé à prendre de l'ampleur. Le professeur Alain Supiot parlait déjà en 1989 de la « floraison des experts » en relevant l'introduction dans l'organisation des relations de travail d'une normalité scientifiquement définie. Il constatait la tendance à la soumission des décisions patronales

²⁷⁶ La loi prévoit aussi le financement de ces expertises à l'article L.434-8 du Code du travail.

²⁷⁷ F.COCHET, « L'expertise en nouvelles technologies le point de vue d'un praticien », DS juin 1992, p.556.

²⁷⁸ T.GRUMBACH, « Nouvelles technologies et relations collectives du travail. Syndicat et comité d'entreprise : une nouvelle répartition des rôles », DS juin 1992, p.544.

²⁷⁹ On assiste en effet à une complexification de l'organisation des entreprises et des méthodes de gestion. Ce phénomène explique un autre aspect de la notion de pouvoir-savoir : la multiplication des salariés disposant d'un tel pouvoir sur leur employeur ignorant et dépendant du savoir de leur subordonné. C'est peut d'ailleurs cette difficulté que l'on retrouve dans le partage de pouvoir dans l'entreprise quant à la surveillance des salariés entre le chef d'entreprise et la direction informatique.

ou des revendications des salariés à un principe de légitimité dont les experts seraient les gardiens²⁸⁰.

Cependant, ce développement annoncé de l'expertise technologique se heurte encore à certaines barrières. Elle est tout d'abord difficile à mettre en œuvre eu égard à son coût, à l'accord nécessaire de l'employeur sur le choix et l'étendue de la mission de l'expert²⁸¹ ou encore à l'absence d'organisation de la profession comme on peut le voir dans le milieu de l'expertise comptable²⁸². Mais l'obstacle majeur semble tout de même résider dans la lente prise en compte par les acteurs des réels enjeux sous-tendus par l'utilisation des nouvelles technologies.

- Les conséquences de la non-consultation des représentants du personnel

- Les sanctions civiles

L'existence d'un véritable droit d'information ne réside pas seulement dans les moyens qui lui sont accordés par la loi, mais également dans son effectivité. L'existence d'un véritable droit réside dans la sanction qui lui est attachée. Dans quelle mesure l'employeur est-il tenu à cette obligation de transparence vis-à-vis de la collectivité des salariés ?

La sanction essentielle envisagée par les tribunaux au défaut de consultation du comité d'entreprise réside dans l'irrecevabilité de la preuve obtenue par le système concerné à l'encontre du salarié²⁸³. Le devoir de loyauté de l'employeur dans sa relation contractuelle avec son subordonné doit s'effectuer au travers de l'information de ses représentants. La sanction est donc ici de nature indirecte.

- Les sanctions pénales

²⁸⁰ A.SUPIOT, « Le progrès des lumières dans l'entreprise », in « Les transformations du droit du travail », Etudes offertes à G.LYON-CAEN, Dalloz 1989, p.463.

²⁸¹ A défaut d'accord entre la majorité des élus du comité d'entreprise et l'employeur, la désignation est effectuée par le président du tribunal de grande instance, saisi selon la procédure de référé, mais devant statuer au fond.

²⁸² P-Y.VERKINDT, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles pratiques d'expertise », préc. ; voir aussi B.TEYSSIE, « L'expertise technologique pour le comité d'entreprise », La semaine juridique, 1988, I. doctrine 3314.

²⁸³ Voir notamment, Soc. 31 janvier 2001, préc.

Les membres du comité d'entreprise n'ont d'action directe que sur le terrain pénal en recherchant la caractérisation par l'employeur d'un délit d'entrave sur le fondement de l'article L.483-1 du Code du travail. L'employeur doit donc procéder à cette consultation de manière concrète et sincère sous peine de se voir sanctionné²⁸⁴.

En effet, la Cour de cassation a déjà condamné un employeur lorsqu'à propos de l'introduction d'une nouvelle technologie, le comité d'entreprise n'a jamais pu obtenir les informations qui lui auraient permis de formuler un avis circonstancié²⁸⁵. Les magistrats ont tenu le même raisonnement lorsque le comité n'a pas été informé de la décision d'introduire de nouvelles technologies dans le réseau informatique d'une entreprise de presse, avec des répercussions importantes sur les conditions de travail de plusieurs catégories de personnel²⁸⁶.

Cette solution manque tout de même d'efficacité. Si elle peut apparaître comme un moyen de dissuasion, la reconnaissance du délit d'entrave ne permet pas par exemple de recourir a posteriori à l'expertise technologique. La sanction ne marque en réalité son efficacité qu'en matière de contentieux pour la protection du salarié²⁸⁷.

Mais la consultation des représentants du personnel et l'information sur la mise en place de nouvelles technologies ne sont pas les seules voies de la transparence et de la protection du salarié. La légitimité d'un contre-pouvoir des représentants élus ne s'appuie pas seulement sur la participation des travailleurs au changement des conditions de travail mais aussi sur leur rôle de défense des libertés dans l'entreprise. La transparence fait du délégué du personnel l'instance contrôlant le respect des libertés sur le lieu de travail.

²⁸⁴ Crim. 26 mars 1991, RJS 1991, n°600.

²⁸⁵ Crim. 17 juin 1986, Dr. Ouvr. 1987, p.273

²⁸⁶ Crim. 13 décembre 1995, RJS 1995, p.179 n°252. Pour des décisions en sens contraire : Crim. 22 octobre 1991 ; Bull. crim. n°367, Crim. 29 mars 1994, RJS 1994, n°1005

²⁸⁷ P-Y.VERKINDT, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles pratiques d'expertise », préc.

Sous-section 2 : La mission du délégué du personnel

a. Le délégué du personnel, gardien des libertés dans l'entreprise

La loi du 31 décembre 1992 introduisant les libertés individuelles dans l'entreprise a bouleversé la conception de la relation de travail. Le salarié a acquis certains droits dans son espace de subordination qu'il peut à présent défendre. Conscient de l'existence d'une certaine antinomie entre subordination et liberté, le législateur s'est intéressé à l'effectivité de ces nouveaux droits. C'est ainsi qu'il a confié aux délégués du personnel une nouvelle mission consistant à s'assurer du respect des libertés fondamentales par l'employeur, notamment dans l'exercice de son pouvoir de contrôle.

Le choix des représentants élus pour cette mission répond à diverses considérations. Tout d'abord, le délégué du personnel se veut un représentant de proximité²⁸⁸ fortement attaché au particularisme de l'entreprise où il officie. De plus, il a l'avantage d'être présent dans un nombre plus important de structures étant donné les effets de seuil relatifs à la représentation présents dans le Code du travail.

Le délégué du personnel est ainsi investi à présent d'un droit d'alerte posé par l'article L. 422-1-1 du Code du travail. Ce nouveau rôle des représentants élus s'inscrit résolument dans une démarche préventive et négociée. L'article met en place une procédure rapide et étroitement réglementée qui permet de constater les atteintes aux libertés individuelles avant que leurs conséquences ne soient irrémediables²⁸⁹. Cette initiative vise en effet les arrangements amiables.

Cette nouvelle conception de la mission des délégués du personnel et plus largement de l'appréhension des libertés dans l'entreprise est assez illustrative de l'évolution démocratique de l'entreprise dépeinte par certains. Le droit du travail montre depuis quelques années une tendance au développement du pouvoir de contrôle donné aux représentants du personnel. La procédure d'alerte est une création partant du constat que l'exigence de motivation à l'encontre de l'employeur est insuffisante et qu'une conciliation

²⁸⁸ J.GRINSNIR, « Les dispositions nouvelles relatives « au recrutement individuel et aux libertés individuelles » » (Loi du 31 décembre 1992), Dr. ouvr. juillet 1993, p.237

²⁸⁹ J-Y.FROUIN, « La protection des droits de la personne et des libertés des salariés », préc.

des intérêts en amont de l'intervention des juges doit être recherchée. Le contrôle a posteriori doit être accompagné d'un contrôle a priori.

Cependant, l'analyse de l'utilisation de cette procédure depuis sa création révèle que la jurisprudence pose encore une barrière à l'effectivité de cette nouvelle conception des pouvoirs dans l'entreprise.

b. Le délégué du personnel : gardien des libertés du salarié ?

Comme nous l'avons plusieurs fois souligné, l'atteinte aux libertés dans l'entreprise s'inscrit le plus souvent dans la relation individuelle de travail entre l'employeur et un salarié. L'adoption d'une procédure d'alerte dans ce domaine a ainsi rapidement posé la question de l'éventuelle intervention du délégué du personnel au titre de la relation individuelle de travail. L'article L. 422-1-1 du Code du travail justifie-t-il de la part des représentants élus une action au nom du travailleur victime d'une atteinte à sa liberté individuelle ?

La question a été en partie tranchée par un arrêt de la chambre sociale du 10 décembre 1997²⁹⁰. L'affaire concernait plusieurs salariés qui avaient été licenciés suite à une enregistrement vidéo les présentant à leur insu en train de manipuler de l'argent. Une déléguée du personnel demandait l'annulation des licenciements et la réintégration des salariés au motif que le film avait été tourné dans des conditions illicites et attentatoires aux libertés individuelles.

La Cour de cassation avait dans ce litige le choix entre deux solutions. Elle pouvait tout d'abord se ranger à une vision minimaliste et classique de la mission du délégué du personnel²⁹¹, retenue en l'espèce par la Cour d'appel de Paris, qui se contentait d'une approche strictement préventive de la mission de l'article L. 422-1-1 selon laquelle toute action au titre de la relation individuelle de travail devait être bannie. S'offrait également à la Haute juridiction une autre voie en vertu de laquelle, eu égard à la mission de défense

²⁹⁰ Soc. 10 décembre 1997, DS février 1998, p.130.

²⁹¹ La Cour de cassation a en effet tendance à afficher une certaine réticence à l'élargissement général de la mission du délégué du personnel, et plus particulièrement à refuser une assistance du salarié en dehors des stricts cas légaux. Voir sur cette question F.DUQUESNE, « Les contours de la mission d'assistance du délégué du personnel » en marge de l'arrêt Crim. 11 février 2003, DS juin 2003, p.631

des libertés individuelles confiée au délégué du personnel, celui-ci devait avoir la possibilité de faire disparaître toutes les conséquences illicites de l'atteinte constatée, et notamment de faire disparaître les licenciements prononcés²⁹².

Cependant les magistrats ont choisi une solution intermédiaire : *« si le délégué du personnel ne tient pas des dispositions de l'article L. 422-1-1 du Code du travail le pouvoir d'agir nullité des licenciements prononcés par l'employeur à la suite d'une atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles, ce texte lui confère le pouvoir d'agir à l'effet de réclamer le retrait d'éléments de preuve obtenus par l'employeur par des moyens frauduleux qui constituent une atteinte aux droits des personnes et aux libertés fondamentales »*. Reconnaisant au délégué du personnel la possibilité d'intervenir dans le litige individuel, la Cour de cassation n'ose pas reconnaître à ce dernier le droit de demander la nullité des licenciements.

Cette réticence est expliquée par certains de diverses façons. Cette position s'expliquerait tout d'abord par le nécessaire respect de la règle selon laquelle nul ne plaide par procureur. Ensuite, la procédure instaurée par la loi n'aurait qu'une vocation préventive²⁹³. Enfin, l'intervention au titre de l'action individuelle serait mieux assurée par d'autres institutions comme les organisations syndicales.

Mais ces arguments n'apparaissent que peu convaincants. Il semble impensable de dissocier une atteinte proprement dite aux libertés individuelles et l'action individuelle du salarié. L'atteinte est souvent constituée ou révélée par une mesure prise par l'employeur à l'égard d'un travailleur. De plus, la loi prévoit elle-même dans l'alinéa 3 de l'article L. 422-1-1 du Code du travail la possibilité d'action du délégué en substitution du salarié devant le bureau de jugement statuant en référé. Cette disposition montre bien que la mission du représentant du personnel ne peut se révéler efficace que si elle comporte un moyen de contraindre l'employeur à écouter ses observations.

²⁹² B.BOSSU, « L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux des salariés », DS février 1998, p.127.

²⁹³ Circ. DRT n°93-10 du 15 mars 1993, BOMT n°10 du 5 juin 1993.

Le pouvoir nécessite la possession de moyens pour le faire respecter. Une procédure d'alerte préventive sans autre moyen de pression ne constituerait qu'une procédure formelle restant lettre morte.

La Cour de cassation adopte ici une solution mitigée qui découle certainement en partie de sa position timide en matière de nullité pour atteintes aux libertés fondamentales²⁹⁴. Pourtant l'action du délégué du personnel ne nie pas l'autonomie du salarié²⁹⁵. Ce raisonnement est d'autant plus dommageable pour les délégués du personnel qu'ils détiennent dans la possibilité de demander aux tribunaux la réintégration des salariés victimes d'une atteinte à leur liberté individuelle, la première et réelle prérogative permettant d'instaurer un pouvoir effectif de contrôle de l'employeur dans ce domaine.

Rappelons tout de même qu'à l'heure actuelle la sanction de l'employeur n'intervient qu'à propos des litiges concernant la rupture du contrat de travail. Peut-être serait-il judicieux de reconnaître un pouvoir d'opposition plus important des représentants du personnel en matière de respect des libertés. Ce moyen de pression pousserait certainement les employeurs à envisager plus sérieusement une négociation dans ce domaine qui fait encore à l'heure actuelle cruellement défaut. La discussion s'engagerait ainsi en amont du contentieux.

Section 2. Internet et la représentation syndicale dans l'entreprise

Lorsque l'on évoque l'existence d'éventuels contre-pouvoirs à la surveillance exercée par l'employeur, il devient incontournable de s'intéresser à l'intervention des organisations syndicales dans le débat relatif à l'introduction et l'utilisation des nouvelles technologies. Face à l'importance qui n'est plus à démontrer de l'incidence de telles transformations dans la relation de travail, il est étonnant de constater la faiblesse de l'action syndicale sur le sujet. La négociation collective est encore fort peu développée dans ce domaine.

²⁹⁴ J-M. VERDIER, « Sur la protection spécifique des droits fondamentaux en droit du travail », DS 2001, p.1035 ; I. MEYRAT, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », DO 2002, p.343.

²⁹⁵ A.JEAMMAUD, M.LE FRIANT et A.LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations du travail », préc.

Si les syndicats commencent à prendre la mesure des conséquences des nouvelles technologies sur l'exercice de leur mission dans l'entreprise, la discussion plus large sur l'organisation de l'utilisation d'Internet ou d'autres logiciels par les salariés ne semble pas encore faire l'objet d'une priorité. Le contre-pouvoir des syndicats de l'entreprise au pouvoir de contrôle de l'employeur n'en est qu'à ses balbutiements. Pour le moment, les représentants syndicaux dans l'entreprise sont plus inquiets des conséquences sur l'emploi de l'introduction des NTIC que des possibilités de contrôle des salariés.

Sous-section 1 : Internet et l'exercice du droit syndical dans l'entreprise

L'ouverture de l'entreprise à Internet constitue aujourd'hui un enjeu majeur non seulement pour les employeurs mais aussi pour les syndicats²⁹⁶. Vecteur de communication pour les entreprises, vecteur de revendication pour les organisations syndicales, l'utilisation de la « Toile » permet de véhiculer plus simplement et plus largement des messages.

Le professeur Alain Supiot²⁹⁷ montre que le rapport de force interne dans les grandes structures internationales en particulier se nourrit chaque jour davantage du rapport (médiatique) externe, « l'action collective étant aspirée dans la spirale de la société du spectacle ». Internet devient ainsi un médium d'une puissance sociale inégalée, jusqu'alors inconnue²⁹⁸. Ce nouveau moyen de communication possède également ses inconvénients en soumettant les syndicats aux mêmes dangers d'une surveillance de la part des employeurs.

Les revendications par les organisations syndicales d'un accès Internet ou Intranet se développent. Face à un certain déclin du nombre d'adhérents, l'informatique fournit aujourd'hui une possibilité de mener une action plus large et plus rapide avec des moyens humains moins importants. Cette volonté de mettre en place une action syndicale « virtuelle » est en adéquation avec le Code du travail qui pose à l'article L. 412-23 la faculté de « *négoier sur les modalités complémentaires d'exercice du droit syndical* ».

²⁹⁶ J-C.SCIBERRAS, « L'irrigation de l'entreprise par les nouvelles technologies de l'information et de la communication : le point de vue d'un praticien », DS janvier 2002, p.93.

²⁹⁷ A.SUPIOT, « Revisiter les droits d'action collective », DS juillet-août 2001, p.697

²⁹⁸ J-E.RAY, « NTIC et droit syndical », DS janvier 2002, p.65.

On assiste donc aux premières négociations sur l'accès à Internet par les organisations syndicales. Le contentieux commence à se développer et les décisions de la jurisprudence relatives à ces types d'accords nous donnent quelques indices sur les devoirs de l'employeur en la matière²⁹⁹.

Ces litiges nous interrogent notamment sur l'adaptation des dispositions sur l'exercice du droit syndical dans l'entreprise à un exercice de ce dernier par les voies informatiques. De multiples questions font jour : Peut-on assimiler un « e-tract » à un tract papier ? Peut-on lui transposer les dispositions traditionnelles ? L'employeur peut-il substituer l'usage de l'informatique aux panneaux traditionnels ? Quel droit est applicable aux sites syndicaux ?³⁰⁰

Cependant, si les syndicats ont entamé une réflexion sur les moyens de leur action par le biais des nouvelles technologies, la négociation collective ne semble pas s'être encore approprié la discussion relative à l'organisation d'un contrôle des salariés par l'entreprise.

Sous-section 2 : Internet et la faiblesse de la négociation syndicale

Deux pour cent des expertises technologiques sont relatives aux nouvelles technologies en 2001³⁰¹. Ce chiffre illustre le fait que le sujet est en définitive encore fort peu discuté bien que ses implications soient très étendues et variées. Pourquoi une telle faiblesse de la négociation collective ?

Les explications à ce phénomène peuvent être multiples. Le professeur Paul-Henri Antonmattéi avance pour sa part un argument technique en écrivant qu'« une négociation sur l'utilisation non professionnelle des NTIC par les salariés sur fond d'interdiction et de

²⁹⁹ Voir notamment TGI Versailles, 20 novembre 1998 retenant l'existence d'une discrimination syndicale dans l'autorisation de mettre en place une base de données informatiques donnée à une seule organisation syndicale, GRINSNIR, « L'Internet et les communications syndicales », GP 23 juillet 1999. ; et Soc. 29 mai 2001 Cegelec : « *Les dispositions d'une convention ou d'un accord collectif qui tendent à améliorer l'exercice du droit syndical dans les entreprises [...] sont applicables de pleine droit à tous et en particulier aux syndicats représentatifs sans qu'il y ait lieu de distinguer entre ceux qui ont signé ou adhéré à la convention collective et ceux qui n'y ont pas adhéré* » ; TGI Rouen, 6 septembre 2001, Caisse d'Epargne de Normandie c/ CGT CEHN et Couralet se prononçant sur la possibilité de distribuer des tracts par e-mails en transposant l'autorisation de l'accord collectif pour le tract papier. ; TGI Paris 19 septembre 2001 qui juge l'influence réelle d'un syndicat suite à l'ouverture d'un site web, LS 24 septembre 2001, p.6.

³⁰⁰ A.CRISTAU, « Droit syndical et NTIC de l'entreprise », DS décembre 2002, p.1085.

³⁰¹ J-M.PILLIARD, du cabinet DS & O, développement social et organisation, « Intervenir sur les NTIC dans les entreprises, à la demande des comités d'entreprise ; exemple des PGI », préc.

pouvoir disciplinaire n'est guère réaliste »³⁰². On pourrait comprendre que la surveillance des salariés, appartenant par nature au domaine discrétionnaire du pouvoir disciplinaire, la négociation n'y aurait pas sa place.

Cette interprétation doit être rejetée. En effet, l'utilisation d'Internet met à présent en conflit le pouvoir de l'employeur et les libertés du salarié. Cet affrontement de valeurs égales invite à la conciliation. Dans ce cas, pourquoi ne pas envisager une conciliation de nature conventionnelle ? Rien n'interdit d'envisager une application du principe de proportionnalité mis en place par le législateur au sein même de l'entreprise et non plus seulement devant les tribunaux. Le mécanisme justiciable d'articulation des droits et libertés pourrait faire également l'objet d'une appréciation en amont par les concernés.

Une autre raison de l'inadaptation de la négociation collective à ce domaine serait le caractère foncièrement individuel des litiges en cause. Cette vision est incontestablement tronquée. Nous avons vu qu'intérêt collectif et liberté individuelle sont étroitement liés voire indissociables.

S'il existe un obstacle à la négociation collective sur l'utilisation des NTIC par les salariés, il est certainement à rechercher dans d'autres considérations plus sociologiques. Les difficultés rencontrées tiennent à l'appréhension des nouvelles technologies. La technologie est presque toujours connotée positivement a priori par tous³⁰³. Les syndicats se soumettent ainsi aux discours des experts face à la complexité du sujet sans véritablement s'en saisir. De plus, les conséquences de l'utilisation des nouvelles technologies ne sont pas encore totalement évaluées. Les organisations syndicales semblent aborder la question sous un angle technique. Or il n'y a pas de neutralité de la technologie ou des techniques, pour la simple et bonne raison que la technique est déjà un rapport social³⁰⁴.

La « discussion collective » que nombre d'auteurs appellent de leur vœu, doit ainsi s'engager avec les organisations syndicales. Un débat articulé autour de valeurs si générales que les libertés dans l'entreprise réclame une discussion au plus haut niveau, une

³⁰² P-H.ANTONMATTEI, « NTIC et vie personnelle au travail », préc.

³⁰³ F.COCHET, « L'expertise en nouvelles technologies le point de vue d'un praticien », préc.

³⁰⁴ P.ROQUELO cité in P-Y.VERKINDT, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles pratiques d'expertise », préc.

réflexion devant dépasser le particularisme de chaque entreprise. Cette nécessité d'élévation du débat dans les niveaux de négociation est illustrée par la réflexion entamée au niveau de l'Union européenne. Internet est un réseau de communication mondiale permettant des transferts rapides de données hors frontières. L'harmonisation des solutions au niveau européen s'impose avec évidence. La directive de 1995 et la consultation des partenaires sociaux européens sont d'ailleurs les fruits de cette constatation. L'implication des syndicats se justifie ainsi même au-delà de la structure de l'entreprise.

L'intervention des syndicats dans ce domaine pourrait permettre un passage d'un pouvoir discrétionnaire de l'employeur à un pouvoir négocié. Cette solution ne serait pas contraire à l'évolution des rôles des différentes instances représentatives, le comité d'entreprise pouvant ainsi constituer une instance préparatoire à la négociation par le biais de son pouvoir d'information. L'évolution du droit, après s'être attaché à poser des limites au pouvoir de l'employeur, se dirige vers une réflexion en terme d'acteur et de surveillance de l'exercice du pouvoir dans les limites fixées. Cette transformation ne peut laisser de côté les organisations syndicales. Des « procédures de conduite du changement »³⁰⁵ doivent être envisagées.

³⁰⁵ M.AUBRY et P-L.REMY, « Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies », DS 1992, p.522

Chapitre 3. L' intervention de la Commission Nationale Informatique et Libertés (C.N.I.L.)

Créée par la loi du 6 janvier 1978, la Commission Nationale Informatique et Libertés, autorité administrative indépendante, assure l'application de la protection des données à caractère personnel organisée par le droit informatique (article 14) Cette institution se doit de faire respecter les grands principes mis en place par le législateur : respect de l'information des personnes concernées, pertinence des données collectées, limitation de leur conservation, droit d'accès et de rectification³⁰⁶, etc...

La CNIL a peu à peu affirmé son rôle d'expert des nouvelles technologies de l'information et de la communication pour devenir une institution de référence respectée en tant que telle par les professionnels utilisateurs. Son rôle a considérablement évolué depuis sa création³⁰⁷. Envisagée comme institution de contrôle d'importants systèmes informatiques publics dont on redoutait un usage abusif par l'administration, l'enjeu principal aujourd'hui est d'appréhender l'usage privé de ces nouvelles technologies. La CNIL concentre maintenant son contrôle sur le pouvoir privé, et notamment celui exercé par les employeurs sur leurs salariés.

L'introduction des nouvelles technologies et surtout l'utilisation d'Internet ont l'originalité d'entraîner l'intervention d'une institution extérieure à l'entreprise dans ce contrôle du pouvoir de l'employeur. La transparence oblige ainsi ce dernier au-delà du lieu de travail, et plus seulement au niveau des tribunaux au travers d'une action contentieuse. La surveillance et la mise en cause des libertés fondamentales dépassent la sphère privée. L'existence de contre-pouvoir dépasse donc les frontières de l'entreprise (section 1). Le droit du travail a d'ailleurs largement bénéficié de cette rencontre avec le droit informatique qui lui a apporté des axes d'orientation dans l'appréhension des nouvelles technologies (section 2).

³⁰⁶ A.MOLE, « Au-delà de la loi informatique et libertés », DS juin 1992, p.603.

³⁰⁷ A.KAHN, « La nécessaire mutation de la CNIL », Le Monde du 11 janvier 1998.

Section 1. La soumission du pouvoir de contrôle de l'employeur à la régulation de la CNIL

La surveillance des salariés par l'employeur est soumise au contrôle de la CNIL. En effet, le chef d'entreprise, pour contrôler l'exécution du travail, doit mettre en place un traitement automatisé (art.5 de la loi du 6 janvier 1978). Est visé « *tout ensemble d'opérations réalisées par des moyens automatiques, relatif à la collecte, l'enregistrement, l'élaboration, la modification, la conservation et la destruction d'informations nominatives, ainsi que tout ensemble d'opérations de même nature se rapportant à l'exploitation de fichiers ou base de données...* ». Ainsi tout système visant la récolte et l'exploitation de données individuelles du salarié doit donner lieu à une déclaration préalable³⁰⁸ à la CNIL selon les dispositions des articles 15, 16 et 17.

Cette déclaration nécessite la fourniture d'un nombre important d'informations sur le système mis en place : sa finalité, les personnes concernées, la nature et le temps de conservation des données collectées, les personnes ayant accès au système, les mesures de sécurité prises,...(article 19).

La Commission a d'ailleurs fortement étendu son champ d'intervention en considérant comme soumis à son contrôle, et par conséquent à la formalité de déclaration, les systèmes collectant des informations nominatives telles que les numéros de téléphones, l'enregistrement d'images sur le lieu de travail ou la mise en place de cartes à puces permettant d'identifier des personnes physiques. La CNIL s'est donc prononcé à plusieurs reprises sur l'utilisation de système comme les autocommunicateurs, les badges ou encore l'enregistrement de conversations téléphoniques³⁰⁹. Tout type de contrôle de l'employeur par des moyens techniques modernes ou même plus traditionnels³¹⁰, comme le fichier papier, est soumis au respect de la loi informatique et libertés.

Pour assurer ce contrôle efficace, la CNIL dispose d'un pouvoir d'investigation lui permettant de mener directement des enquêtes dans l'entreprise ou l'administration

³⁰⁸ I. DE BENALCAZAR, « La sécurité informatique au sein de l'entreprise », Travail et protection sociale, août-sept. 2002, p.4

³⁰⁹ P.DESFARGES, « Protection des salariés et nouvelles technologies », action juridique CFDT, n°147, mars 2001.

³¹⁰ La loi informatique et libertés vise également les fichiers non automatisés ou mécanographiques. Les fichiers papiers sont donc soumis également à contrôle.

considérée (l'article 21 prévoit le mandatement d'un expert sur les lieux). La Commission peut également informer le parquet de l'infraction caractérisée par l'absence de déclaration, délit visé par l'article 226-16 du Code pénal prévoyant une peine pouvant aller jusqu'à trois ans d'emprisonnement et une amende de 45.000 euros.

Le défaut de déclaration du traitement a également été sanctionné par les tribunaux notamment en privant l'employeur du droit de sanctionner un salarié au motif d'un manquement au règlement intérieur ou d'une faute³¹¹. La Cour de cassation a même admis les salariés ayant fait l'objet d'un fichage non déclaré à engager la responsabilité de leur employeur en raison du préjudice qu'ils ont subi³¹². La Cour d'appel n'avait pas quant à elle hésité à annuler un licenciement fondé sur le relevé fourni par un autocommutateur non déclaré à la CNIL³¹³.

Cependant, il convient de constater que le rôle répressif de la CNIL est très limité. L'autorité de l'institution réside plutôt dans sa force de proposition vis-à-vis des difficultés rencontrées dans l'utilisation des NTIC. On peut prendre pour exemples les multiples propositions faites par le rapport du 5 février 2002 relativement à l'usage d'Internet par les salariés : suggestions relatives à l'utilisation des connexions, messageries et fichiers de journalisation, ou encore une réflexion sur le rôle des acteurs de l'entreprise et notamment celui de l'administrateur réseau. La CNIL s'affirme comme une véritable structure de régulation des pratiques d'entreprise s'appuyant sur une expertise solide et une approche juridique complète.

La crédibilité de l'institution est prouvée par les chiffres du dernier rapport d'activité de la CNIL³¹⁴ : près de 1126 demandes de conseils en 2002 contre 985 en 1995 ; et près de 5076 plaintes déposées la même année contre seulement 1636 en 1995. Témoignage d'un développement important des atteintes aux libertés enregistrées laissant entrevoir une progression prochaine du contentieux, ces chiffres sont aussi le signe que la CNIL a assis son rôle d'autorité régulatrice, même vis à vis du pouvoir privé des employeurs. Le rapport annuel souligne même que les nouvelles chartes Internet présentées cette année montrent une nette prise en compte des recommandations formulées par l'institution. Le rôle actuel

³¹¹ CA Paris, 7 mars 1997, Juris-data n°1997-145997.

³¹² Soc. 7 juin 1997, Juris-data n°1997-001405.

³¹³ CA Paris, 7 mars 1997, Gaz. Pal. 20 et 21 janvier 1999, p. 30

³¹⁴ CNIL, 23^{ème} rapport d'activité 2002, www.cnil.fr

de la CNIL ne constitue en fait qu'une illustration du résultat fécond généré par la rencontre du droit informatique et du droit social.

Section 2. L'influence de la CNIL sur la construction du droit social

Le droit informatique constitue le fondement de la réflexion du système juridique sur l'introduction des nouvelles technologies dans l'entreprise. En effet, le droit du travail n'abordant pas en France le développement des nouvelles technologies sous l'angle des libertés individuelles jusqu'en 1992, la protection des libertés personnelles et de la vie privée du salarié s'est construite essentiellement autour de la loi du 6 janvier 1978³¹⁵. Dès lors, c'est auprès de cette loi et de la CNIL que le droit social a puisé ses premières orientations.

A ce titre, le rapport du professeur Gérard Lyon-Caen préconisait déjà à son époque la transposition en droit du travail de certains concepts de la loi informatique et libertés, relatifs à la transparence, la pertinence, la finalité ainsi qu'une coopération entre la CNIL et l'inspection du travail³¹⁶. L'auteur soulignait tout de même une adaptation nécessaire du droit informatique à la spécificité des relations professionnelles, et notamment une prise en compte de la dimension collective en associant les représentants des salariés.

La CNIL et le droit informatique ont donc joué un rôle précurseur dans le domaine des nouvelles technologies. Cette place est d'ailleurs toujours d'actualité. Toutefois, la Commission se trouve confronté à de nouveaux enjeux auquel le droit informatique et le droit social se doivent de répondre.

Le premier problème réside dans l'internationalisation de l'outil informatique et l'existence de « paradis des données » ou « paradis informatique ». Certaines entreprises n'hésitent plus à exporter leurs données vers des territoires moins exigeants quant au respect des libertés fondamentales. La CNIL a déjà connu ce type de difficultés. On peut prendre en exemple la sanction en 1989 d'une filiale française de la société Fiat envoyant des données personnelles à un fichier central basé à Turin. La CNIL avait imposé à la filiale la signature

³¹⁵ A. MOLE, « Au-delà de la loi informatique et libertés », préc.

³¹⁶ Rapport de G. LYON-CAEN « Les libertés publiques et l'emploi », au ministre du travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, décembre 1991, Documentation française.

d'un contrat avec la société mère obligeant cette dernière à respecter les dispositions de la loi de 1978. La directive de 1995 avait d'ailleurs pour objectif l'harmonisation de la protection des données personnels sur le territoire européen.

La CNIL est également confronté à l'évolution de son rôle. L'efficacité d'une protection nécessite d'autres moyens d'action. L'avocate Ariane Mole³¹⁷ avait évoqué une orientation intéressante en envisageant de donner à l'institution un pouvoir d'homologation des systèmes et logiciels créés avant leur commercialisation. Elle aurait pu ainsi décerner un « label » aux systèmes de traitement présentant les caractéristiques requises. Cependant cette voie n'a pas été empruntée. Cette autorisation intervient en réalité de fait. Les fabricants de logiciels déclarent leur produit à la CNIL afin d'éviter ensuite à leur client des formalités plus lourdes. L'avis se prononce ainsi sur le projet « global », de simples formalités étant exigées pour l'application locale du système.

La CNIL a donc abandonné la voie d'un contrôle a priori pour se recentrer sur un contrôle a posteriori. La réforme envisagée de la loi du 6 janvier 1978 prévoit en effet d'alléger les formalités de déclaration dans le cas où l'entreprise ou l'organisme mettant en place le système de traitement désigne une personne détachée à la protection des données à caractère personnel (article 18 de la directive du 24 octobre 1994)³¹⁸.

Cette logique en terme d'acteur retenue par la CNIL est intéressante. Même si l'institution perd en partie son rôle de prévention, c'est pour mieux introduire la protection des libertés individuelles dans les structures même de l'entreprise. Le droit informatique montre encore une fois qu'il reste une source importante où le droit du travail peut puiser ses nouvelles constructions. Ainsi, en plus de l'instauration d'un contrôle extérieur à l'entreprise du pouvoir de l'employeur, la CNIL nous fournit également la clef d'une autre étape dans l'appréhension des NTIC par le droit. On approche d'un pouvoir négocié, ou tout du moins d'un pouvoir dont le processus décisionnel sera fortement encadré par un chemin procédural.

³¹⁷ A.MOLE, « Au-delà de la loi informatique et libertés », préc.

³¹⁸ G.BRAIBANT, Rapport au Premier ministre sur la transposition en droit français de la directive 95/46, mars 1998

Conclusion

L'exercice d'un contrôle de l'employeur au moyen des nouvelles technologies constitue certainement un terrain d'étude privilégié de l'évolution de la conception du pouvoir par le droit. Les NTIC facilitent les abus de liberté et de pouvoir et offrent ainsi une situation de conflit extrême entre ces deux valeurs.

Cette métamorphose du pouvoir depuis plusieurs années doit nous interroger sur les futures orientations de notre système juridique. Le cantonnement à une sanction de l'abus du pouvoir unilatéral n'est plus d'actualité. Nous assistons aujourd'hui à une justification croissante exigée de la part de tout titulaire de prérogatives importantes, et plus particulièrement lorsque ces dernières entrent en conflit avec des libertés jugées comme fondamentales.

Cette montée en puissance de l'obligation de motivation invite aujourd'hui à concevoir l'entreprise non comme une relation binaire unissant un employeur à son subordonné, mais plutôt comme un lieu de discussion où cohabitent des pouvoirs, certes d'étendue et de nature différentes, mais nécessitant un dialogue. Le pouvoir doit aujourd'hui s'extérioriser. Il appelle ainsi une participation à son exercice de la part des personnes soumises à sa contrainte. Le salarié en tant qu'individu, mais également la collectivité des travailleurs sont de plus en plus associés au processus décisionnel.

Réduisant considérablement le domaine du discrétionnaire, le droit fait peu à peu place à un exercice transparent du pouvoir allant même au-delà des frontières de l'entreprise. L'employeur n'est plus seul, l'intérêt de l'entreprise n'est plus l'unique but à poursuivre.

Après l'exigence de justification pesant sur l'employeur et l'organisation de l'information des travailleurs, quelle peut être la prochaine étape de l'évolution de l'exercice du pouvoir dans l'entreprise ? Tout laisse à penser que l'avenir se trouve dans la négociation, ou tout du moins dans une concertation sur l'exercice de ce pouvoir de contrôle de l'employeur. L'émergence des droits fondamentaux met aujourd'hui certaines libertés du salarié sur un pied d'égalité avec la liberté d'entreprendre et le droit de propriété du chef d'entreprise. La conciliation rendue nécessaire par ce changement ne doit pas être limitée à une discussion

judiciaire. L'effectivité d'un tel consensus réside probablement dans la participation même des personnes concernées.

La CNIL, inspirée par certains auteurs, se fait écho de cette orientation souhaitable de l'exercice des libertés dans l'entreprise. Il est en effet souhaitable de confier en amont aux acteurs de l'entreprise une possibilité de négocier la conciliation des intérêts divergents. Cette démarche a d'ailleurs été engagée dans certaines entreprises ³¹⁹.

L'élaboration de procédures internes de résolution des conflits entre intérêt de l'entreprise et intérêt du salarié permettrait d'encadrer le pouvoir de l'employeur tout en associant les travailleurs et leurs représentants. Cette idée est d'ailleurs mise en avant par le Professeur Gérard Lyon-Caen qui préconise la mise en place d'un « commissaire aux données » indépendant dont le rôle serait de contrôler l'usage de l'informatique³²⁰. Le tiers désigné en accord entre la direction et les instances représentatives du personnel pourrait prendre la forme d'un « délégué à la protection des données et à l'usage des nouvelles technologies »³²¹ dont la mission serait la surveillance de l'exercice du contrôle informatique et le traitement des difficultés liées au droit d'accès, aux mesures de sécurité, aux sanctions ou licenciements envisagés par l'employeur. L'objectif est ici la mise en place de procédures conventionnelles dans l'entreprise guidées par le souci d'organiser une médiation interne.

Le recours à la négociation ou la concertation dans ce domaine permettrait tout d'abord d'éviter un développement trop important du contentieux. L'encadrement par une procédure et la vigilance des instances représentatives des travailleurs constitueraient également un moyen de dissuasion des abus constatés.

Les acteurs de cette procédure seraient la représentation élue du personnel et l'administrateur réseau. Les délégués du personnel, outre une présence plus étendue dans les entreprises, dispose déjà d'une reconnaissance par la loi d'un rôle dans la prévention des atteintes aux libertés. De plus, ils sont tenus à une obligation de confidentialité

³¹⁹ S. FOULON, « les nouveaux mouchards de l'entreprise », Liaisons sociales, magazine, oct. 1999. La direction de la centrale de Blayais a convenu un dépouillement des données personnelles en présence des organisations syndicales. La même pratique est suivie chez Usinor.

³²⁰ G. LYON-CAEN, « Débat autour de l'arrêt Nikon France », rapport « Les libertés publiques et l'emploi »

³²¹ Rapport de la CNIL du 5 février 2002.

nécessaire dans une procédure pouvant mettre en jeu des aspects de la vie privée ou personnelle du salarié. Cette obligation au secret professionnel et de discrétion³²² apparaît également primordiale pour la préservation de la sécurité de l'entreprise et de la confidentialité de ses activités.

Face aux représentants du personnel, la direction se trouve dans la majorité des cas représentée par les administrateurs réseaux. Titulaire d'un savoir complexe, ils bénéficient en règle générale d'une grande autonomie dans la surveillance des salariés³²³, disposant même dans certains cas de délégations de pouvoirs. L'appréhension du pouvoir nécessite une identification de son titulaire. L'administrateur réseau est par conséquent l'interlocuteur privilégié d'une concertation dans l'entreprise.

Ce dernier doit tout de même être tenu au secret professionnel étant donné la confidentialité des données qu'il manipule. Certains préconisent que cette obligation soit mentionnée au règlement intérieur³²⁴. Cependant, en l'absence de précision, l'administrateur s'expose tout de même à des condamnations pénales pour violation du secret des correspondances (art. 226-15 C.pén.) ou du secret professionnel (art. 226-13 C.pén.). Ces sanctions motivent à elles seules la confidentialité de l'administrateur. La seule difficulté réside peut-être quand sa qualité de salarié entre en conflit avec une éventuelle qualité de représentant de l'employeur.

L'intervention des acteurs dans une concertation sur l'utilisation de leurs droits respectifs est à rechercher. Le droit ne doit pas simplement parvenir à une adaptation aux nouvelles technologies; les acteurs de l'entreprise doivent également réfléchir à une adaptation des technologies aux exigences de notre droit, et plus généralement aux valeurs de notre société. Les nouvelles technologies ont le visage que nous voulons bien leur donner.

Tout ce qui est humainement souhaitable se doit d'être techniquement possible...

³²² A. TEISSIER, « l'obligation de confidentialité des délégués du comité d'entreprise auprès de l'organe de direction (art.432-6 du Code du travail) », JCP-E, 24 avril 2003, p.746.

³²³ CA Paris 17 décembre 2001 : « *il est dans les fonctions des administrateurs réseaux d'assurer le fonctionnement normal de ceux-ci (les réseaux) ainsi que leur sécurité ce qui implique qu'ils aient un accès à l'ensemble des données du réseau afin de régler les problèmes techniques ou de sécurité informatique* ».

³²⁴ Forum des droits sur l'internet, Rapport « Relations du travail et internet » du 17 septembre 2002

PARTIE I LES LIMITES À L'EXERCICE DU POUVOIR DE CONTRÔLE DE L'EMPLOYEUR
--

Chapitre 1^{er} . Les fondements du pouvoir de contrôle de l'employeur

Section 1 : La qualité d'entrepreneur 16

Sous section 1. Le pouvoir du propriétaire	16
<i>a. Le droit de propriété</i>	16
<i>b. La liberté d'entreprendre</i>	28
Sous section 2. Propriété et sécurité : Internet et les risques d'atteintes aux biens de l'entreprise.	19
<i>a. La sécurité informatique</i>	19
<i>b. Sécurité et résurgence de la théorie institutionnelle</i>	23

Section 2 : La qualité d'employeur 25

Sous section 1 : Lien de subordination et responsabilité de l'employeur	25
<i>a. La responsabilité civile</i>	26
<i>b. La responsabilité pénale</i>	29
Sous-section 2 : Lien de subordination et contrôle de l'exécution de ses obligations par le salarié	32

Chapitre 2 . Les techniques de contrôle du pouvoir de l'employeur

Section 1 . L'évolution des limites au pouvoir de contrôle de l'employeur 36

Sous-section 1 : De l'invocation de la protection de la vie privée	36
<i>a. Pouvoir de contrôle de l'employeur et sphère de la vie privée</i>	36
• Reconnaissance de la notion de vie privée	
• Le contenu de la notion de vie privée	
• Vie privée et détournement de pouvoir	
<i>b. L'application difficile de la notion de vie privée à l'utilisation d'Internet par le salarié.</i>	41
• Secret des correspondances et vie privée.	
• L'inadaptation de la notion de vie privée à l'exercice des libertés dans l'entreprise.	
Sous-section 2 : ...à l'invocation de la vie personnelle du salarié	44
<i>a. La reconnaissance de la notion de vie personnelle du salarié</i>	44
<i>b. Contenu et portée de la notion de vie personnelle</i>	46

**Section 2 : Pouvoir de contrôle et principe de proportionnalité : la coexistence
pouvoir - liberté.** **46**

Sous-section 1 : Naissance et généralisation du principe de proportionnalité **48**

- b. L'émergence du principe de proportionnalité* **48**
- L'expansion du principe de proportionnalité.
- La nature du principe de proportionnalité
 - c. Le principe de proportionnalité en droit social* **52**

Sous-section 2 : Applications et imperfections du principe de proportionnalité **53**

- a. Pouvoir de contrôle et contrôle de proportionnalité* **53**
- Règlement intérieur et chartes Internet
- Contrat de travail
 - b. Les insuffisances du contrôle de proportionnalité* **57**

PARTIE II
L'OBLIGATION DE TRANSPARENCE
DANS L'EXERCICE DU POUVOIR DE CONTROLE DE L'EMPLOYEUR

Chapitre 1^{er} . L'information du salarié.

Section 1. Information et exigence de bonne foi **66**

Sous-section 1 : Principe de bonne foi et licéité des moyens de preuve **67**

- a. L'information préalable du salarié* **67**
- Reconnaissance du principe
- Application du principe
 - b. Les exceptions au principe de loyauté dans la preuve* **69**

Sous-section 2 : Principe de bonne foi et contrôle de proportionnalité **71**

- a. Les insuffisances d'une protection probatoire* **71**
- L'absence de prise en compte du détournement de finalité du procédé de surveillance
- Une fiabilité contestable de la preuve constituée par un système de surveillance électronique ou informatique
 - b. Preuve et principe de proportionnalité* **74**

Section 2. Information et consentement du salarié **76**

Sous-section 1 : Loi du 6 janvier 1978 et la protection des données personnelles **76**

- a. Droit de l'informatique et droits de la personne* **76**

<i>b. La transposition de la protection du droit informatique au salarié</i>	78
<u>Sous-section 2 : La directive du 24 octobre 1995 et le consentement du salarié</u>	<u>79</u>

Chapitre 2 . L' intervention des représentants des travailleurs

Section 1. Internet et représentation élue du personnel **82**

<u>Sous-section 1 : La consultation du comité d'entreprise</u>	<u>83</u>
<i>a. La compétence du comité d'entreprise en matière de nouvelles technologies</i>	83
• La conception extensive de la compétence du comité d'entreprise • Les fondements de l'intervention du Comité d'entreprise	
<i>Efficacité de la consultation du comité d'entreprise</i>	86
• Les moyens de la consultation : l'expertise technologique • Les conséquences de la non-consultation des représentants du personnel ❑ Les sanctions civiles ❑ Les sanctions pénales	
<u>Sous-section 2 : La mission du délégué du personnel</u>	<u>89</u>
<i>a. Le délégué du personnel, gardien des libertés dans l'entreprise</i>	89
<i>b. Le délégué du personnel : gardien des libertés du salarié dans l'entreprise ?</i>	91

Section 2. Internet et la représentation syndicale dans l'entreprise **93**

<u>Sous-section 1 : Internet et l'exercice du droit syndical dans l'entreprise</u>	<u>94</u>
<u>Sous-section 2 : Internet et la faiblesse de la négociation syndicale</u>	<u>95</u>

Chapitre 3 . L'intervention de la Commission Nationale Informatique et Libertés

Section 1. La soumission du pouvoir de contrôle de l'employeur à la régulation de la CNIL **99**

Section 2. L'influence de la CNIL sur la construction du droit social **101**

BIBLIOGRAPHIE

- P-H ANTONMATTEI, « *NTIC et vie personnelle au travail* », DS 2002, p.37
- G. ATHEA et D.VERET, « *Communications électroniques et service public : la nécessaire prise en compte du risque pénal* », Gazette du palais, 23 octobre 2002, p.28
- M. AUBRY et P-L. REMY, « *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies* », DS 1992, p.522
- A. BACQUET, Commissaire de gouvernement, « *Règlement intérieur et libertés publiques* », DS juin 1980, p.310
- M. BEHAR-TOUCHAIS, Rapport introductif, Dossier : « *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* », Petites Affiches 30 septembre 1998
- M. BEHAR-TOUCHAIS, Conclusion, Dossier : « *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* », Petites Affiches 30 septembre 1998
- B. BOSSU, « *Nouvelles technologies et surveillance du salarié* », RJS août-sept.2001
- B. BOSSU, « *L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux des salariés* », DS 1998, p. 127
- H. BOUCHET, « *A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié* », DS 2002, p.78
- A.BOUILLOUX, « *L'adaptabilité du contrat de travail* », Dr. ouvrier, p.487
- G.BRAIBANT, « *Le principe de proportionnalité* », Mélanges Waline, 1979, p.297
- Y. CHAUVY, « *Contrôle du travail par filature : un procédé de preuve illicite* », RJS juillet 1995
- F. COCHET, « *L'expertise en nouvelles technologies : le point de vue d'un praticien* », DS 1992, p.556
- A. COEURET, « *Les titulaires du pouvoir disciplinaire* », DS 1998, p.25
- J-D COMBREXELLE, « *Conclusions* », DS 2002, p.103
- D. CORRIGNAN-CARSIN, « *Loyauté et droit du travail* », Mélanges en l'honneur d'Henry Blaise, 1994.
- A. CRISTAU, « *Droit syndical et NTIC de l'entreprise* », DS 2002, p.1085
- S. DARMAISIN, « *L'ordinateur, l'employeur et le salarié* », DS 2000, p. 580

I DE BENALCAZAR, « *L'application du principe du secret de la correspondance aux courriers électroniques reçus ou émis à l'aide d'un outil informatique à usage professionnel* », Travail et protection sociale, janvier 2002, p.5

I. DE BENALCAZAR, « *La sécurité informatique au sein de l'entreprise* », Travail et protection sociale, août-sept. 2002, p.4

I. de BENALCAZAR, « *Le salarié est-il victime des nouvelles technologies ?* », Travail et protection sociale, mai 2001, p.4

I. DE BENALCAZAR, « *Nouvelles technologies et règlement intérieur* », Travail et protection sociale, octobre 2001, p.6

A. DE SENG, « *Libres propos concernant l'usage de la messagerie électronique professionnelle par les salariés* » (TGI paris 2 nov. 2000), DO février 2001

P. DESFARGES, « *Protection des salariés et nouvelles technologies* », Action juridique CFDT mars 2001, p.7 et s.

M. DESPAX, « *La vie extraprofessionnelle et son incidence sur le contrat de travail* », JCP 1963, I 1776

F. DESPORTES, « *Faute pénale et responsabilité civile du préposé* », RJS, août-sept. 2002

O. DE TISSOT, « *Internet et contrat de travail* », DS 2000, p. 150

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

J.DEVEZE et M.VIVANT, « *Il n'est pas de courriel que confidentiel* », Cahiers Lamy informatique 2001, août-septembre (E), p.1.

J. DUPLAT, « *Surveillance des salariés et vie privée* », février 2003.

J. DUPLAT, « *Droit d'expression et libertés d'expression des salariés dans l'entreprise, Cass. soc., 14 déc.1999* », DS 2000, p.163

F. DUQUESNE, « *Les contours de la mission d'assistance du délégué du personnel* », DS juin 2003, p.631.

N. EL HAGE, « *Les règles de la responsabilité du commettant du fait de des préposés sont-elles adaptées au télétravail ?* », DS 2002, p. 42

M-C ESCANDE-VARNIOL, « *La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise* », RJS 4/00, p.200

M-C. ESCANDE-VARNIOL, « *Les éléments constitutifs d'une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif extraprofessionnel* », RJS Juillet 1993,

- M. FABRE-MAGNAN, « *Le contrat de travail défini par son objet* », in « *Le travail en perspectives* », ouv. coll. Paris, LGDJ 1998
- S. FOULON, « *Les nouveaux mouchards de l'entreprise* », Liaisons sociales, magazine, oct. 1999
- J. FRAYSSINET, « *Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise* », DS 1992, p. 596
- M. LE FRIANT, A. JEAMMAUD et A. LYON-CAEN, « *L'ordonnancement des relations du travail* », D. 1998 chr. p.359.
- M. FROMONT, « *Le principe de proportionnalité* », AJDA 20 juin 1995, n°spécial
- J-Y. FROUIN, « *La protection des droits de la personne et des libertés du salarié* », CSBP, 1998, n°99, p.123
- M. GREVY, « *Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ?* », DS 1995, p.329
- T. GRUMBACH, « *Nouvelles technologies et relations collectives du travail; syndicat et CE : une nouvelle répartition des rôles* », DS 1992, p.544
- A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT et A. LYON-CAEN, « *L'ordonnancement des relations du travail* », D. 1998 chr. p.359.
- D. JOURDAN, « *Les procédés de surveillance de l'activité des salariés* », Travail et Protection sociale, août-septembre 2001, p.9.
- S. KEHRIG, « *Disque dur de l'employeur et vie personnelle du salarié* », Semaine sociale Lamy du 8 octobre 2001, p.4
- H. LECUYER, « *Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat* », Dossier : « *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* », Petites Affiches 30 septembre 1998
- A. LYON-CAEN et I.VACARIE, « *Droits fondamentaux et droit du travail* », Mélanges en l'honneur de J-M.VERDIER, 2001.
- A. LYON-CAEN, M. LE FRIANT et A. JEAMMAUD., « *L'ordonnancement des relations du travail* », D. 1998 chr. p.359.
- G.LYON-CAEN, « *Débat autour de l'arrêt Nikon France* », Semaine sociale Lamy, mars 2002, n°1065
- A. MAZEAUD, « *Contractuel, mais disciplinaire* », DS février 2003; chronique Droit de l'Internet, JCP Entreprise et Affaires, janvier 2003.
- A. MAZEAUD, « *Proportionnalité en droit social* », Dossier : « *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* », Petites Affiches 30 septembre 1998

D. MAZEAUD, « *Le principe de proportionnalité et la formation du contrat* », Dossier : « *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* », Petites Affiches 30 septembre 1998

I. MEYRAT, « *Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente* », DO 2002, p.343.

M. MINE, « *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise* », Travail et Emploi, n°84, octobre 2000

N. MOLFESSIS, « *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat* », Dossier : « *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* », Petites Affiches 30 septembre 1998

A. MOLE, « *Mails personnels et responsabilités : quelles frontières ?* », DS 2002, p. 84

A. MOLE, « *Débat autour de l'arrêt Nikon France* », Sem.soc. Lamy, 15 octobre 2001, n°1046,

A. MOLE, « *Au delà de la loi informatique et libertés* », DS 1992, p.603.

J. PELISSIER, « *La loyauté dans la négociation collective* », Dr.ouvrier 1997, p.496

C. PIZZIO-DELAPORTE, « *Libertés fondamentales et droits des salariés : le rôle du juge* », DS 2001, p.404

C. RADE, « *NTIC et nouvelles formes de subordination* », DS 2002, p.26

C. RADE, « *La figure du contrat dans le rapport de travail* », DS septembre-octobre 2001

C. RADE, « *A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique, Cass. soc. 16 juin 1998, Sté Hôtel Le Berry* », DS 1999, p.3

J-E RAY, « *De la sub/ordination à la sub/organisation* », DS 2002, p.5

J-E RAY, « *NTIC et droit syndical* », DS 2002, p.65

J-E RAY, « *Courrier privé et courrier personnel, Cass.soc. 2 octobre 2001* », DS 2001, p.915

J-E RAY, « *Le droit du travail à l'épreuve du télétravail : le statut du télétravailleur* », DS 1996, p.121

J-E RAY, « *Le droit du travail à l'épreuve du télétravail. Une nécessaire adaptation.* », DS 1996, p.351

J-E.RAY, « *Comité d'entreprise, transparence et dissuasion* », DS mars 1993, p.215

J-E. RAY, « *Nouvelles technologies, nouveau droit du travail ?* », DS 1992, p.519

P-L. REMY et M. AUBRY, « *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies* », DS 1992, p.522

V. RENAUX - PERSONNIC, « *De la contractualisation obligatoire à la décontractualisation possible des objectifs* », RJS février 2001

M. RICHEVAUX, « *L'introduction d'Internet dans les entreprises* », DO sept. 2000, p.371

RIVERO, « *Les libertés publiques dans l'entreprise* », DS 1982, p.424

W. ROUMIER, « *Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ?* », Travail et protection sociale, février 2003, p.4.

J. SAVATIER, « *Portée de l'immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle* », DS juin 2003, p.625.

J. SAVATIER, « *La protection de la vie privée* », DS 1992, p.329

J. SAVATIER, « *Le licenciement, à raison de ses mœurs, d'un salarié d'une association à caractère religieux* », DS 1991, p.485.

J. SAVATIER, « *Pouvoir patrimonial et direction des personnes* », DS 1982, p.1

J-C. SCIBERRAS, « *L'irrigation de l'entreprise par les nouvelles technologies de l'information et de la communication : le point de vue d'un praticien* », DS 2002, p.93

S. SIMITIS, « *Quatre hypothèses et quatre dilemmes ; quelques propos sur l'état actuel de la protection des données personnelles des salariés* », DS 2002, p.88

A. SUPIOT, « *Travail, droit et technique* », DS 2002, p.13

A. SUPIOT, « *Les nouveaux visages de la subordination* », DS 2000.

A.SUPIOT, « *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise* », DS mars 1989, p.195

A. TEISSIER, « *L'obligation de confidentialité des délégués du comité d'entreprise auprès de l'organe de direction (art.432-6 du Code du travail)* », JCP-E, 24 avril 2003, p.746.

A. TEISSIER, « *L'éthique, une norme d'entreprise ?* », Travail et protection sociale, octobre 2000, p.6

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

R. VATINET, « *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés* », Dossier : « *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* », Petites Affiches 30 septembre 1998

P-Y. VERKINDT, « *NTIC et nouvelles pratiques d'expertise* », DS 2002, p.54
J-M. VERDIER, « *Sur la protection spécifique des droits fondamentaux en droit du travail* », DS 2001, p.1035.

D. VERET et G. ATHEA, « *Communications électroniques et service public : la nécessaire prise en compte du risque pénal* », Gazette du palais, 23 octobre 2002, p.28

M. VERICEL, « *L'employeur dispose-t-il d'un pouvoir normatif en dehors du domaine du règlement intérieur ?* », DS 2000, p.1059

M. VIVANT et J. DEVEZE, « *Il n'est pas de courriel que confidentiel* », Cahiers Lamy informatique 2001, août-septembre (E), p.1.

P. WAQUET, « *Propos liminaires* », DS 2002, p.10

P. WAQUET, « *Retour sur l'arrêt Nikon* », Semaine sociale Lamy, 4 mars 2002, p.5

P. WAQUET, « *Petite chronique de droit disciplinaire* », DS 2002, p.862

P. WAQUET, « *La vie personnelle du salarié* », Mélanges en l'honneur de J-M.VERDIER, 2001

P. WAQUET, « *Le pouvoir de direction et les libertés des salariés* », DS 2000, p.1051

P. WAQUET, « *Droit disciplinaire et modification du contrat de travail* », Cass. soc. 16 juin 1998, Sté Hôtel LE Berry », DS 1998, p.803

« *La cybersurveillance sur les lieux de travail, rapport de la CNIL* », Liaisons sociales, 11 mars 2002

RF social, cahier juridique complémentaire, n°11, 8 juillet 2002

I.N.S.E.E., Economie et statistiques 2000 :

« *Informatisation de l'« ancienne » économie : nouvelles machines, nouvelles organisations et nouveaux travailleurs* » ;

« *Le paradoxe de la productivité : changements organisationnels, facteur complémentaire à l'informatisation* » ;

« *La charge mentale au travail : des enjeux complexes pour les salariés* »

« *La protection de la vie personnelle du salarié au travail* », Semaine sociale Lamy, n°940

OUVRAGES

M-P. FENOLL-TROUSSEAU, G. HAAS, « *La cybersurveillance dans l'entreprise et le droit* », Litec, 2002.

E. GAILLARD, « *Le pouvoir en droit privé* », Economica, 1985

S.GUINCHARD, M.BRANDRAC, X.LAGARDE, M.DOUCHY, « *Droit processuel, droit commun du procès* », Dalloz 2001

G.LYON-CAEN, J.PELISSIER et A.SUPIOT, *Droit du travail*, Dalloz, 1996

J-E. RAY, « *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC* », Coll. Droit vivant, 2001.

A. VITALIS, « *Informatique, pouvoir et libertés* », 1988

ARTICLES DE PRESSE

« *Manager par le « forward »* », Le monde initiatives, avril 2003.

« *Flou juridique autour d'Internet au bureau* », S. FONMARTY, Le Monde, 12 février 2002.

« *Des chartes encore trop défensives* », C. ROLLOT, Le Monde économie, 12 février 2002 .

« *Le courriel et le respect de la vie privée* », F. LE MAÎTRE, Le Monde, 22 janvier 2002.

« *Les informaticiens responsables du contrôle de courrier électronique par l'entreprise* », L. VAN EECKOUT, Le Monde économie, 13 mars 2001

« *Outils informatiques et fins personnelles* », A. HAZAN, Le Monde, 13 décembre 2000.

« *Jouer sur le lieu de travail est illégal, estiment les juges* », F. LE MAÎTRE, Le Monde 28 mars 2000.

« *Les salariés internautes sous haute surveillance* », A. REVERCHON, Le Monde, 23 février 1999.

« *Fliqués* », P. GEORGES, Le Monde, 7 décembre 1999.

« *Informatique et libertés ou vingt ans après* », Le Monde, 1^{er} décembre 1998.

DOCUMENTS DIVERS

Directive du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques).

Directive du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

« La cybersurveillance sur les lieux de travail », CNIL, 5 février 2002

Y. LASFARGUE, « Intranets sociaux et droit des salariés », 2002 (Observatoire des conditions de travail et de l'ergostressie)

Rapport de la CNIL de mars 2001

Rapport de G. LYON-CAEN « Les libertés publiques et l'emploi », au ministre du travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, décembre 1991, Documentation française.

P. LOKIEC, « Pouvoir et contrat », Thèse 2001.

Forum des droits sur l'internet, Rapport « Relations du travail et internet » du 17 septembre 2002

B. EGRET, « Les problèmes juridiques des logiciels indiscrets », présent sur www.droit-ntic.com

G.BRAIBANT, Rapport au Premier ministre sur la transposition en droit français de la directive 95/46, mars 1998

Convention collective du 26 avril 2002 du Conseil national du Travail belge

SITES INTERNET

www.cnil.fr

www.drhactu.fr

www.droit-technologie.org

www.droitligne.com

www.droit-ntic.com

www.e-rh.org

www.foruminternet.org

www.juriguide.com

www.journaldunet.com

www.njuris.com

www.travail.gouv.fr

ANNEXES



Charte Internet Vivendi Universal

Vivendi Universal est présent dans différents métiers d'internet. A ce titre, nous sommes conscients de notre responsabilité en matière de développement des médias interactifs et du commerce électronique.

C'est pourquoi nous prenons l'initiative de créer cette Charte Internet Confiance, et posons ces 7 grands principes, accompagnés de mesures concrètes à appliquer dans le cadre de nos activités internet.

1. Pour la protection des données personnelles

Un des principaux atouts d'Internet est de rendre possible la remise d'informations personnalisées. Cependant, certains droits fondamentaux doivent être respectés lors de toute collecte ou traitement de données personnelles.

Vivendi Universal respecte votre droit à la vie privée et s'engage à maintenir la confiance dans ses relations avec vous.

Concrètement, Vivendi Universal s'engage à :

- répondre à vos questions sur les traitements de données ;
- vous tenir informé de nos pratiques en matière de collectes de données personnelles
- vous tenir informé des mesures techniques prises pour sécuriser vos données personnelles.

2. Pour la protection de l'enfant et un code de déontologie des contenus

Il est important de respecter la liberté d'expression et la confidentialité des messages privés. Il est également indispensable de lutter contre la diffusion de contenus illégaux.

Vivendi Universal joue un rôle actif dans la recherche de cet équilibre, tout particulièrement en faveur de la protection des enfants.

Concrètement, Vivendi Universal s'engage à :

- promouvoir les moyens de choix ou de contrôle des contenus (outils de filtrage et autres moyens de sélection) ;
- coopérer avec les autorités compétentes dans la lutte contre les contenus illégaux.

3. Pour le respect de la propriété intellectuelle

La quantité et la facilité de circulation des informations et des contenus sur internet ne doivent pas faire oublier le droit de propriété intellectuelle.

Vivendi Universal, en fonction de ses activités, pourra mettre en œuvre les mesures adaptées à la protection de ces droits.

Concrètement, Vivendi Universal s'engage à :

- vous informer sur vos droits lorsque vous utilisez des contenus légalement protégés
- promouvoir les techniques de protection des œuvres et de lutte contre le piratage ;
- collaborer et se concerter pour faire connaître les meilleures pratiques en matière de protection des contenus.

4. Pour la protection des droits du consommateur en ligne

Dans le cadre des échanges et des transactions en ligne, vous devez bénéficier d'une sécurité juridique équivalente à celle des transactions traditionnelles.

Etant donné le caractère mondial d'Internet, Vivendi Universal soutient le développement et l'application de codes de conduite, pour que les acteurs du marché agissent d'une façon responsable.

Concrètement, Vivendi Universal s'engage à :

- vous fournir les informations requises concernant les transactions en ligne ;
- dédier des équipes au dialogue en ligne avec les consommateurs pour trouver des réponses à leurs questions ;
- promouvoir un règlement rapide et équitable des litiges.

5. Pour la sécurité des échanges et des transactions

La confiance dans la sécurité des échanges et des transactions est une exigence essentielle exprimée par les internautes.

Vivendi Universal crée l'environnement qui permettra de construire la confiance nécessaire au développement dynamique du commerce électronique.

Concrètement, Vivendi Universal s'engage à :

- utiliser selon le cas, les moyens nécessaires à maintenir la confidentialité de vos échanges et la sécurité des paiements ;
- identifier et utiliser les techniques adaptées pour préserver la preuve de l'existence des transactions ;
- respecter la réglementation en vigueur sur la protection des consommateurs.

6. Pour une communication publicitaire responsable

Internet, qui permet aux internautes d'avoir accès à une information et des services personnalisés, rend ainsi possible de nouvelles formes de communication publicitaire.

Vivendi Universal, dans le cadre de ses activités, s'attache activement à favoriser le développement d'une communication commerciale lisible et loyale.

Concrètement, Vivendi Universal s'engage à :

- veiller à ne pas abuser de la crédulité des enfants ;
- respecter la demande de tout internaute de ne pas recevoir par e-mail des messages publicitaires non sollicités ;
- participer à l'élaboration et à la promotion de règles de déontologie professionnelle.

7. Pour un dialogue efficace

Pour mieux comprendre vos attentes, Vivendi Universal s'engage dans la voie d'un dialogue avec les particuliers, associations, entreprises et institutions. Cette charte a pour vocation d'évoluer au fil du dialogue.

Nous sommes intimement convaincus que le développement harmonieux, profitable et durable d'internet en général et du commerce électronique en particulier, passe par le respect de ces 7 principes qui doivent évoluer au fil du temps. C'est ainsi que nous préparons aujourd'hui les réussites de demain.