

Vie privée des salariés et vie de l'entreprise

par Lise CASAX-LABRUNÉE ¹

Professeur à l'université Toulouse Capitole

Que le doyen Philippe Waquet, pour lequel j'éprouve un grand respect, me pardonne si les développements qui suivent heurtent sa pensée. D'une certaine façon, ils vont « à contre-courant » de la pensée dominante, doctrinale et jurisprudentielle, qui s'exprime depuis une vingtaine d'années sur le thème des rapports entre vie privée et vie professionnelle et qu'il a, comme chacun sait, beaucoup influencée.

Le sens de ces propos doit être bien compris. Il ne s'agit pas de contredire l'idée qui est au cœur de cette construction jurisprudentielle majeure, laquelle doit continuer à s'imposer avec la force des textes fondamentaux sur lesquels elle s'appuie ² : la vie privée du salarié – et par extension sa vie personnelle ³ – doit être protégée, y compris sur le lieu de travail, contre les abus de pouvoirs de l'employeur. Il s'agit plutôt d'interrogations sur le fait de savoir si cette construction n'est pas trop « monolithique » : la vie privée du salarié sur le lieu de travail doit-elle être protégée en toutes circonstances ? Il s'agit aussi d'exprimer des doutes sur le bien-fondé de certaines décisions de justice qui, à pousser le raisonnement trop loin, finissent par manquer de « bon sens » et de cohérence, au risque de provoquer une confusion plus grande encore, puisque telle est la tendance, des vies privée et professionnelle du salarié.

Retour, à titre d'illustration, sur une décision célèbre ⁴ : un salarié abonné à une revue pour couples échangistes se fait adresser son magazine sur son lieu de travail. Il y aurait déjà beaucoup à dire, d'un point de vue sociologique et psychologique, sur ce seul élément de fait : l'entreprise est-elle à ce point « espace de

liberté » pour les salariés pour qu'ils s'y fassent adresser des courriers qui n'ont rien à voir avec le travail ? Quelles raisons peuvent conduire un salarié à se faire adresser de telles revues sur son lieu de travail plutôt qu'à domicile ? Redoute-t-il moins la sanction de l'employeur que la réaction de son épouse ou celle de l'entourage proche ? Manque de prudence ou d'information ⁵, les plis arrivent dans l'entreprise sans indication du caractère personnel de leur contenu. Par conséquent, le service « courrier » les ouvre et les dépose dans un lieu visible à l'intention de leur destinataire. Le trouble causé dans l'entreprise par la réception du magazine suscite la réaction immédiate de l'employeur qui inflige au salarié, considéré fautif, une sanction disciplinaire (rétrogradation). Le salarié réagit en saisissant la justice pour faire annuler la sanction disciplinaire en invoquant bien sûr... le droit au respect de sa vie privée.

Le salarié a-t-il commis une faute professionnelle en se faisant adresser une revue intime sur son lieu de travail ? Pour les juges du fond, le comportement du salarié est fautif et la sanction justifiée. Mais pour la Cour de cassation, la réponse est tout autre : il ne peut y avoir faute professionnelle (et donc sanction disciplinaire) dès lors qu'il s'agit d'un trouble résultant d'un acte de vie privée.

L'employeur a commis une erreur : il n'aurait pas dû user de son pouvoir disciplinaire pour sanctionner un trouble résultant d'un acte de vie privée. Il n'aurait pas dû considérer le salarié fautif (ce qui sera, en pratique, assez difficile à lui expliquer). Il aurait seulement dû user de son pouvoir de direction pour mettre un terme

(1) Enseignant-chercheur de l'Institut de droit privé de l'université de Toulouse (EA 1920), Département « Droit du travail et des activités professionnelles » (lise.casaux@univ-tlse1.fr).

(2) C. civ., art. 9 et Conv. EDH, art. 8.

(3) Ph. Waquet, Vie personnelle et vie professionnelle du salarié, CSB 1994, n° 64, p. 289.

(4) Cass., ch. mixte, 18 mai 2007 ; D. 2007. 2137, obs. J. Mouly ; RDT 2007. 527, obs. T. Aubert-Monpeyssen ; Sem. Soc., Lamy 2007, n° 1310, obs. Ph. Waquet ; RJS 7/07, p. 607, concl. C. Mathon.

(5) La jurisprudence *Nikon* protège le secret des correspondances privées au temps et lieu de travail dès lors que le courrier est identifié comme étant « personnel ». Soc., 2 oct. 2001 ; D. 2001. 3148, note P.-Y. Gautier ; RTD civ. 2002. 72, obs. J. Hauser.

à la perturbation, par exemple en imposant des règles plus strictes, ou même en licenciant le salarié pour un motif personnel, pourvu qu'il évite le terrain disciplinaire. Le rempart de la vie privée paraît ici sans faille : « Alors, d'une part, qu'un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu ; d'autre part, que la réception par le salarié d'une revue qu'il s'est fait adresser sur le lieu de son travail ne constitue pas un manquement aux obligations résultant de son contrat, et enfin, que l'employeur ne pouvait, sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié, se fonder sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner son destinataire ».

Respectueuse de la vie privée du salarié qu'elle met hors d'atteinte du pouvoir disciplinaire de l'employeur, la solution ainsi rendue est-elle juste pour autant ? Imaginons un instant les réactions dans l'entreprise à l'issue du procès dont le salarié sort vainqueur. Les collègues, les amis, l'entourage... que retiendront-ils de ce « glorieux succès » ? Que l'employeur, sans doute mal conseillé, n'a pas agi sur le terrain juridique adéquat ? Qu'il a agi à tort sur le terrain qui lui paraissait plus naturel : la faute du salarié ? Certainement pas. Le quidam restera sûrement éloigné de ces explications juridiques qui le dépassent et comprendra plus probablement qu'il est possible de se faire adresser tous types de revues personnelles sur son lieu de travail, en toute impunité... et que l'employeur n'a rien à dire contre cela. D'ailleurs, justice a donné raison au salarié : l'employeur a même été condamné pour avoir osé le sanctionner... L'employeur de son côté, aura certainement perdu toute foi en la justice : « C'est lui qui met le bazar dans mon entreprise avec ses revues obscènes et c'est moi qu'on condamne à lui verser de l'argent ! ».

D'autres exemples pourraient être cités. Ils conduisent toujours aux mêmes questions : le salarié ne commet-il sérieusement aucune faute en se faisant adresser sur son lieu de travail des revues n'ayant rien à voir avec le travail, en utilisant le service « courrier » de l'entreprise à des fins personnelles ? De façon générale, ne trompe-t-on pas l'employeur en profitant avec excès des connexions Internet, de la messagerie professionnelle, du téléphone ou du copieur de l'entreprise à des fins autres que professionnelles ? Le temps passé à des actes de vie privée sur le lieu de travail n'est-il pas autant de temps en moins, en qualité ou en intensité, consacré au travail, et à ce pour quoi le salarié est en principe rémunéré ? En somme, le salarié qui utilise son outil de travail ou les moyens de l'entreprise à des fins privées ne commet-il pas une faute... professionnelle ? Il est peu probable que la figure du salarié « citoyen » qui ressort de ces affaires, de plus en plus nombreuses, où des salariés abusent des moyens de l'entreprise tout en arguant, avec plus ou moins bonne foi, du droit au respect de leur vie privée... soit celle défendue par le doyen Waquet, certainement plus noble.

Comment la Cour de cassation a-t-elle pu arriver à une conception aussi étendue de la vie privée ? « Sa position, extrêmement favorable au salarié, est sans doute le fruit d'un choix stratégique, en connaissance de la jurisprudence de la CEDH sur ces questions, et probablement dans l'appréhension de nouvelles humiliations, fort désagréables, que celle-ci adresse régulièrement à nos juridictions suprêmes »⁶. L'arrêt *Niemietz* de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 décembre 1992 a particulièrement marqué les esprits, laissant entendre que vie privée et vie professionnelle ne font qu'un. Les juges européens considèrent en effet trop restrictif de limiter la vie privée à un « cercle intime » où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur. « Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. Il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de "vie privée" comme excluant les activités professionnelles ou commerciales : après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur... dans les occupations de quelqu'un, on ne peut pas toujours démêler ce qui relève du domaine professionnel de ce qui en sort »⁷. Les unes après les autres, les décisions des juges, nationaux ou européens, tendent à faire de la vie privée un « concept attrape-tout », suivant un raisonnement exagérément extensif qui n'échappe pas à la critique⁸.

Les interrogations qui dominent nos réflexions, sans remettre en cause le principe selon lequel le salarié a droit au respect de sa vie privée y compris sur son lieu de travail, peuvent être formulées ainsi : ne faudrait-il pas prendre davantage en considération, au lieu d'un réflexe de protection systématique, les circonstances et raisons pour lesquelles la vie privée du salarié est entrée dans l'entreprise ? Ne faudrait-il pas distinguer davantage les situations dans lesquelles le salarié n'a guère le choix que de faire entrer sa vie privée dans l'entreprise (contraint par exemple par des exigences de compatibilité entre vie privée/familiale et professionnelle) et les situations où le salarié fait délibérément entrer sa vie privée dans l'entreprise, sans circonstance particulière ? Si l'on exige de l'employeur qu'il respecte la frontière entre vie privée et vie professionnelle, et si l'on interdit que la vie professionnelle du salarié n'empiète pas sur sa vie privée, ne doit-on exiger le respect de cette même frontière par le salarié lui-même ? Ne doit-on exiger de lui, par réciprocité, que sa vie privée ne fasse pas (trop) intrusion dans la vie de l'entreprise ?

La question des rapports entre vie privée et professionnelle des salariés n'est pas nouvelle⁹. Mais que de changements... en peu de temps ! L'époque n'est pas si lointaine où le travail et le rattachement du travailleur à l'entreprise constituaient les éléments déterminants

(6) P.-Y. Gautier (à propos de l'arrêt *Nikon*), La preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la « vie privée » des salariés, D. 2001. 3150.

(7) JCP 1993. I. 3654, n° 18, obs. F. Sudre ; D. 1993. Somm. 386, obs. J.-F. Renucci.

(8) J.-P. Marguenaud, La Cour européenne des droits de l'homme, Dalloz, 1997. 66.

(9) M. Despax, La vie extra-professionnelle du salarié et ses incidences sur le contrat de travail, JCP 1963. I. 1776 ; J. Savatier, La protection de la vie privée des salariés, Dr. soc., 1992. 329.

de sa vie. Le travail prenait tout le temps et la vie de la personne entière, et l'on ne prêtait guère attention à la portion congrue que constituait la part de vie dite « privée » que l'on tenait de toute façon à distance. En l'espace d'un demi-siècle à peine, la séparation a laissé place à la confusion, en sorte qu'aujourd'hui « la vie courante offre maints exemples de ces courts-circuits entre vie professionnelle et vie personnelle »¹⁰.

Tournant important de cette évolution : le début des années 80. Juge et législateur prennent alors conscience que l'ouvrier, le salarié... ne sont pas seulement des travailleurs dont il convient d'améliorer la condition, comme le droit du travail s'était efforcé de le faire jusque-là, mais qu'ils sont aussi des individus à part entière, dotés de droits et de libertés, y compris dans l'entreprise. Le Conseil d'État, dans la célèbre décision *Corona* du 1^{er} février 1980, admet pour la première fois, dans une affaire d'alcootest, que la décision d'un règlement intérieur peut être annulée « eu égard à l'atteinte qu'elle porte aux droits de la personne ». Le législateur est à l'unisson : « Citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans leur entreprise ». C'est alors que l'idée de « citoyenneté dans l'entreprise », étendard de la législature socialiste, sera inscrite dans la loi (spécialement dans la loi du 4 août 1982, l'une des fameuses lois Auroux, du nom du ministre du Travail de l'époque).

Incontestablement, les nouvelles technologies de l'information et de la communication ont constitué un incroyable accélérateur de l'introduction de la vie privée des salariés dans l'entreprise¹¹. À l'époque où n'existaient ni téléphone portable, ni ordinateur, ni Internet... il était évidemment plus facile de laisser sa vie privée en dehors de l'entreprise. Ces outils de communication ont favorisé la confusion des vies, le mélange des genres, le mélange des temps. La vie privée dans la vie professionnelle, la vie professionnelle dans la vie privée... avec des effets, dans un sens ou dans l'autre, opportuns ou nuisibles. « La sphère privée et la sphère professionnelle s'interpénètrent chaque jour davantage. Tant le salarié que l'entreprise peuvent y trouver avantage ; il existe un donnant-donnant implicite lorsque le salarié réserve, à des fins personnelles, son billet de train le vendredi à son bureau et que ce même salarié traite plusieurs mails professionnels urgents le samedi. Mais ce peut-être aussi un perdant-perdant lorsque l'intrusion permanente de l'entreprise génère un stress dépassant les limites admissibles, stress tout autant déstabilisant pour le salarié et sa vie personnelle que pour la compétitivité de l'entreprise »¹².

Les rapports entre vie privée et professionnelle des salariés ont donné et donnent lieu encore à beaucoup d'analyses¹³, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Le plus souvent, ces analyses sont menées sous un seul angle de vue : celui de la protection des droits de la personne, spécialement celui du « droit au respect de la vie privée » que le salarié ne manque pas d'invoquer chaque fois qu'il se heurte à l'opposition, si ce n'est à la sanction, du pouvoir patronal.

Dans les situations de confrontation qui interrogent la dialectique « autorité/liberté » si parfaitement décrite par le doyen Waquet (autorité de l'employeur contre libertés du salarié), le raisonnement si ce n'est le réflexe du juriste sera « naturellement » protecteur des libertés du salarié. D'abord, parce qu'il y est question de vie privée et que du point de vue du droit, celle-ci est comme un sanctuaire défendu par des textes puissants¹⁴ ; également, parce qu'il s'agit de la vie privée du salarié, que le droit du travail protège depuis toujours.

L'idée est en tout cas acquise selon laquelle le salarié est un citoyen à part entière, y compris dans l'entreprise, titulaire d'un certain nombre de droits et libertés dont il s'agit d'assurer le respect avec d'autant plus de vigilance que le rapport de subordination peut donner lieu à des abus de la part de l'employeur.

Dans cette logique, la notion civiliste de vie privée¹⁵, jugée trop étriquée, a été étendue à celle de « vie personnelle » : « La vie privée proprement dite, constitue une nouvelle liberté publique, mais elle ne protège que l'intimité de l'individu et non tout ce qui relève de la partie extra-professionnelle de son activité. Aussi, pour désigner les questions posées à l'entreprise par des paroles ou des actes du salarié ne relevant pas directement de la vie professionnelle, il serait souhaitable de ne plus parler de "vie privée", mais plus largement de la "vie personnelle" du salarié... Ainsi apparaît l'existence d'une vie personnelle beaucoup plus large que la vie privée proprement dite et qui, située hors du temps de travail et hors de l'entreprise, offre au salarié un espace de liberté à la fois très large et très protégé »¹⁶.

Le bilan de cette proposition, largement suivie par la jurisprudence, a été fait par l'auteur lui-même : « Cette notion [de vie personnelle] avait une qualité : éviter les controverses sur ce qui relevait de l'intimité de la vie privée et sur ce qui était un comportement public. Mais elle avait un défaut : celui de désigner à la fois deux situations différentes : celle du travailleur salarié pendant l'exécution du travail et celle du travailleur salarié en dehors de l'exécution du travail »¹⁷. Il n'est donc

(10) J.-D. Combrexelle, *Vie professionnelle et vie personnelle*, Dr. soc., 2010. 12.

(11) S. Darmaisin, *L'ordinateur, l'employeur et le salarié*, Dr. soc., 2000. 580 ; J.-E. Ray, *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies de l'information et de la communication*, Éditions Liaisons, 2001 ; *Droit du travail et nouvelles technologies de l'information et de la communication*, Dr. soc., janv. 2002, n° spécial ; J.-E. Ray et J.-P. Bouchet, *Vie professionnelle, vie personnelle et TIC*, Dr. soc., 2010. 44.

(12) J.-D. Combrexelle, *op. cit.* p. 12.

(13) *La Revue Droit social* y a déjà consacré deux de ses colloques en 2003 et 2009 : *Vie professionnelle et vie personnelle*, Dr. soc., janv. 2004 et Dr. soc., janv. 2010.

(14) C. civ., art. 9 : « Chacun a droit au respect de sa vie privée » ; Conv. EDH, art. 8 : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

(15) A. Lepage, *La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail*, Dr. soc., 2006. 364.

(16) Ph. Waquet, *Vie personnelle et vie professionnelle du salarié*, CSB 1994, n° 64, p. 289 et 290 ; du même auteur : *La vie personnelle du salarié*, Mél. Verdier, Dalloz, 2001. 513.

(17) Ph. Waquet, *Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle*, Dr. soc., 2010. 15.

pas exclu que la notion de vie personnelle, malgré tout l'intérêt qu'elle présente par ailleurs, ait contribué à brouiller un peu plus les frontières conceptuelles, spatiales et temporelles, entre vie privée et vie professionnelle.

Pour éviter les abus de pouvoir (en matière de fouilles, alcootests, contraintes vestimentaires...) et proposer une ligne de conduite aux entreprises, souvent démunies face à ces interférences vie privée/vie professionnelle, le législateur a adopté en 1992 un principe général fort, ciselé de main de maître¹⁸ : « 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 » (C. trav., art. L. 1121-1)¹⁹. Ce fameux « principe de proportionnalité », que les juges ont mis du temps à s'approprier, acquiert peu à peu ses lettres de noblesse²⁰, malgré les difficultés liées à son application à des cas les plus divers²¹.

À contre-courant de la pensée dominante, et au regard de ce qui s'observe aujourd'hui dans beaucoup d'entreprises, la question mérite désormais d'être posée en sens inverse : la vie de l'entreprise (incluant la vie professionnelle des salariés) ne doit-elle pas, elle aussi, être protégée contre les effets néfastes d'une vie privée introduite trop largement par les salariés dans les rapports de travail, au temps et au lieu de travail ? Les salariés, profitant d'un environnement juridique protecteur, et stimulés par les moyens modernes de communication, n'ont-ils pas tendance aujourd'hui à trop faire entrer leur vie privée dans l'entreprise ?

« La jurisprudence a une lourde charge, car ce n'est pas simple, au coup par coup, de bâtir un ensemble raisonné et équilibré. La doctrine devrait réfléchir à des synthèses, devrait proposer des solutions. Des dialogues sont à poursuivre entre les partenaires sociaux, les psychologues et les sociologues, etc., car il est certain que l'apport des libertés du citoyen dans le droit du travail transforme celui-ci dans des conditions encore mal perçues et, évidemment, résolues de manière imparfaite. La tâche est importante et urgente, mais elle est pleine d'intérêt »²². Répondant à l'invitation, l'objectif des lignes qui suivent est de suggérer plus de nuances et de cohérence dans l'application d'un principe qui, en lui-même, n'est pas contesté (le droit au respect de la vie privée du salarié) et de proposer un meilleur équilibre, si ce n'est des points de rencontre, entre libertés des salariés et intérêt de l'entreprise.

La question est évidemment délicate. Pour être complètement traitée, elle doit être abordée sous trois angles :

— celui du contrôle : dans quelle mesure l'employeur peut-il contrôler les faits et gestes des salariés susceptibles, le cas échéant, de relever de leur vie privée ? (I.) ;

— celui des sanctions : dans quelle mesure un fait de vie privée gênant pour l'entreprise peut-il être sanctionné par l'employeur ? (II.) ;

— celui enfin de la conciliation : la séparation complète des vies privée et professionnelle étant de nos jours totalement illusoire, à la supposer souhaitable, les efforts des uns et des autres doivent porter sur cette nécessaire conciliation de la vie privée du salarié avec la vie de l'entreprise (III.).

I. — LE CONTRÔLE DE L'ACTIVITÉ DES SALARIÉS

Selon les résultats d'une étude réalisée en 2010 par une société de filtrage de contenus sur Internet, les salariés français utilisent Internet pendant leur temps de travail en moyenne 94 minutes par jour... dont 59 minutes à des fins non professionnelles. 63 % du surf réalisé par les salariés en entreprise serait donc à usage personnel (sites les plus visités : blogs, forums, réseaux sociaux, médias, loisirs, commerce en ligne, partage de vidéos...). À partir de cette moyenne, les auteurs de l'étude estiment à 14 % la chute de productivité engendrée par l'usage d'Internet au bureau à des fins personnelles, ce qui représenterait en temps perdu pour l'entreprise six semaines par an et par salarié, et un coût estimé à 2,5 fois le salaire mensuel pour chaque salarié internaute concerné²³.

Lassés par le comportement de certains salariés, comme d'avoir à gérer les pannes liées aux virus introduits dans les systèmes informatiques par ces connexions excessives, certains employeurs ont cédé aux sirènes de logiciels espions du type « Surveiller-MonSalarie.com »²⁴. Ces « mouchards » permettent une surveillance redoutablement efficace de l'activité informatique des salariés : enregistrement de toutes les saisies sur le clavier (*keylogger*), clics de souris, sites Internet visités, conversations sur messageries instantanées, captures d'écran toutes les secondes avec l'heure, la date et le nom de l'employé... le tout compilé dans un rapport envoyé chaque jour par e-mail à l'employeur. Autant dire qu'avec ces logiciels de contrôle, la vie privée du salarié disparaît complètement de l'entreprise (ce dont certains ont fait un argument de vente) : plus moyen de répondre à un mél personnel ou de consulter son blog pendant le travail sans que l'employeur en soit informé, impossible de consulter ses comptes bancaires à distance sans permettre à l'employeur d'avoir connaissance de ses mots de passe ou de sa situation financière (par les captures d'écran)²⁵.

(18) G. Lyon-Caen, Les libertés publiques et l'emploi, Rapport au ministre du Travail, La Documentation française, 1992.

(19) Idée déjà inscrite dans le Code du travail depuis 1982 mais seulement à propos du règlement intérieur (C. trav., art. L. 1321-3).

(20) E. Collomp, La vie personnelle au travail – Dernières évolutions jurisprudentielles, Dr. soc., 2010. 40.

(21) F. Champeaux, Le destin contrarié de la proportionnalité, Sem. Soc., Lamy 9 févr. 2009.

(22) Ph. Waquet, Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle, Dr. soc., 2010. 20.

(23) Étude OLFE0 2011, La réalité de l'utilisation du web en entreprise, http://www.olfeo.com/pdf/real_util_web.pdf

(24) Logiciel américain (Perfect Surveillance Tools) commercialisé en France depuis 2010.

(25) <http://m.intelligence-rh.com>, S. Bonnegent, Surveillermonsalarie.com : l'espionnage des salariés pour moins de 1000 €, 29 oct. 2010.

D'un excès à l'autre... tout ceci n'est pas satisfaisant et ne peut que conduire au contentieux : les salariés pour utilisation abusive des moyens de l'entreprise, les employeurs pour excès de surveillance. D'où l'intérêt de quelques points de repère pour permettre aux uns et aux autres de mieux caler leurs comportements.

A — POUVOIR DE CONTRÔLE DE L'ENTREPRISE

L'entreprise a-t-elle le droit de contrôler l'activité de ses salariés ? Oui, bien sûr : « L'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail »²⁶. Mais ce pouvoir n'est pas sans limite, précisément parce qu'il est susceptible de heurter les droits et libertés des salariés. Son exercice est, dès lors, soumis à certaines conditions qui, à défaut d'être respectées, le priveront de légitimité et ôteront toute licéité aux moyens de preuve susceptibles d'en résulter (v. *infra* les « règles d'or » du contrôle de l'activité des salariés).

On insiste moins souvent sur le fait que ce pouvoir de contrôle, qui est une déclinaison du pouvoir de direction, n'est pas seulement une faculté pour les entreprises, mise en œuvre dans un souci de bonne gestion, mais qu'il tend pour elles à devenir une véritable obligation.

Concernant spécialement l'usage d'Internet, la cour d'appel de Paris a semé le trouble en assimilant une entreprise (en l'occurrence une banque) à un fournisseur d'accès Internet (FAI) au sens de l'article 43-7 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication²⁷. Or la loi impose aux fournisseurs d'accès de mettre en œuvre ou à la disposition de leurs propres utilisateurs des moyens de contrôle ou de restriction des accès à Internet. Si cette jurisprudence était confirmée, tout employeur qui met à disposition de ses salariés un accès à Internet pourrait se voir opposer les obligations imposées par l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique : obligation de mettre en œuvre ou à disposition de ses utilisateurs des outils de filtrage ; obligation de conserver les données d'identification énumérées par le décret n° 2011-219 du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication de données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne.

La loi « Hadopi » (Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet) renforce également l'obligation de filtrage des entreprises²⁸. L'employeur qui met à disposition de ses salariés un accès Internet est considéré comme un « abonné » (contrat avec le fournisseur d'accès) sur

lequel pèse une obligation spéciale de contrôle de l'accès à Internet qu'il utilise et met à disposition. À ce titre, il peut être responsable de l'activité de ses salariés sur les réseaux, notamment en ce qui concerne le téléchargement d'œuvres protégées par un droit d'auteur (CPI, art. L. 336-3).

De façon générale, l'employeur peut voir sa responsabilité civile engagée sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5, du code civil, pour une utilisation d'Internet par ses salariés dommageable à des tiers (responsabilité du commettant du fait des fautes commises par les préposés dans l'exercice de leurs fonctions)²⁹. Mais il peut également voir sa responsabilité pénale engagée, notamment s'il ne contrôle pas l'accès par ses salariés à des sites illicites en raison de leur contenu (sites pédopornographiques, jeux en ligne illégaux, sites racistes ou révisionnistes, sites commercialisant des produits interdits ou réglementés...)³⁰.

Le pouvoir de contrôle de l'activité des salariés, qui était jusqu'à présent un droit pour les entreprises, tend donc à devenir pour elles une obligation. Celle-ci n'est bien sûr pas formulée en tant que telle dans le code du travail, mais elle s'impose peu à peu par le biais d'autres législations. Elle s'impose par prudence, notamment pour se prémunir contre les risques liés à l'utilisation abusive d'Internet sur les lieux de travail³¹.

Elle s'impose aussi en matière de santé et de sécurité au travail. L'obligation de sécurité de résultat qui pèse sur les entreprises depuis les arrêts *Amiante* (Soc., 28 févr. 2002), qui est une obligation de prévenir et non pas seulement de réparer (Soc., 5 mars 2008, *Sneema*) en matière de santé physique comme en matière de santé mentale (Soc., 3 févr. 2010, *Les Hôtels de Paris*), invite si ce n'est oblige ces dernières à la plus grande vigilance vis-à-vis de tous les faits et comportements des salariés susceptibles de provoquer accidents et maladies en entreprise. À la frontière entre vie privée et vie professionnelle, l'on songe notamment aux pratiques de harcèlement, mais aussi aux comportements addictifs des salariés (alcool, drogues...) que l'employeur a désormais l'interdiction d'ignorer dès lors qu'ils sont susceptibles de provoquer sa responsabilité s'il n'a pas cherché à en prévenir les effets, si ce n'est à les éviter. Conséquence directe de cette jurisprudence extrêmement exigeante en matière de santé et sécurité au travail, le pouvoir de contrôle de l'employeur tend ici aussi à se transformer en obligation de contrôle. Cette évolution rend plus aigüe encore la question des moyens de contrôle que l'employeur peut utiliser à cet effet, sans porter atteinte aux libertés individuelles des salariés.

(26) Soc., 14 mars 2000, n° 98-42.090 ; RTD civ. 2000. 801, obs. J. Hauser.

(27) Paris, 14^e ch., 4 févr. 2005, *BNP Paribas c/ Société World Press Online* ; E. A. Caprioli, La qualité de fournisseur d'accès à l'internet : un nouveau risque juridique pour l'entreprise, www.caprioli-avocats.com

(28) L. n° 2009-669, 12 juin 2009, favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

(29) Aix-en-Provence, 2^e ch., 13 mars 2006 (contrefaçon de marque réalisée par un salarié en dehors de ses fonctions mais avec les moyens de l'entreprise).

(30) Sur le fondement de l'article L. 121-2 (responsabilité pénale des personnes morales pour infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants) ou d'autres textes plus spécifiques du code pénal (lutte contre la pédophilie, protection des mineurs...).

(31) Filtrage et Internet au bureau : enjeux et cadre juridique, Livre blanc juridique co-écrit par la société OLFEO (société de filtrage de contenus Internet) et le cabinet d'avocats A. Bensoussan. <http://olfeo.com/pdf/filtrage.pdf>

B — MODES DE SURVEILLANCE ET PREUVE DES FAITS REPROCHÉS AU SALARIÉ

Si le pouvoir de l'employeur de contrôler l'activité des salariés n'est pas discutable en son principe, tout dépend ensuite de la façon dont ce pouvoir est exercé. Tous les procédés de surveillance ne sont pas admis. Seuls le sont ceux qui respectent les droits et libertés des salariés, notamment le droit au respect de la vie privée.

À l'ignorer, des employeurs pourront avoir la surprise, à l'occasion d'un contentieux, de découvrir que les juges sont intraitables sur la question de la loyauté de la preuve utilisée par l'employeur contre le salarié (tandis qu'ils font preuve de davantage de compréhension, lien de subordination juridique oblige, dans la situation inverse). Le salarié aura beau être objectivement fautif (une caméra le montre en train de voler dans la caisse), si le mode de preuve utilisé contre lui est jugé irrecevable (salarié non informé qu'il était filmé), l'employeur perdra son procès. La question de la preuve des faits reprochés au salarié, surtout susceptibles de relever de sa vie privée, est donc essentielle. Elle revient à poser la question de la licéité des modes de surveillance utilisés par les employeurs pour contrôler l'activité des salariés.

Pour être licite, les procédés de surveillance retenus par les employeurs doivent obéir à quelques « règles d'or ».

1. Information et transparence

La transparence passe par le respect de diverses obligations d'information et consultation : obligation d'informer personnellement les salariés concernés³² ; obligation d'informer et de consulter le comité d'entreprise³³ ; le cas échéant, le CHSCT pourra également être consulté, n'étant pas exclu que certains modes de surveillance se révèlent « stressants » pour les sala-

riés³⁴ ; obligation de déclaration à la CNIL lorsque le procédé de surveillance donne lieu à un traitement de données à caractère personnel, et de respecter les formalités prévues par la loi « Informatique et libertés »³⁵.

À défaut, le procédé de surveillance sera déclaré illite, et les preuves obtenues grâce à lui irrecevables (encore une fois, indépendamment de la réalité des fautes dont le salarié a pu se rendre coupable)³⁶. En revanche, une fois les salariés informés, tout système de vidéosurveillance peut servir à prouver une faute, peu important sa finalité, pourvu qu'il ne soit pas excessif³⁷. Le cas échéant, les salariés doivent être informés que la vidéosurveillance installée chez un client permet également de les contrôler³⁸.

Le principe n'empêche pas, ici ou là, quelques exceptions³⁹. La Cour de cassation a pu ainsi considérer que « la simple vérification des relevés de la durée, du coût et des numéros des appels téléphoniques passés à partir de chaque poste, édités au moyen de l'autocommutateur téléphonique de l'entreprise ne constitue pas un procédé de surveillance illicite pour n'avoir pas été préalablement porté à la connaissance du salarié »⁴⁰. La solution est également différente, et elle est de bon sens, lorsque la surveillance est exercée directement par le supérieur hiérarchique : « La simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux de travail par son supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié, ne constitue pas en soi un mode de surveillance illicite »⁴¹.

La surveillance des salariés doit se faire ouvertement, la loi comme la jurisprudence interdisant les procédés clandestins, plus encore les stratagèmes⁴².

2. Nécessité et proportionnalité

« Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions

(32) « Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance » (C. trav., art. L. 1222-4).

(33) « Le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés » (C. trav., art. L. 2323-32, al. 3) ; « 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 » (C. trav., art. L. 2323-13).

(34) « Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est consulté avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail et, notamment, avant toute transformation importante des postes de travail découlant de la modification de l'outillage, d'un changement de produit ou de l'organisation du travail, avant toute modification des cadences et des normes de productivité liées ou non à la rémunération du travail » (C. trav., art. L. 4612-8).

(35) La cybersurveillance sur les lieux de travail, Rapport CNIL, éd. 2004 ; Guide pratique de la CNIL pour les employeurs et les salariés, éd. 2010.

(36) Soc., 20 nov. 1991, n° 88-43.120, D. 1992. 73, concl. Y. Chauvy ; RTD civ. 1992. 365, obs. J. Hauser ; *ibid.* 418, obs. P.-Y. Gautier (salariés non informés d'un système de vidéo-

surveillance) – Soc., 14 mars 2000, n° 98-42.090 ; RTD civ. 2000. 801, obs. J. Hauser (salariés avertis de l'écoute des conversations téléphoniques) – Soc., 6 avr. 2004 ; D. 2004. 2736 (non-respect des obligations CNIL) – Soc., 7 juin 2006, n° 04-43.866, D. 2006. 1704 (défaut d'information et de consultation préalable du comité d'entreprise).

(37) Soc., 2 févr. 2011, n° 10-14.263 (système de surveillance normalement destiné à la sécurité des personnes et des biens).

(38) Soc., 10 janv. 2012, n° 10-23.482, D. 2012. 290.

(39) Soc., 19 avr. 2005, n° 02-46.295, D. 2005. 1248, obs. A. Astaix ; RTD civ. 2005. 572, obs. J. Hauser ; RTD civ. 2005. 572, obs. J. Hauser (information non nécessaire pour la vidéosurveillance de locaux auxquels les salariés n'ont en principe pas accès).

(40) Soc., 29 janv. 2008, n° 06-45.279, RDT 2008. 242, obs. R. de Quenaudon et C. Sachs-Durand ; RDT 2008, obs. C. Sachs-Durand et R. de Quenaudon (reconnaissance du comportement fautif d'un salarié ayant téléphoné de son poste de travail pendant un temps important à un service de rencontres pour adultes).

(41) Soc., 26 avr. 2006, n° 04-43.582, D. 2006. 1330, obs. E. Chevrier (supérieur hiérarchique témoin de tentative de vol par un salarié).

(42) Ph. Waquet, Halte aux stratagèmes, Sem. Soc., Lamy 7 avr. 2008, n° 1348.

qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » (C. trav., art. L. 1121-1). Le texte est désormais connu, mais peut-être insuffisamment des entreprises où le réflexe n'est pas toujours de « doser » les restrictions apportées aux droits et libertés des salariés ⁴³.

La prescription interdit les dispositifs de surveillance excessifs (non justifiés par les besoins de l'entreprise et non proportionnés à l'objectif poursuivi). En avril 2010, la formation contentieuse de la CNIL a ainsi ordonné l'interruption en urgence d'un dispositif de vidéosurveillance mis en œuvre par une société de transport routier qui plaçait son personnel sous surveillance constante générale et permanente. Elle reproche à cette entreprise d'avoir fait un usage disproportionné du système de surveillance, portant atteinte aux droits et libertés des salariés, notamment à leur vie privée ⁴⁴. En décembre 2011, la CNIL a également sanctionné un dispositif qui, au prétexte d'assurer la sécurité des biens et des personnes, mettait les salariés sous une surveillance constante et permanente ⁴⁵. Sans doute, les fameux « logiciels espions » qui opèrent un contrôle sans limite de l'activité des salariés sur leur poste informatique encourent-ils le même risque de censure (v. *supra*).

La question risque également de se poser sous cet angle pour les dispositifs de contrôle par géolocalisation. La CNIL a déjà précisé que l'utilisation détournée d'un dispositif de géolocalisation, par exemple pour contrôler l'activité des salariés, alors qu'il a été déclaré pour permettre la lutte contre le vol, constitue le délit de détournement de finalité prévu par la loi « Informatique et libertés » (C. pén., art. 226-21) ⁴⁶. L'utilisation d'un tel dispositif pour d'autres fins que celle déclarées auprès de la CNIL et portées à la connaissance des salariés est illicite et le rend inopposable à ces derniers. Le dispositif de géolocalisation est également exclu si d'autres modes de contrôle sont possibles, mieux proportionnés à l'objectif recherché ⁴⁷.

L'exigence de proportionnalité s'impose aussi aux entreprises qui entendent lutter contre le phénomène croissant des addictions en milieu de travail ⁴⁸. Là encore, les entreprises prendront garde à ne pas céder à

la tentation des dépistages systématiques, malgré les obligations de santé et de sécurité au travail qui pèsent sur elles. La prudence s'impose face à la pression des fabricants et vendeurs de tests de dépistage, d'autant plus forte que les enjeux financiers de ce marché sont considérables. La prudence s'impose d'autant plus que la fiabilité de ces tests n'est pas parfaitement démontrée, et que l'utilisation des tests salivaires pour contrôler l'état des salariés (tests qui permettent de recueillir l'ADN des personnes contrôlées) est certainement « hors de proportion » avec l'objectif poursuivi qui est simplement de vérifier l'aptitude au travail ⁴⁹.

Outre le caractère invasif des tests de dépistage aujourd'hui proposés (la plupart biologiques, touchant à l'intimité de la personne humaine), la question des addictions en milieu de travail est spécialement délicate sous l'angle des rapports entre vie privée et vie professionnelle. Si la consommation de produits addictifs peut relever de la vie privée et faire intrusion dans la vie professionnelle (situation subie par l'employeur), elle peut aussi être la conséquence d'une vie professionnelle sous trop forte tension qui déverse des conséquences nuisibles sur la vie privée du salarié (situation provoquée par l'employeur). Le phénomène est ambivalent et interroge sur l'origine et les causes de la consommation de produits addictifs ⁵⁰.

L'exigence de proportionnalité peut certainement être satisfaite en faisant porter les contrôles des addictions prioritairement sur les « postes à risques » qui nécessitent la pleine maîtrise de ceux qui les occupent, sauf à mettre en danger leur santé/sécurité ou celle d'autrui ⁵¹.

C — SECRET DES CORRESPONDANCES PRIVÉES

Le pouvoir de contrôle de l'employeur trouve une autre limite dans le principe fondamental du « droit au respect de la vie privée » dont bénéficie tout salarié. « Le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée... celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ⁵² ». Le célèbre arrêt *Nikon* du 2 octobre 2001 affirme clairement qu'il existe une vie privée sur le lieu de travail et que celle-ci doit être respectée... alors même qu'elle s'exprimerait par les moyens fournis au salarié

(43) L'article L. 1321-3 C. trav. contient une prescription équivalente s'agissant des mesures qui peuvent être inscrites dans le règlement intérieur : « Le règlement intérieur ne peut contenir... des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché... ».

(44) Délibération CNIL n° 2010-112, 22 avr. 2010.

(45) CNIL, 16 déc. 2011, décision n° 2011-036. La vidéosurveillance sous contrôle, Sem. Soc., Lamy 20 févr. 2012, n° 1526.

(46) Guide CNIL de la géolocalisation des salariés.

(47) Soc., 3 nov. 2011, n° 10-18.036, D. 2011. 2803 ; RDT 2012. 156, obs. B. Bossu et T. Morgenroth (en l'occurrence, contrôle de la durée du travail).

(48) J. Mouly et J.-P. Marguenaud, L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEH : vie privée et principe de proportionnalité, D. 2005. 36.

(49) Soc., 8 févr. 2012, n° 11-10.382, *RATP c/ CHSCT de l'établissement bus* : le projet d'un dépistage de l'usage de stupéfiants justifie le recours à un expert par le CHSCT.

(50) L. Casaux-Labrunee, Drogues illicites et risques professionnels : faut-il légiférer ? *Courrier des addictions* juill.-août-sept. 2010. 19 s ; Assises nationales de la MILDT (Mission interministérielle de Lutte contre la Drogue et la Toxicomanie), Paris 2010. <http://www.drogues.gouv.fr/site-professionnel/>

(51) Avec une éventuelle corrélation avec l'infraction pénale de « mise en danger d'autrui » (C. pén., art. 121-3).

(52) La violation du secret des correspondances privées est également pénalement sanctionnée : « Le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende. Est puni des mêmes peines le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions » (C. pén., art. 226-15).

pour travailler, et alors même que l'employeur aurait interdit à ses salariés d'utiliser leur ordinateur à des fins personnelles⁵³. Cet arrêt a singulièrement étendu pour les salariés le champ de la protection découlant de l'article 9 du code civil et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (auquel on ajoutera l'article L. 1121-1 du code du travail si le salarié entend faire valoir une atteinte injustifiée ou disproportionnée à sa vie privée du fait du procédé de contrôle choisi par l'employeur, et contester par ce biais la preuve des faits qui lui sont reprochés). L'arrêt *Nikon* a également adapté le principe du secret des correspondances aux modes modernes de communication, les difficultés actuelles portant bien plus sur les messageries et fichiers électroniques que sur les lettres postales.

À certains égards excessive, la solution de l'arrêt *Nikon* a par la suite été nuancée pour permettre à l'employeur un droit de regard sur l'activité de ses salariés (hypothèse de l'usage déloyal voire illicite des moyens de communication de l'entreprise par le salarié auquel cette jurisprudence laissait libre cours). L'arrêt *Cathnet Science* du 17 mai 2005 a ainsi apporté d'utiles précisions : l'employeur ne peut pas, en principe, contrôler les fichiers identifiés par le salarié comme étant « personnels » (moyen pour ce dernier de délimiter le périmètre informatique de sa vie privée dans l'entreprise) ; il le pourra par exception, si le salarié est présent ou dûment représenté, ou en cas de risque ou événement particulier (non précisé)⁵⁴. Plus tard, les juges décideront qu'à défaut d'avoir été expressément identifiés comme personnels, les fichiers informatiques du salarié sont présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur peut y avoir librement accès hors la présence du salarié⁵⁵. Cependant, « si l'employeur peut toujours consulter les fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, il ne peut les utiliser pour le sanctionner s'ils s'avèrent relever de sa vie privée »⁵⁶.

Ces solutions valent pour les fichiers et pour les courriers électroniques⁵⁷, mais pas pour les connexions Internet durant le temps de travail. Concernant ces dernières, le principe posé par la Cour de cassation est clair : les connexions établies par un salarié sur des sites Internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les contrôler, hors de sa présence⁵⁸. La solution ne comporte aucune réserve quant à l'identification éventuelle par le salarié

du caractère personnel de ces connexions (dont on voit mal au demeurant comment elle serait possible). Toute connexion établie pendant le temps de travail avec l'ordinateur professionnel peut donc être contrôlée librement par l'employeur⁵⁹. Un salarié l'a appris à ses dépens, licencié pour faute grave pour surf abusif sur Internet durant son temps de travail. L'argument selon lequel le contrôle de son disque dur, opéré à son insu, aurait porté atteinte à sa vie privée, n'a pas convaincu les juges. En revanche, il convient d'être sûr que le salarié est bien l'auteur des connexions Internet, ou le cas échéant, des courriels litigieux⁶⁰.

S'agissant des réseaux sociaux, et des conversations que peuvent y tenir des salariés sur leur entreprise, le rempart de la vie privée paraît bien mince, en l'état actuel de la jurisprudence, lorsqu'il s'agit d'échapper à une sanction prononcée par l'employeur pour propos injurieux ou nuisibles à l'entreprise. Si le salarié qui s'exprime sur un réseau social en dehors de ses heures de travail et depuis son ordinateur personnel peut avoir l'impression d'être dans une sphère privée sur laquelle l'employeur n'a pas de prise, les conditions d'utilisation dudit réseau social (plus ou moins ouvert : les amis de mes amis...) peuvent faire basculer les propos qui y sont tenus dans la sphère publique et interdire, en conséquence, d'invoquer une violation du droit au respect de la vie privée⁶¹.

La messagerie privée paraît plus inviolable. La Cour de cassation s'est prononcée récemment sur la question des courriels injurieux écrits hors entreprise. Quelle légitimité du licenciement pour faute grave prononcé contre un salarié pour avoir dénigré sa supérieure hiérarchique dans un courriel adressé à un collègue ? Pour la cour d'appel, la sanction disciplinaire est justifiée : le courriel litigieux n'était pas étranger à l'activité professionnelle du salarié et « l'intempérance démesurée des propos excédait largement ce qu'autorise la liberté d'expression et de critique reconnue à un salarié et caractérisait un manquement particulièrement indécrot à l'obligation professionnelle de loyauté, comportement d'autant moins admissible qu'il émanait d'un cadre porteur de l'image et du crédit de l'entreprise ». La Cour de cassation en décide autrement et fait prévaloir le droit au respect de la vie privée : « L'envoi d'un courriel litigieux par le salarié, de sa messagerie personnelle et en dehors du temps et du lieu de travail, à l'adresse électronique personnelle d'un collègue de travail, ce qui conférerait à ce message un caractère purement privé, ne constituait pas un manquement à son obligation de loyauté envers l'employeur »⁶². Mieux

(53) P.-Y. Gautier, La preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la « vie privée » des salariés, note sous Soc., 2 oct. 2001 ; D. 2001. 3148 ; RTD civ. 2002. 72, obs. J. Hauser.

(54) Soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017 – R. de Quenaudon, Jurisprudence *Nikon* : la suite mais non la fin, D. 2005. 1873.

(55) Soc., 18 oct. 2006, n° 04-48.025, RDT 2006. 395, obs. R. de Quenaudon – Soc., 21 oct. 2009, n° 07-43.877, D. 2009. 2614 ; RDT 2010. 172, obs. H. Guyader.

(56) Soc., 5 juil. 2011, n° 10-17.284, RDT 2011. 708, obs. M. Kocher.

(57) J.-M. Chonnier, Internet et le droit d'expression des salariés, Sem. Soc., Lamy 2011, n° 1507, p. 4.

(58) Soc., 9 juil. 2008, n° 06-45.800, D. 2008. 2228, et les obs. ; *ibid.* 2009. 191, obs. Centre de recherche en droit social de

l'Institut d'études du travail de Lyon (CERCRID, Université Jean Monnet de Saint-Étienne – Université Lumière Lyon 2/UMR CNRS 5137) ; Rev. sociétés 2008. 780, note J.-F. Barbière – Solution confirmée par Soc., 9 févr. 2010, n° 08-45.253.

(59) La preuve par le disque dur..., http://www.cabinetarnoult.com/preuve_informatique/

(60) Soc., 24 juin 2009, n° 08-41.087.

(61) Cons. prud. Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, n° 10-853 – Reims, 9 juin 2010, n° 09-3209 – Besançon, 15 nov. 2011, n° 10-02.642 ; sur ces questions, v. article CNIL du 10 janv. 2011 (propos tenus sur un réseau social par des salariés), www.cnil.fr

(62) Soc., 26 janv. 2012, n° 11-10.189.

vaut donc Outlook que Facebook pour le salarié qui, après son travail, éprouve le besoin de « se lâcher » sur son entreprise ou ses collègues de travail.

II. — LA SANCTION DE FAITS DE VIE PRIVÉE PRÉJUDICIALES À L'ENTREPRISE

Le droit au respect de la vie privée reconnu au salarié au temps et lieu du travail ne lui confère pas une immunité totale pour tous les actes de vie privée accomplis dans le cadre de sa vie professionnelle⁶³. Dans quelle mesure l'employeur peut-il sanctionner un fait de vie privée qui a des répercussions gênantes sur la vie de l'entreprise ? La question se pose de façon très pratique dans les entreprises et l'abondance du contentieux montre que les solutions apportées par les juges ne sont pas aussi claires qu'on pourrait le souhaiter. L'analyse de la jurisprudence permet de faire ressortir un principe clair (A), assorti de deux exceptions (B) et d'un tempérament (C). La tendance générale est à plus de sévérité à l'égard des salariés.

A — PRINCIPE : UN FAIT DE VIE PRIVÉE NE PEUT ÊTRE SANCTIONNÉ D'UN POINT DE VUE DISCIPLINAIRE

La distinction entre la vie personnelle et la vie professionnelle du salarié domine tout le droit disciplinaire. Celui-ci ne peut concerner que les fautes commises par le salarié dans le cadre de sa vie professionnelle. *A contrario*, les actes de vie personnelle échappent à l'autorité de l'employeur, sans pouvoir faire l'objet de sanction disciplinaire. La jurisprudence est constante lorsque les faits de vie personnelle reprochés au salarié sont commis hors du temps et du lieu du travail⁶⁴. En revanche, lorsque des faits de vie personnelle s'expriment dans l'entreprise, la question de leur sanction devient nécessairement plus complexe.

B — EXCEPTIONS

1. Le licenciement disciplinaire pour des faits de vie privée se rattachant à la vie de l'entreprise

La Cour de cassation admet depuis plusieurs années que des faits de vie privée se rattachant à la vie de l'entreprise ou à la vie professionnelle du salarié puissent être sanctionnés par l'employeur sur le terrain disciplinaire⁶⁵. Mais cette jurisprudence a été critiquée en rai-

son du caractère flottant du critère du rattachement et de fait, du risque d'empiétement du pouvoir patronal sur la vie privée du salarié⁶⁶. Il a également été reproché à la cour d'accorder trop d'importance aux fonctions occupées par le salarié dans l'entreprise pour justifier le rattachement de faits de vie privée à la vie professionnelle, analyse qui conduit à créer des obligations extra-professionnelles à la charge de ce dernier.

La Cour de cassation continue malgré tout d'appliquer ce critère, en prêtant semble-t-il davantage attention aux circonstances dans lesquelles les actes de vie privée préjudiciables à l'entreprise ont été réalisés (fonctions du salarié mais aussi temps et lieu de travail, utilisation des moyens de l'entreprise, contact avec d'autres salariés...) plus qu'aux conséquences de ceux-ci pour l'entreprise (sans doute pour ne pas empiéter sur le champ du licenciement pour trouble objectif ? *v. infra*). Le risque est évidemment celui d'ouvrir la boîte de Pandore, mais pour l'instant le critère est appliqué avec précaution.

Récemment, les juges ont validé le licenciement pour faute grave de salariés ayant adressé à des collègues et amis, à partir de leur ordinateur professionnel, des courriels injurieux à l'égard de leur employeur. Tandis que les salariés soutenaient que les courriels étaient de nature privée, la Cour de cassation a considéré au contraire que les messages litigieux étaient « en rapport avec l'activité professionnelle »⁶⁷. De la même façon, « la fabrication et le stockage d'alcool, en toute illégalité, dans les caves d'un château dont la garde se rattache à la vie professionnelle du salarié, justifient son licenciement pour faute grave »⁶⁸.

Enfin, c'est certainement le critère du rattachement (même s'il n'est pas formulé ainsi dans l'arrêt) qui permet de rattraper hors de l'entreprise le salarié qui se rend coupable de faits de harcèlement sexuel sur des collègues de travail (personnes avec lesquelles l'intéressé était en contact en raison de son travail) : « Le licenciement du salarié coupable de harcèlement sexuel à l'égard de collègues de travail est justifié par une faute grave, même si ces faits ont eu lieu hors du temps et du lieu de travail »⁶⁹.

2. Le licenciement disciplinaire pour des faits de vie privée constituant un manquement à une obligation découlant du contrat de travail

L'autre exception est plus récente : « Un motif tiré de la vie personnelle ne peut, en principe, justifier un

(63) J. Savatier, Portée de l'immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle (Soc., 25 et 26 févr. 2003), Dr. soc., 2003. 625.

(64) Soc., 16 déc. 1997, *Delamaere*, n° 4955, P - Soc., 16 déc. 1998 (endettement personnel important pour un employé de banque) - Soc., 23 mai 2007, n° 05-41.374, D. 2007. 3033, obs. E. Dockès, F. Fouvet, C. Géniaut et A. Jeammaud ; RDT 2007. 586, obs. T. Aubert-Monpeyssen (participation à une manifestation publique) - Soc., 29 janv. 2008, n° 05-43.745 (hébergement d'une personne étrangère).

(65) Soc., 2 déc. 2003, n° 01-43.227 - Soc., 19 mars 2008, n° 06-45.212 (retrait du permis de conduire pour alcoolémie en dehors du temps de travail, pour un salarié affecté à la conduite de véhicules) - Soc., 10 déc. 2008, n° 07-41.820, D. 2009. 104, obs. B. Ines ; RDT 2009. 168, obs. R. de Quenaudon (propos injurieux tenus contre l'employeur en dehors

de l'entreprise mais devant des personnes que le salarié était chargé d'encadrer).

(66) J. Mouly, Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance, Dr. soc., 2006. 839 ; Ch. Vigneau, Le rattachement de faits de vie personnelle à la vie professionnelle : la Cour de cassation persiste, Dr. soc., 2008. 818 ; P. Adam, La vie personnelle, une forteresse et quelques souterrains, RDT 2011. 116.

(67) Soc., 2 févr. 2011, nos 09-72.313, 09-72.449 et 09-72.450, RDT 2011. 378, obs. R. de Quenaudon.

(68) Soc., 17 nov. 2011, n° 10-17.950.

(69) Soc., 19 oct. 2011 ; obs. L. Casaux-Labrunee, Le harcèlement sexuel en dehors du temps et du lieu de travail constitue une faute grave, Lexbase hebdo 26 janv. 2012, n° 470, éd. soc.

licenciement disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail »⁷⁰. La solution révèle, de la part des juges, la volonté de ramener les discussions sur le terrain contractuel. Elle présente deux avantages : proposer un critère un peu plus sûr comparé à celui du rattachement aux contours très flottants ; indiquer une correspondance directe avec la notion de faute disciplinaire qui est précisément définie comme une faute contractuelle⁷¹. L'exception présente un autre intérêt : celui d'être mise en œuvre à la fois par la Cour de cassation et par le Conseil d'État qui ont réuni leurs jurisprudences sur cette question⁷².

Pour autant, si sa formulation est claire, la solution sur le fond laisse un sentiment d'insatisfaction toujours lié au même risque : que les juges ouvrent par ce biais une voie permettant de réinvestir l'employeur d'un pouvoir disciplinaire susceptible d'atteindre des faits tirés de la vie personnelle⁷³. La solution est également critiquée pour son imprécision : les juges précisent rarement en effet l'obligation dont le manquement est reproché au salarié. Obligation de probité⁷⁴ ? Obligation de loyauté⁷⁵ ? Obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail (qui a l'avantage d'offrir une assise textuelle)⁷⁶ ?

Dans un arrêt du 21 septembre 2011 qui concernait un salarié licencié pour faute grave parce qu'il avait passé trop d'heures sur Internet, au détriment de son temps de travail, à consulter des sites pornographiques, et avait tenté d'effacer les traces de sa navigation (circonstance aggravante), la Cour de cassation affirme de façon générale que de tels faits « constituaient à eux seuls des manquements graves du salarié à ses obligations découlant du contrat de travail », et étaient par conséquent constitutifs d'une faute grave⁷⁷. Même absence d'explication dans l'arrêt qui affirme que surfer longuement sur Internet à des fins personnelles (plus de 40 heures en un mois !) pendant le temps de travail

constitue une faute grave⁷⁸, ou dans celui qui qualifie de faute grave le fait d'installer un logiciel permettant le téléchargement illégal d'œuvres musicales à partir de l'adresse IP de l'employeur⁷⁹. Parfois, c'est le manquement à une obligation plus précise qui est disciplinairement sanctionné, comme le non-respect des dispositions du règlement intérieur ou de la charte informatique associée⁸⁰.

Cette jurisprudence récente manque encore d'homogénéité et de précision. Hasardons-nous à une suggestion pour lui en donner davantage, au gré de l'observation selon laquelle la plupart des manquements sanctionnés trahissent, d'une façon ou d'une autre, un défaut de loyauté vis-à-vis de l'employeur⁸¹. Ce manque de loyauté, s'agissant de démêler les vies personnelle et professionnelle du salarié, ne pourrait-il être défini comme « l'utilisation abusive ou illicite des moyens de l'entreprise à des fins personnelles » ? « Manque à son obligation de loyauté le salarié qui utilise de façon abusive ou illicite les moyens de l'entreprise à des fins personnelles ».

Cette construction jurisprudentielle doit également gagner en cohérence.

« Le fait pour un salarié recruté sur un emploi de chauffeur, de commettre, dans le cadre de sa vie privée, une infraction de nature à entraîner la suspension de son permis de conduire, ne saurait être regardé comme une méconnaissance par l'intéressé de ses obligations contractuelles à l'égard de son employeur »⁸². Comment justifier la solution des juges, judiciaire et administratif, concernant les décisions de suspension ou de retrait de permis de conduire dans les cas où ce permis est nécessaire à l'exercice des fonctions du salarié (chauffeur, VRP...) ? Pourquoi cette exception (exception à l'exception) qui peut rendre impossible, au moins momentanément, l'exécution du contrat de travail ? Le salarié qui, par son fait, se retrouve privé de permis de

(70) Soc., 23 juin 2009, *Intartaglia*, n° 07-45.256, RDT 2009. 657, obs. C. Mathieu-Géniaut – Soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464, D. 2011. 1357 ; *ibid.* 1568, point de vue G. Loiseau ; F. Champeaux, De la frontière entre la vie personnelle et la vie professionnelle, *Sem. Soc.*, Lamy n° 1492, p. 12 – Soc., 8 nov. 2011 ; obs. L. Casaux-Labrunee, Quand le salarié confond vie personnelle et vie professionnelle, *Lexbase hebdo* 24 nov. 2011, n° 463, éd. soc.

(71) Droit du travail, Précis, Dalloz, 25^e éd., n° 661.

(72) CE 15 déc. 2010, req. n° 316856, *Renault*, Lebon ; AJDA 2011. 527 ; RDT 2011. 99, concl. G. Dumortier ; *ibid.* 116, obs. P. Adam : « Un agissement du salarié intervenu en dehors de son contrat de travail ne peut motiver un licenciement pour faute, sauf s'il traduit la méconnaissance par l'intéressé d'une obligation découlant de ce contrat » (à propos de la suspension hors travail du permis de conduire concernant un salarié recruté sur un emploi de chauffeur), JCP 2011. 353, note J. Mouly ; P. Adam, *op. cit.* ; v. également les conclusions de G. Dumortier, RDT 2011. 99.

(73) G. Loiseau, Vie personnelle et licenciement disciplinaire, D. 2011. 1568.

(74) Soc., 25 févr. 2003, *Thévenet* – Soc., 25 janv. 2006, n° 04-44.918, D. 2006. 394 ; *ibid.* 2702, obs. A. Lepage, L. Marino et C. Bigot.

(75) Limoges, 23 févr. 2009, RG n° 08-01.112 (envoi par le salarié de messages électroniques à l'ensemble de ses collègues pour critiquer l'employeur, les inciter à des actions en justice et à la signature d'une pétition contre lui).

(76) C. trav., art. L. 1222-1 ; Ch. Vigneau, L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, *Dr. soc.*, 2004. 706.

(77) Soc., 21 sept. 2011, n° 10-14.869.

(78) Soc., 18 mars 2009, n° 07-44.247, D. 2009. 1093, obs. C. Dechrété.

(79) Versailles, 31 mai 2011, *Mickaël P. c/ Mireille B.P.*

(80) Soc., 15 déc. 2010, n° 09-42.691 : « L'utilisation de sa messagerie pour la réception et l'envoi de documents à caractère pornographique et la conservation sur son disque dur d'un nombre conséquent de tels fichiers constituaient un manquement délibéré et répété du salarié à l'interdiction posée par la charte informatique mise en place dans l'entreprise et intégrée au règlement intérieur [...] ces agissements, susceptibles pour certains de revêtir une qualification pénale, étaient constitutifs d'une faute grave et justifiaient le licenciement immédiat de l'intéressé ».

(81) Exemple : « Le fait pour un salarié d'utiliser la messagerie électronique que l'employeur met à disposition pour émettre, dans des conditions permettant d'identifier l'employeur, un courriel contenant des propos antisémites, est nécessairement constitutif d'une faute grave rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis » (Soc., 2 juin 2004, n° 03-45.269, D. 2004. 1934, et les obs.).

(82) CE 15 déc. 2010, *Renault* – Soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464, D. 2011. 1357 ; *ibid.* 1568, point de vue G. Loiseau.

conduire alors qu'il sait en avoir impérativement besoin dans le cadre de son travail, ne commet-il aucun manquement à son contrat de travail... ne serait-ce qu'à l'obligation de fournir la prestation de travail ? *Quid* si le contrat de travail prévoit l'exigence du permis de conduire ? Ces décisions montrent pour le moins la volonté des juges de maîtriser la qualification des faits de vie privée ou personnelle susceptibles d'être analysés en manquement contractuel ⁸³.

À défaut de sanction disciplinaire possible, à défaut de prouver que les faits de vie privée reprochés au salarié se rattachent à sa vie professionnelle ou qu'ils constituent un manquement aux obligations découlant du contrat de travail, l'employeur a encore la possibilité de prouver que les faits de vie privée reprochés au salarié sont particulièrement préjudiciables à l'entreprise au point de nécessiter son licenciement, mais cette fois sur le terrain non disciplinaire.

C — TEMPÉRAMENT : UN FAIT DE VIE PRIVÉE QUI CAUSE UN TROUBLE OBJECTIF À L'ENTREPRISE PEUT JUSTIFIER UN LICENCIEMENT NON DISCIPLINAIRE

Le principe selon lequel un fait de vie privée ne peut donner lieu à sanction disciplinaire ne signifie pas que le salarié peut impunément faire entrer sa vie privée dans l'entreprise. Il signifie simplement que les agissements du salarié ne peuvent être considérés comme fautifs par l'employeur au sens de l'article L.1331-1 du code du travail qui définit la sanction disciplinaire.

Il y a certainement ici un décalage important entre la solution juridique et la façon dont les situations sont vécues en pratique. Spontanément, on peut le comprendre, l'employeur aura tendance à penser que le salarié qui abuse des moyens de l'entreprise à des fins privées (service courrier pour réceptionner une revue pornographique, connexions Internet excessives à des fins personnelles...) commet une faute qui mérite d'être relevée si ce n'est sanctionnée. C'est une réaction « naturelle » contre laquelle l'employeur devra lutter s'il veut éviter de se retrouver judiciairement « à contrepied », condamné à verser au salarié qualifié par erreur de « fautif » des indemnités pour abus de pouvoir disciplinaire et atteinte au droit à la vie privée (v. *supra*, Cass., ch. mixte, 18 mai 2007).

Le « licenciement pour trouble objectif » est une construction jurisprudentielle qui permet à l'employeur de prendre acte des conséquences sur l'entreprise des faits de vie privée accomplis par le salarié à l'occasion de son travail, plus que des faits eux-mêmes (qui échappent normalement à la sanction) ⁸⁴. En effet, certains comportements privés peuvent affecter le fonctionnement de l'entreprise au point de rendre impossible, sans dommage pour celle-ci, la continuation du travail. « L'intérêt de l'entreprise prime alors sur la protection de la vie personnelle et impose de maintenir une possibilité de licenciement » ⁸⁵.

Jusqu'à présent, les débats ont surtout porté sur le fait de savoir si ce licenciement pour trouble objectif devait être un licenciement disciplinaire ou non disciplinaire. Après hésitation ⁸⁶, les juges ont finalement penché pour la seconde solution, de façon à maintenir le principe et à laisser la vie privée du salarié hors d'atteinte du pouvoir de sanction patronal : « Un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu » ⁸⁷.

Sans doute la solution est-elle peu discutable en son principe, conforme à la logique protectrice des droits et libertés du salarié. On regrettera cependant le manque de cohérence des solutions accolées les unes aux autres. Est-il logique qu'un fait tiré de la vie personnelle du salarié puisse justifier un licenciement disciplinaire lorsqu'il porte manquement à une obligation contractuelle... mais qu'il ne puisse pas justifier un tel licenciement lorsqu'il occasionne un trouble objectif dans l'entreprise ? ⁸⁸.

On peut regretter aussi le manque de définition et de caractérisation de ce trouble qui peut permettre à l'employeur de licencier un salarié pour l'accomplissement d'actes de vie personnelle portant préjudice à l'entreprise ⁸⁹. La notion est capitale et pourtant, elle est encore mal connue. Pour l'instant, l'on sait seulement que ce trouble doit être « caractérisé », notamment par référence à la finalité de l'entreprise ⁹⁰, et qu'il doit également être objectif, « c'est à dire provoquer une réelle impossibilité de maintenir la relation de travail » ⁹¹... comme une faute grave ! Le Conseil d'État, dans l'affaire *Renault* ⁹², a proposé une formule assez complète pour faciliter la caractérisation

(83) La chambre sociale considérait précédemment que le retrait du permis de conduire, même en dehors du temps de travail, se rattachait à sa vie professionnelle, et justifiait une sanction disciplinaire (Soc., 2 déc. 2003, n° 01-43.227, D. 2004. 2462, et les obs., note B. Boudias ; RTD civ. 2004. 263, obs. J. Hauser ; *ibid.* 729, obs. J. Mestre et B. Fages – Soc., 19 mars 2008, n° 06-45.212).

(84) Soc., 12 mars 1991, n° 88-43.051 – Soc., 17 avr. 1991, n° 90-42.636, RTD civ. 1991. 706, obs. J. Hauser, *Painsecq* ; Dr. soc., 1991. 485, note J. Savatier – Soc., 21 mai 2002, n° 00-41.128, RDSS 2003. 120, obs. E. Alfandari – Soc., 14 sept. 2010, n° 09-65.675.

(85) P.-H. Antonmattei, Le licenciement pour trouble objectif, Dr. soc., 2012. 10.

(86) Soc., 25 janv. 2006, n° 04-44.918, D. 2006. 394 ; *ibid.* 2702, obs. A. Lepage, L. Marino et C. Bigot et les critiques de J. Mouly, Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance, Dr. soc., 2006. 839.

(87) Cass., ch. mixte, 18 mai 2007, préc. – Soc., 9 mars 2011, n° 09-42.150, D. 2011. 888.

(88) V. G. Loiseau, *op. cit.*

(89) Ch. Mathieu-Geniaut, L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question, Dr. soc., 2006. 848 ; J.-Y. Frouin, Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail, JCP S 2010. 1087.

(90) Soc., 17 avr. 1991, n° 90-42.636, RTD civ. 1991. 706, obs. J. Hauser, *Painsecq*.

(91) Ph. Waquet, Trouble objectif : le retour à la case départ, Sem. Soc., Lamy 2007, n° 1310, p. 5 ; Le trouble objectif dans l'entreprise : une notion à redéfinir, RDT 2006. 304.

(92) CE 15 déc. 2010, req. n° 316856, *Renault*, Lebon ; AJDA 2011. 527 ; RDT 2011. 99, concl. G. Dumortier ; *ibid.* 116, obs. P. Adam (chauffeur/conducteur privé de permis de conduire pour des raisons personnelles).

du trouble objectif⁹³, dont le juge judiciaire pourrait peut-être s'inspirer⁹⁴.

Ce tour d'horizon des sanctions envisageables lorsqu'un salarié commet des actes de vie privée préjudiciables à l'entreprise montre que les différentes constructions jurisprudentielles s'y rapportant ne sont pas achevées (détermination des faits de vie privée « se rattachant à la vie de l'entreprise » ; précision des manquements aux obligations découlant du contrat de travail ; notion de trouble objectif). Il montre également la nécessité de coordonner ces différentes jurisprudences entre elles de façon à rendre le tableau d'ensemble plus cohérent.

III. — LA NÉCESSAIRE CONCILIATION DE LA VIE PRIVÉE DES SALARIÉS AVEC LA VIE DE L'ENTREPRISE

Chercher à séparer comme avant et de façon franche les vies privée et professionnelle des salariés est vain et illusoire. Les technologies modernes de communication y font largement obstacle (sauf à demander aux salariés de laisser leur portable et autres outils de communication *high-tech* au vestiaire). Il n'est pas sûr au demeurant qu'une telle séparation soit souhaitable. La « génération Y » est née avec ces modes de communication : l'en priver de façon radicale pour tout usage personnel durant le temps de travail serait certainement mal compris, mal perçu... et probablement contraire à l'intérêt de l'entreprise. Une étude scientifique menée par le Département Marketing de l'Université de Melbourne révèle par exemple que le surf personnel sur internet améliore la productivité des salariés d'environ 9 % (Dr. Brent Coker, *Freedom to surf: workers more productive if allowed to use the internet for leisure*): « Les temps de pause que s'accordent de temps en temps les salariés sur Internet les aident à être mieux concentrés le reste du temps, et donc à être finalement plus productifs »⁹⁵.

Il s'agit donc de trouver un équilibre dépassant le conflit de logiques entre le droit au respect de la vie privée du salarié, même au temps et lieu de travail, et les intérêts légitimes de l'entreprise, de chercher à concilier les deux vies du salarié plutôt que les opposer⁹⁶. Il est en effet de l'intérêt de tous de trouver les voies et moyens de cette conciliation : celui des salariés est de trouver une meilleure compatibilité entre vie personnelle et vie professionnelle⁹⁷ ; celui des employeurs

est de favoriser l'épanouissement des salariés sur leur lieu de travail, qui ne peut en principe qu'améliorer leur productivité. Cette recherche de conciliation passe par l'établissement de règles claires au sein des entreprises.

A — CLARIFIER LES RÈGLES AU SEIN DE L'ENTREPRISE

La conciliation entre vie privée des salariés et vie de l'entreprise suppose certainement, de part et d'autre, un minimum de règles permettant à chacun d'adopter de bons comportements. Rien n'est sans doute pire en ce domaine que le laisser-faire. « À défaut d'abus manifeste et caractérisé, un employeur ne saurait reprocher un comportement à un salarié s'il n'a pas préalablement déterminé quelle était la règle »⁹⁸. L'idéal est sans doute que ces règles soient négociées, mais l'employeur peut également user de son pouvoir réglementaire.

1. Par la négociation collective

« L'importance qu'accorde en ces matières la doctrine à la jurisprudence ne doit surtout pas faire oublier le rôle fondamental de la négociation collective, et notamment des accords d'entreprise. Que l'on songe au stress et plus largement aux différentes formes de pression sur les salariés, nous sommes au cœur des conditions de travail. La question n'est pas seulement de défendre le salarié contre les abus potentiels de son employeur, c'est aussi et surtout de trouver les voies et moyens de construire avec les partenaires sociaux des dispositifs conventionnels positifs qui permettent une conciliation organisée de la vie professionnelle et de la vie privée »⁹⁹.

Les thèmes de négociation qui couvrent ou recoupent le champ des rapports entre vie privée des salariés et vie de l'entreprise, laissés à la discrétion des partenaires sociaux, ne manquent pas : stress au travail, temps de travail et temps de pause, négociation de moyens favorisant la compatibilité entre vie privée/familiale et vie professionnelle (création de crèches d'entreprise...), conditions et limites dans lesquelles les salariés peuvent utiliser les moyens de l'entreprise à des fins non professionnelles... On peut penser, étant le résultat de négociations, que les règles formulées par ce moyen seront d'autant mieux respectées. À défaut, la réaction de l'employeur sera d'autant plus légitime¹⁰⁰.

(93) Seule solution restante pour les employeurs de salariés privés de permis de conduire pour raisons personnelles, alors que leur emploi nécessite impérativement de conduire (chauffeurs, conducteurs d'engins, ambulanciers, VRRP...).

(94) « Dans le cas où la demande de licenciement est motivée par un acte ou un comportement du salarié qui, ne méconnaissant pas les obligations découlant pour lui de son contrat de travail, ne constitue pas une faute, il appartient à l'inspecteur du travail, et le cas échéant au ministre, de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits en cause sont établis et de nature, compte tenu de leur répercussion sur le fonctionnement de l'entreprise, à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, eu égard à la nature de ses fonctions et à l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé ».

(95) S. Bonnegent, préc. ; ces résultats sont à rapprocher de ceux de l'étude qui estime à 14 % la chute de productivité

liée à l'usage d'Internet en entreprise à des fins personnelles (v. *supra*).

(96) J.-E. Ray, D'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail, Dr. soc., 2010. 3 ; G. Trudeau, Vie professionnelle et vie personnelle, ou les manifestations d'un nouveau droit du travail, Dr. soc., 2010. 76.

(97) Selon une étude du ministère de l'Emploi, parmi les personnes qui exercent une activité professionnelle, quatre sur dix trouvent que leur travail rend difficile l'organisation de leur vie de famille. Avoir des enfants, notamment jeunes, et travailler avec des horaires atypiques accroît le sentiment que la conciliation est difficile (PIPS, n° 50.3, déc. 2004).

(98) CNIL, La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise, Rapport d'étude et de consultation publique, 2001. 31.

(99) J.-D. Combexelle, Vie professionnelle et vie personnelle, Dr. soc., 2010. 13.

(100) Voir note page suivante.

2. Par l'élaboration d'une charte annexée au règlement intérieur

Les rapports entre vie privée des salariés et vie de l'entreprise relèvent pleinement du pouvoir réglementaire de l'employeur qui, à défaut ou en plus de règles négociées (à condition d'éviter les contradictions), a tout intérêt à s'emparer de ces questions avant qu'elles ne deviennent conflictuelles, et autrement que par de simples notes de service dénuées de valeur juridique. Le règlement intérieur a vocation à accueillir de telles règles : « Le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement [...] les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement [...] les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur » (C. trav., art. L. 1321-1).

Pour une meilleure circulation de l'information et une meilleure connaissance par chacun de ses droits et limites, sans doute sera-t-il préférable d'élaborer un document à part traitant spécifiquement de ces questions, un document du type « charte »¹⁰¹ qui sera joint au règlement intérieur. Telle est la pratique suivie par les entreprises les plus avancées en ce domaine, notamment pour tout ce qui concerne l'usage interne des technologies de l'information et de la communication.

En quelques années, les « chartes informatiques »¹⁰² ou « chartes d'utilisation des systèmes d'information » se sont en effet imposées dans les entreprises comme un processus incontournable pour maîtriser les risques liés à l'utilisation par les salariés des outils et services informatiques mis à leur disposition (règles et limites d'utilisation des moyens de l'entreprise à des fins personnelles, sites Internet sur lesquels il est interdit de surfer, modalités de contrôle et surveillance...). Le guide pratique de la CNIL pour les employeurs et les salariés (édition 2010) recommande par exemple aux employeurs de porter à la connaissance des salariés le principe retenu pour différencier les mails professionnels des e-mails personnels (qualification par l'objet, création d'un répertoire spécifique dédié au contenu privé, etc.)¹⁰³.

Que les règles établies soient directement intégrées au règlement intérieur ou bien qu'elles fassent l'objet d'une charte annexée, la même procédure sera suivie pour

donner à celles-ci force obligatoire et les rendre opposables aux salariés en toutes circonstances¹⁰⁴ : consultation pour avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ainsi que du CHSCT pour les matières relevant de sa compétence ; affichage dans l'entreprise ; dépôt au greffe du Conseil de prud'hommes ; transmission à l'inspection du travail¹⁰⁵. Au-delà des obligations légales (C. trav., art. R. 1321-1), les règles ainsi définies pourront être portées à la connaissance de chaque salarié : aux nouveaux dès l'embauche, en même temps que la signature du contrat de travail, de façon à ce que les règles soient claires dès le début de la relation de travail ; aux salariés déjà embauchés de façon à permettre, le cas échéant, la rectification de certains comportements.

Les juges donnent pleine efficacité à la solution ainsi retenue : la tentative de connexion sur le poste informatique du directeur de la société, par emprunt du mot de passe d'un autre salarié, constitue un comportement contraire à l'obligation de respect de la charte informatique en vigueur dans l'entreprise, qui rend impossible le maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis et constitue une faute grave¹⁰⁶ ; l'utilisation de sa messagerie pour la réception et l'envoi de documents à caractère pornographique et la conservation sur son disque dur d'un nombre conséquent de tels fichiers constituent un manquement délibéré et répété du salarié à l'interdiction posée par la charte informatique mise en place dans l'entreprise et intégrée au règlement intérieur¹⁰⁷ ; l'interdiction de recevoir à son domicile des mineurs placés dans un établissement est une sujétion professionnelle pouvant figurer dans le règlement intérieur, alors même qu'elle constitue une restriction à la vie personnelle du salarié, justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché¹⁰⁸.

B — ÉLABORER UN PRINCIPE GÉNÉRAL DE CONCILIATION ?

Comment dépasser le conflit de logiques entre le droit au respect de la vie privée du salarié et les intérêts légitimes de l'entreprise ? Comment passer, d'une manière plus générale, de l'opposition à la conciliation ? La question n'est pas nouvelle. Le droit français, social notamment, y a répondu depuis longtemps en adoptant tout un ensemble de mesures (légales, conventionnelles, jurisprudentielles) de nature à favoriser l'articulation

(100) Soc., 22 janv. 2008, n° 06-40.514, RDT 2008. 324, obs. G. Borenfreund : un syndicaliste peut être sanctionné pour une utilisation de la messagerie interne de l'entreprise non respectueuse des conditions fixées par un accord collectif (l'accord d'entreprise mettait à la disposition des organisations syndicales représentatives la messagerie électronique de l'entreprise pour la publication d'informations syndicales, à la condition de l'existence d'un lien entre le contenu des messages et la situation sociale de l'entreprise).

(101) « Document définissant solennellement des droits et des devoirs », selon la définition du Vocabulaire juridique de G. Cornu, PUF.

(102) Pour la CNIL, une « charte informatique » est un document destiné à préciser les règles à respecter en matière de sécurité informatique, mais aussi celles relatives au bon usage de la téléphonie, de la messagerie électronique ou encore d'Internet (v. rapport : La cybersurveillance sur les lieux de travail, 2002).

(103) Fiche n° 6 : « Contrôle de l'utilisation d'Internet et de la messagerie », www.cnil.fr

(104) « Les notes de service ou tout autre document comportant des obligations générales et permanentes dans les matières mentionnées aux articles L. 1321-1 et L. 1321-2 sont, lorsqu'il existe un règlement intérieur, considérées comme des adjonctions à celui-ci. Ils sont, en toute hypothèse, soumis aux dispositions du présent titre » (C. trav., art. L. 1321-5).

(105) C. trav., art. L. 1321-4 et R. 1321-1 à R. 1321-4.

(106) Soc., 21 déc. 2006, n° 05-41.165.

(107) Soc., 15 déc. 2010, n° 09-42.691.

(108) Soc., 13 janv. 2009, n° 07-43.282, D. 2009. 1316, obs. L. Perrin, note J. Mouly ; RTD civ. 2009. 504, obs. J. Hauser ; J.-E. Ray, De l'interférence vie personnelle/vie professionnelle : à propos du raisonnable arrêt du 13 janvier 2009, Sem. Soc., Lamy 9 févr. 2009, n° 1386, p. 12.

des vies privée et professionnelle du salarié. Le code du travail comprend spécialement une mosaïque de textes permettant au salarié de suspendre ou réduire son activité pour des raisons personnelles ou familiales, ou de travailler à temps choisi (le code de la sécurité sociale également). Le législateur impose parfois aussi de se préoccuper des effets négatifs que certains régimes de travail pourraient avoir sur la vie privée du salarié. Pour un exemple d'actualité : « Un entretien annuel individuel est organisé par l'employeur, avec chaque salarié ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année. Il porte sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, ainsi que sur la rémunération du salarié » (C. trav., art. L. 3121-46). Le cas échéant, il tient également compte des situations où sentiments et travail peuvent être mêlés¹⁰⁹, de façon semble-t-il plus compréhensive qu'outre-Atlantique où une entreprise américaine sur deux interdit les relations amoureuses entre employés et supérieurs hiérarchiques¹¹⁰... pratique qui serait sûrement condamnée par la CEDH (v. *supra* la très extensive conception de la vie privée retenue par elle dans l'arrêt *Niemietz*) et qui montre que tout ceci est également une question de culture.

Les juges français, de leur côté, emboîtent souvent le pas du législateur, s'agissant par exemple de la mise en œuvre des clauses de mobilité ou encore du droit de la modification du contrat de travail. Enfin, dans certaines entreprises, la conciliation entre vie personnelle et vie professionnelle est devenue un axe fort des politiques menées en matière de ressources humaines. Une tendance à la conciliation s'observe par conséquent en droit français, tout au moins une recherche en ce sens menée à la fois par le législateur, le juge, et par certaines entreprises¹¹¹. La synthèse mériterait d'être faite de ces mesures éparpillées.

La question se pose aussi de savoir s'il faut aller au-delà pour tendre vers une construction d'ensemble assise sur un principe général de conciliation des vies privée et professionnelle du salarié¹¹².

Le champ d'application du principe devrait d'abord être précisé. Force est de constater en effet que la plupart des mesures recensées s'efforcent avant tout de concilier vie familiale et vie professionnelle des salariés¹¹³. Il en est de même des textes internationaux sur lesquels pourrait s'appuyer un tel principe : la convention n° 156 de l'OIT sur l'égalité de traitement (qui évoque la nécessité de prendre en compte les obligations des travailleurs ayant des responsabilités familiales) ; la Charte sociale européenne (art. 27 : « Les personnes ayant des responsabilités familiales et occupant un

emploi sont en droit de le faire, autant que possible, sans qu'il y ait conflit entre leur emploi et leurs responsabilités familiales ») ; la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 33 : « Afin de pouvoir concilier vie familiale et vie professionnelle, toute personne a le droit d'être protégée contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité, ainsi que le droit à un congé de maternité payé et à un congé parental à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant »).

Si ces différentes normes dessinent peu à peu un principe général de conciliation des vies familiale et professionnelle du salarié (qu'il conviendrait de peaufiner par la précision de ce que l'on entend par « famille », en s'inspirant notamment de la jurisprudence de la CEDH), *quid* de la vie privée/personnelle du salarié *stricto sensu* (hors famille) ? Peut-on aller vers l'énoncé d'un principe général de conciliation de la vie privée du salarié – incluant la vie familiale – avec sa vie professionnelle ? S'agissant des fondements du principe, ils sont déjà trouvés : article 9 du code civil au plan national (« chacun a droit au respect de sa vie privée ») ; article 8 de la Conv. EDH au plan européen (« toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance »).

Plus délicate est certainement la question de sa mise en œuvre, qui suppose de trouver des « clés de conciliation » satisfaisantes pour déterminer, dans chaque situation, le meilleur équilibre possible entre intérêt du salarié et intérêt de l'entreprise.

Une première clé est déjà utilisée dans nombre de situations : le principe de proportionnalité qui trouve assise à la fois en droit français (C. trav., art. L. 1121-1) et en droit européen (principe dégagé par la CEDH)¹¹⁴. La Cour de cassation en a par exemple fait application dans le célèbre arrêt *Spileers* du 12 janvier 1999 : « Vu l'article 8 de la Conv. EDH... Attendu que selon ce texte, toute personne a droit au respect de son domicile ; que le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit ; qu'une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché »¹¹⁵.

Une seconde clé permettrait sûrement d'éclairer les rapports entre vie privée et vie professionnelle d'un jour nouveau, et certainement à la lumière du bon sens : le recours au standard du « raisonnable ». En effet, la conciliation entre vie privée et vie professionnelle passe certainement par cette idée aussi simple que difficile à mettre en œuvre selon laquelle les parties doivent user de leurs droits et libertés avec raison¹¹⁶.

(109) Ch. Radé, *Amour et travail : retour sur un drôle de ménage*, Dr. soc., 2010. 35.

(110) J.-E. Ray, *Sem. Soc.*, Lamy 9 févr. 2009, n° 1386, p. 13.

(111) F. Favennec-Héry, *Temps et lieux de vie personnelle, temps et lieux de vie professionnelle*, Dr. soc., 2010. 23.

(112) Question posée par F. Favennec-Héry, art. préc., p. 29.

(113) K. Gaba, *Obligations familiales impérieuses et mise en œuvre du contrat de travail*, RJS 1/09, p. 3 ; A. Gardin, *La prise en compte de la vie familiale du salarié dans les normes légales et conventionnelles du travail*, CERIT, université de Nancy, 2003.

(114) J. Mouly et J.-P. Marguenaud, *L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée et principe de proportionnalité*, D. 2005. 36.

(115) Soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755, D. 1999. 645, note J.-P. Marguenaud et J. Mouly ; RTD civ. 1999. 358, obs. J. Hauser ; *ibid.* 395, obs. J. Mestre.

(116) Selon la CNIL par exemple, s'il n'est pas possible d'interdire de manière générale et absolue l'utilisation d'Internet à des fins non professionnelles, rien n'empêche à l'employeur d'en limiter l'accès et de n'autoriser l'usage à des fins personnelles qu'à la condition que celui-ci soit raisonnable, ne réduise pas la productivité, ni les conditions d'accès professionnel au réseau. Guide pour les employeurs et les salariés, éd. 2010. 18.

Certainement, le standard du « raisonnable » est-il d'un maniement délicat, auquel sont sans doute plus habitués les juges des pays de *Common Law* ou les spécialistes de droit international où la référence à ce standard est omniprésente. Mais les juges français et européens ont également acquis une solide expérience en ce domaine (que l'on songe seulement aux jurisprudences portant appréciation du caractère raisonnable de la durée du travail, de la période d'essai, des délais de façon générale...) qui pourrait certainement bénéficier à l'équilibre des rapports entre vie privée des salariés et vie de l'entreprise. Utiliser le concept du raisonnable, aussi bien dans sa fonction comportementale que régulatrice¹¹⁷, serait également conforme à la volonté exprimée par la Cour de cassation de mettre en œuvre « une jurisprudence du raisonnable qui, sans manichéisme ni parti pris, s'efforce de prendre en considération les intérêts légitimes des salariés et des entreprises »¹¹⁸.

Tel est bien l'objectif : concilier les deux vies du salarié plutôt que les opposer, rendre compatibles au plus possible la vie privée du salarié et l'intérêt de l'entreprise qui a elle aussi finalement sa propre vie, ses propres contraintes¹¹⁹. Simplement, pour parvenir au meilleur équilibre possible en ce domaine, il semble désormais nécessaire d'ajouter plus de réciprocité au débat. Car si la vie privée du salarié doit absolument être protégée contre ce que la vie professionnelle peut avoir d'envahissant, la vie de l'entreprise doit également être préservée contre cette tendance moderne assez marquée qui consiste pour les salariés à introduire délibérément leur vie privée dans l'entreprise... pour ensuite invoquer, avec plus ou moins bonne foi, le droit à son respect. Si une frontière existe encore entre vie privée et vie professionnelle, c'est de part et d'autre qu'elle doit être respectée ■

(117) P.-Y. Verkindt, *Le raisonnable en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011. 43 ; L. Flament, *Le raisonnable en droit du travail*, *Dr. soc.*, 2007. 16.

(118) Rapport annuel 2004, La Documentation française, 2005. 209.

(119) L. Casaux-Labrunée, *La confrontation des libertés dans l'entreprise*, *Dr. soc.*, 2008. 1041.