

Recueil Dalloz

Recueil Dalloz 2001 p. 3148

La preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la « vie privée » des salariés

Pierre-Yves Gautier, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. Qu'est-ce que la vie privée ? La faculté d'exiger d'autrui un devoir d'abstention : « *laissez-moi tranquille* » 📧(1) ! Entendu : chez vous, en vacances, à la sortie du cinéma ou du restaurant, mais dans l'endroit et au moment où vous travaillez, cet ordre est-il encore pertinent ? La Cour de cassation vient de répondre par l'affirmative, dans l'arrêt commenté : une société engage un ingénieur et met à sa disposition un ordinateur, muni de moyens de communiquer avec l'extérieur (logiciel de télécopie, semble-t-il), étant entendu que l'usage de cet outil informatique devra être exclusivement professionnel ; le salarié l'utilise pour son travail, mais aussi pour des besoins personnels ; l'employeur s'en convainc en prenant connaissance du disque dur et d'un fichier « personnel », à son insu, puis le licencie pour faute grave.

L'employé saisit le juge prud'homal afin d'être indemnisé, mais est débouté en appel, au motif qu'il avait mené pendant son temps de travail une « *activité parallèle* », ce qui est prouvé par les fichiers trouvés par l'employeur sur son ordinateur. Il obtient en revanche gain de cause à propos d'une indemnité conventionnelle de non-concurrence, question qui ne sera pas ici traitée.

Sur son pourvoi et après conclusions conformes de l'avocat général Kehrig, c'est la cassation, avec une cascade de visas impressionnants : les art. 8 Conv. EDH et 9 c. civ. sur la vie privée, l'art. 9 NCPC sur la preuve licite et l'art. L. 120-2 c. trav. sur le principe de proportionnalité et les libertés publiques dans l'entreprise. « *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 ; l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur* ».

L'attendu est à la fois très riche et d'une extrême énergie : le vent des droits de l'homme souffle de plus en plus fort au sein de notre Cour suprême, contrôle strasbourgeois oblige. Le coeur de l'arrêt repose dans la protection de la vie privée du salarié, ce dont attestent les deux premiers textes visés ; une vie privée au sein de l'entreprise. Son raisonnement peut être ramené au syllogisme suivant :

- chacun a droit au respect de sa vie privée, notamment dans ses correspondances ;
- la vie privée peut aussi se dérouler à l'intérieur de l'entreprise ;
- donc, l'ouverture d'une correspondance adressée à ou par un salarié sur son lieu de travail constitue une violation de l'intimité de sa personne.

On assiste ainsi à un élargissement considérable du *concept même de vie privée* (I). Qui n'est pas vraiment en adéquation avec la morale si le salarié a effectivement abusé de son outil de travail. De sorte que l'on doit dégager des *remèdes : ils seront normatifs et judiciaires* (II).

Précisons que les entreprises concernées sont nombreuses, de la grande société française ou multinationale à la PME, dans tous les secteurs de l'économie, en passant par les cabinets libéraux (par ex. avocats, notaires), les établissements publics, Universités comprises, où les problèmes sont les mêmes, indépendamment de l'existence d'un lien de subordination.

I - L'élargissement de la vie privée aux lieux et temps de travail

2. C'est donc le concept même de vie privée qui reçoit une nouvelle extension dans notre droit, à l'évidence dictée par la philosophie européenne. Commençons par rappeler les textes : l'art. 8 Conv. EDH, dont l'intitulé est « *Droit au respect de la vie privée et familiale* », dispose en son § 1 que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* » ; l'art. 9 c. civ., plus sobrement, énonce que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ».

La vie privée se définit comme « *la sphère d'intimité de chacun ; par opposition à la vie publique ce qui, dans la vie de chacun, ne regarde personne d'autre que lui et ses intimes...* » (2) ; le droit au respect consistant en « *n'être troublé par autrui ni chez soi... ni dans son quant à soi (inviolabilité de la sphère d'intimité)* » (3).

Chacun d'entre nous, en dehors des activités professionnelles qui sont les siennes dans la Cité, jouit du droit à ce que personne ne s'immisce dans tout ce qui relève de sa vie domestique : pas d'article ni de photo, ni d'interception de sa correspondance se rattachant à son intimité. « *N'être pas épié, suivi, sollicité, questionné, dépeint...* » (4)

La frontière entre vies publique et privée est parfois difficile à tracer, mais il suffit alors de s'aider d'abord de la volonté exprimée par le sujet de droit, ensuite de ce que l'homme ou la femme raisonnable considère comme étant compris dans la vie privée.

Ainsi, s'est construite pas à pas, avant comme après la promulgation de l'art. 9 c. civ., la jurisprudence sur ce qui peut être tenu pour un lieu ou une activité publique ou au contraire privée, que les victimes soient des vedettes ou des gens ordinaires.

Cependant, ici c'est tout autre chose.

3. Voilà une personne qui a été engagée pour accomplir un travail, dans les locaux de l'entreprise qui l'emploie et aux horaires (devenus de plus en plus précieux avec les 35 heures) qui lui ont été assignés, avec un matériel informatique fourni par celle-ci.

Elle en fait un usage fréquent, à des fins personnelles, sans qu'on sache trop à quelle période de la journée : à un moment quelconque (ce qui sera le plus fréquent, en pratique), ou exclusivement et très sagement pendant les pauses, spécialement celle du déjeuner ?

En adressant ces courriers et en les recevant, est-elle dans le cadre de sa vie privée ? Ce n'est pas évident, car l'exécution même du contrat de travail, au titre de laquelle l'employé est rémunéré, cadre assez mal avec la « *sphère d'intimité* » et le « *fichez-moi la paix* ».

« *La vie au travail n'est pas la vie privée, c'est une activité publique, car elle implique des rapports avec des tiers : collègues, confrères, patron, employés, clients...* » (5)

Si l'on revient à l'opposition vie personnelle/professionnelle, il est clair que la vie privée relève du domaine extra-professionnel, alors que le travail, s'il ne constitue sans doute pas une activité « publique », ne saurait pour autant, à première vue, relever de l'intimité de la personne (6).

4. Pourtant, transcendant ces frontières, certains s'interrogent sur la triple indifférence spatiale, temporelle et conjoncturelle de la vie privée, seule comptant le respect de l'activité intime du sujet de droit : « *sur le lieu de travail, n'y a-t-il pas place pour des activités personnelles ? Le salarié ne peut-il pas vaquer librement à des occupations personnelles, mais sur le matériel de l'entreprise ?... En l'an 2000 et même après les 35 heures, peut-on interdire d'envoyer un mail à son conjoint ou réserver sur internet un billet de train pour les vacances ?* » (7)

Présentée en ces termes redoutablement simples et sympathiques, la question appelle une réponse positive : halte aux interdictions excessives, dont l'on sait qu'elles ne seront de toute

façon pas appliquées dans toute leur rigueur. Vivent la souplesse et la convivialité, y compris au sein même de l'entreprise. La tyrannie des contremaîtres d'antan est oubliée et ce qui vaut pour les ouvriers ou employés de services vaut *a fortiori* pour les cadres, par définition plus autonomes.

La Cour de cassation, suivant son avocat général, s'est manifestement laissée séduire : « *l'intimité* » de la vie privée se déroulerait « *même au temps et au lieu de travail* ». On notera que l'arrêt n'hésite pas à viser ce qu'on tient généralement comme le degré suprême de la vie privée, son « *intimité* ».

Quant aux correspondances, quel que soit leur lieu de provenance ou de destination, dès lors qu'elles contiennent des « *messages personnels* », les voici couvertes du sceau de la vie privée, peu important également que leur confection ait été rendue possible par les outils du travail, fournis par l'employeur. Il suffisait de créer un nouveau dossier « *personnel* » sur son disque dur.

Notons aussitôt que ce qui vaut pour le logiciel de télécopie, intégré dans l'ordinateur, vaut évidemment pour l'*e-mail*, qui est devenu l'outil majeur de communication par l'intermédiaire des postes de travail, que ce soit en intranet (membres de l'entreprise entre eux), ou sur l'internet (correspondre avec la planète entière) 📧(8).

5. Comment la Haute juridiction a-t-elle pu en 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 et probablement dans l'appréhension de nouvelles humiliations, fort désagréables, que celle-ci adresse régulièrement à nos juridictions suprêmes.

Il faut savoir, de ce point de vue, que la Cour de Strasbourg, alors que le texte de l'art. 8 semble marqué par une conception très familiale de la vie privée, s'en est emparée, pour y faire entrer des situations qui n'ont pas grand-chose à voir avec lui, « *méthode Saleilles, puissance 10* » (interprétation du texte au regard des exigences de l'actualité). Ainsi, dans l'arrêt de principe « *Niemietz* » du 16 déc. 1992, à propos du cabinet de l'avocat et de la notion de « *domicile* » (« *home* », dans le texte anglais...), la Cour a considéré « *qu'il serait trop restrictif de limiter (la vie privée) à un cercle intime où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober dans une certaine mesure le droit de l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables... Il n'y a aucune raison de principe d'en exclure les activités professionnelles ou commerciales* » ; et de poursuivre, dans un singulier exercice de sociologie juridique, « *qu'après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer les liens avec le monde extérieur* » 📧(9).

Il y a loin du libellé de l'art. 8, très ancré sur la famille, à l'arrêt *Niemietz* de la CEDH et à la décision ici commentée. A nouveau, on constate, en frissonnant, l'immense pouvoir créateur du juge et la non moins considérable subjectivité qui préside parfois à ses sentences.

La vie privée devient dès lors un « *concept attrape-tout* » 📧(10). Une notion terriblement floue et donc extensible à l'infini, au gré des politiques juridiques.

En vérité, si communiquer avec autrui, c'est exercer un acte de sa vie privée, on se demande ce qui échappe désormais à cette catégorie.

6. Ce n'est pas tout : le salarié jouit d'autres droits fondamentaux spécifiques, qui viennent en quelque sorte s'agréger à la vie privée : ainsi, de celui énoncé par l'art. L. 120-2 c. trav., qu'a visé l'arrêt commenté, aux termes duquel « *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* ».

Cette fois, c'est le principe de proportionnalité qui vient protéger l'employé, dans l'exécution

même de son contrat de travail : l'immixtion de l'employeur dans les activités de l'employé doit se faire d'autant plus discrète que la sphère d'intimité de celui-ci est importante, jusque sur son lieu de travail même (11).

Ce qui rend *a priori* illicite toute intrusion dont le salarié n'aurait pas été prévenu par avance et dont les modalités seraient trop contraignantes : allumer l'ordinateur du salarié à son insu, ouvrir ses fichiers personnels et probablement en prendre copie sur un disque d'enregistrement constituent dans ces conditions une atteinte manifeste au principe de proportionnalité.

Ce qu'a voulu marquer l'arrêt annoté. Le raisonnement vaut *a fortiori* pour certaines professions (spéc. avocats collaborateurs, en droit de développer leur clientèle propre).

7. Tout cela est très bien, mais il reste néanmoins des questions de taille, non résolues : ainsi, en l'espèce, on ne sait rien de la nature des courriers litigieux : étaient-ils destinés à la petite amie, ou s'agissait-il plutôt des perspectives de carrière du salarié (par ex. *e-mail* envoyé au rédacteur des statuts d'une future « *start-up* », contacts auprès de professionnels, etc.) ; il semble que ce soit plutôt la seconde direction (l'arrêt vise des « activités parallèles ») (12).

La nouvelle conception de la vie privée que nous donne ici la Cour de cassation est probablement trop absolue : le simple fait que la donnée contenue dans les fichiers ou les mails ne relève pas de l'activité de l'entreprise, la mettrait sous le couvert de la vie privée. Quel paradoxe ! C'est parce qu'à un moment donné, dans le cadre de son travail, *Primus* s'en échappe, ce qui ne semble pourtant pas être son droit, qu'il va pouvoir se draper dans sa liberté fondamentale (13).

A cet égard, on ne sait rien non plus *du moment ni des circonstances* dans lesquelles les courriers ont été adressés ou reçus. Ainsi, si l'on peut admettre que *Primus* écrive pendant la pause déjeuner à son ami australien, pour avoir de ses nouvelles, utilisant certes les moyens technologiques mis à sa disposition par son employeur, peut-on également admettre qu'il fasse son courrier purement personnel - et souvent, les boîtes aux lettres virtuelles sont pleines, les gens s'écrivant de plus en plus par ce moyen, succès d'internet oblige - en plein milieu de matinée ou d'après-midi (14). Il s'agit tout de même de temps pris sur le travail. Temps qui a déjà tendance à diminuer avec les 35 heures/« *RTT* ».

A l'inverse, il faut rappeler qu'il n'est pas difficile d'envoyer son courrier personnel de chez soi, de plus en plus de foyers disposant de micro-ordinateurs connectés à un fournisseur d'accès. Outre qu'il y a encore les facilités données par le téléphone mobile personnel de chacun, d'où l'on peut envoyer et recevoir des *e-mails* (*WAP*), ou de courts messages de texte (*SMS*) (15).

Même réflexion pour les adresses : sur l'internet, toute personne qui travaille peut en réalité avoir deux adresses, correspondants immatériels de sa localisation physique : 1) son domicile virtuel, *Primus chez-moi.fr*, 2) son lieu d'emploi virtuel, *Primus chez-monboss.com*.

Faut-il donc, dans ces conditions confortables, utiliser en plus les moyens du travail ?

La réflexion est la même, voire par *a fortiori* pour les « *promenades* » sur le Web : l'expérience (une étude de sociologie juridique serait la bienvenue) montre que les utilisations professionnelles se voient largement concurrencées par des connexions aux sites météo, jeux, forums de discussion, « chat », Webcam braquées sur de fringants jeunes gens, pour ne pas mentionner les connexions plus libertines, *Lee-Loo.biz*.

L'*e-mail* est également très utilisé pour échanger de « *bonnes blagues* » en fichier attaché, glanées sur le Web. Echanges parfois à de vastes échelles, grâce au système de la « *liste de diffusion* » (*Primus* envoie automatiquement la blague à tous les camarades figurant sur sa liste). Pour savoir si l'expéditeur était sur son lieu de travail, il suffit de vérifier son adresse de provenance. Et connaître la nature du courrier, il n'y a qu'à lire son titre (tous les *e-mails* en

ont un), son caractère ludique ou professionnel apparaissant de ce fait au premier coup d'oeil.

Ne faudrait-il pas effectuer des mises en garde - le juge le tout premier - et encourager les employés à se montrer modérés, plutôt que d'abuser de leur outil de travail ? Propos de « *vieille barbe* » ? A voir. Il faut bien poser la question dérangement de *savoir s'il y a vraiment place pour une « vie personnelle » dans l'exercice des fonctions* (16).

8. Car enfin, les mêmes auteurs qui ont une conception libérale de la vie privée au travail relèvent que « *sur le temps de travail, à partir, sur et vers un matériel appartenant à l'employeur, un salarié subordonné peut (en théorie) se voir interdire toute communication non professionnelle sur internet, comme par l'intranet* » (17). La Chambre sociale a au demeurant elle-même souligné que, de ce fait, « *l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail...* » (18)

Non seulement pour des raisons de gaspillage du temps de travail, mais encore pour cause de sécurité informatique ; rappelons à cet égard que la réception de virus est malheureusement de plus en plus fréquente dans les entreprises ; or, les employés contaminés à l'occasion d'un courrier aux contours anodins (correspondances électroniques de proches, « *spamming* »/publicité alléchante) vont aussitôt répandre le virus auprès de leurs collègues de travail et des centres vitaux de l'entreprise, parce que les ordinateurs sont en réseau. Enfin, l'employé peut participer à des infractions (contrefaçon de fichiers musicaux, atteintes à la personne humaine).

9. Cela étant, il est vrai qu'en l'espèce l'employeur avait été bien maladroit : d'abord, en n'informant pas ses salariés (ou celui-ci en particulier) des possibilités de « *contrôle surprise* », alors qu'il leur avait pourtant interdit d'utiliser le matériel à des fins personnelles ; ensuite, en procédant, dans de telles conditions, à un licenciement pour faute grave.

Ce qui explique que la Cour de cassation, dans l'arrêt annoté, ait tenu pour indifférent le fait que l'employeur ait « *interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur* ».

Et nous fait glisser vers le dernier argument en défaveur de celui-ci.

10. En effet, le parcours d'obstacles est loin d'être achevé : même si on jette un certain doute sur le caractère de vie privée des activités du salarié à ses lieu et temps de travail, au rebours de notre arrêt, il reste un obstacle de taille, sans doute le plus important : l'exécution du contrat de travail et le comportement *déloyal* de l'employeur. Ici, on est sur le terrain de la loyauté, point de la vie privée (19).

Ayant ouvert les fichiers personnels de son employé pour en sortir une faute grave, cette preuve ne saurait sortir aucun effet : c'est ici qu'intervient le caractère licite et admissible de la preuve ; rappelons à cet égard les termes de l'art. 9 NCP, que vise l'arrêt annoté : « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».

Sur ce fondement, la Cour de cassation, au moins dans ses formations civiles, considère que, même si l'employé a effectivement commis des fautes, l'employeur qui en administre la preuve par des moyens dissimulés et *non portés au préalable à la connaissance de son subordonné*, se montre déloyal, ce qui se traduit à la fois par la violation de l'obligation de bonne foi (art. 1134, al. 3, c. civ., qu'ici, la Chambre sociale ne vise pas), sous l'angle du contrat et le caractère de ce fait illicite (art. 9 préc.) du moyen de preuve, sous l'angle du droit processuel. Correspondance étroite entre le contrat et le procès.

La Chambre sociale l'a notamment jugé, dans la fameuse affaire « *ma pomme* » (caissière filmée par une caméra cachée, en train de mettre de l'argent dans sa poche, avec l'exclamation « *c'est pour ma pomme !* ») (20). Ainsi que dans celle des « *frasques du VRP* » (salarié qui lutine peut-être les clientes, en tout cas se laisse aller, ce que rapporte le détective privé qui le filait discrètement) (21).

Enfin, elle l'a rappelé, cette fois pour approuver une interception de conversations privées sur le lieu de travail, qui avait fait l'objet d'un avertissement préalable : « *seul l'emploi du procédé clandestin de surveillance est illicite* » (22).

La position de la CNIL est sensiblement dans ce sillage (23). Dans l'ensemble, la doctrine approuve elle aussi cette construction, se fondant sur le droit des obligations et celui de la preuve, *modes non admissibles se rapportant à son objet*, de sorte que la vérité est de ce fait impossible à établir, même si elle est avérée (24).

La Chambre sociale, dans l'arrêt commenté, a manifestement entendu s'inscrire dans ce sillage (outre le visa de l'art. 9 NCPC, censure de la cour d'appel qui « *s'est fondée, pour établir ce comportement, sur le contenu de messages...* »), même si elle ne vise pas expressément la déloyauté de l'employeur. Mais les conclusions de l'avocat général rendent sans équivoque sa volonté.

11. On sait que ce courant de pensée n'est pas partagé par la Chambre criminelle, plus sensible, par définition, à ce que la vérité soit démontrée et que triomphent l'innocence ou la culpabilité, dès lors que les preuves ne sont pas manifestement illicites (25). « *Peuvent être admis, à titre d'indices dont les parties sont libres de discuter contradictoirement la valeur probante, des documents écrits obtenus dans des conditions douteuses, ou encore des films ou des enregistrements pris ou recueillis par les victimes à l'insu des prévenus et révélant le comportement infractionnel de ces derniers* » (26).

Une Chambre mixte ou une Assemblée plénière serait, dans ces conditions, la bienvenue. C'est l'une des propositions qu'on avait formulées sans grand succès d'audience, dans les deux chroniques susvisées : que le juge admette à titre de simple indice ou présomption de fait la preuve irrégulière, sur laquelle le salarié fautif aura tout loisir de s'expliquer dans les écritures de son avocat et lors des plaidoiries (27).

C'était déjà l'opinion de Marty et Raynaud (28) ; et la Cour de Strasbourg ne semble cette fois pas hostile à une telle prise en compte, dès lors qu'elle débouche sur un débat contradictoire (29).

12. Enfin, on peut tout de même se demander si, à la déloyauté de l'employeur, ne fait pas pendant celle, en amont, de l'employé, qui a détourné les moyens de sa fonction, abusé de celle-ci (rappr. les critères de la responsabilité civile pour autrui) (30). De sorte que les deux déloyautés se neutraliseraient : licenciement fondé, pas de dommages-intérêts au bénéficiaire du salarié, mais paiement de ses indemnités.

Quoi qu'il en soit, il est temps d'en venir aux remèdes.

II - Les remèdes normatifs et judiciaires

13. Puisque tout le monde s'accorde sur deux points : 1) que le salarié ne doit pas abuser de ses fonctions sur les lieux de son travail, 2) que l'employeur jouit d'un droit de contrôler son comportement, tout est donc question de moyens.

On peut dans cette perspective en dégager deux : l'un, *préventif* : la charte, l'autre *curatif*, la requête judiciaire. En revanche, l'on écartera le recours aux logiciels de filtrage, installés sur les ordinateurs : d'abord, parce que leur configuration est toujours difficile à effectuer, ensuite parce que c'est une façon déplaisante d'infantiliser les salariés et de les censurer.

14. *Charte*. Il semble d'après les motifs de l'arrêt annoté que l'employeur avait mis en garde son salarié contre les usages extra-professionnels. L'imprudence est de ne pas avoir également souligné qu'il se réservait l'exercice d'un droit de contrôle imprévu.

Ce qu'il aurait pu faire, assez simplement, en rédigeant une « charte » (étym. *charta*, écrit) : celle-ci se définit comme un « document définissant solennellement des droits et devoirs » (31). On peut la tenir pour une variété de règlement intérieur (32). Donc très supérieur à une vague déontologie.

Nature ? Pas un acte unilatéral de volonté, puisque ce n'est pas l'employeur qui souscrit une obligation à sa charge, mais impose au contraire des devoirs à ses employés, tenant à la bonne exécution du contrat. Mais probablement, dans une conception Kelsenienne, une norme : « *le chef d'entreprise est habilité à établir des règles générales et permanentes, c'est-à-dire à poser de véritables normes* » (33). Les normes ne reposent pas seulement dans les lois (34). Le règlement intérieur ou la charte constituent les « *petites lois* » contraignantes dans la sphère de l'entreprise.

De sorte que la rédaction de la charte et son effet obligatoire devraient s'imposer aux salariés de l'entreprise (35). Mais attention, la charte, à défaut d'être négociée, devra tout d'abord faire l'objet d'une formalité préalable par la voie d'une communication, imposée par l'art. L. 432-2-1, al. 2, c. trav. (que notre arrêt ne vise pas, peut-être parce que le problème n'a pas été posé) : « *le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en oeuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés* ».

Cette formalité substantielle - à peine d'inopposabilité - effectuée, il faudra ensuite que l'employeur porte la charte à la connaissance du salarié, dès l'embauche, en même temps que les parties signent le contrat de travail.

En ce cas, l'information sera complète (36).

15. Ce type d'actes se multiplie, précisément à propos de l'usage des outils technologiques dans l'entreprise (37). L'information des salariés portera non seulement sur les possibilités de « *contrôles surprise* », mais aussi sur leurs modalités : vérifications sur le disque dur des employés, ce qui est la mesure la plus contraignante, ou bien, de façon plus légère, méthode des sondages : recherche des temps de connexion à partir des postes individuels, sites les plus visités par les employés, etc.

Pour revenir à la sociologie juridique, on doit bien admettre que si ces chartes existent dans de nombreuses entreprises, elles ne sont la plupart du temps *guère effectives*, compte tenu de la tolérance des chefs d'entreprise (38).

C'est exact, mais cet état de choses peut changer dans les années qui viennent. Et, en toute hypothèse, il faut se souvenir que ce n'est pas parce qu'une norme n'est point appliquée dans toute sa rigueur qu'elle perd de sa valeur : par la *menace* qu'elle fait peser sur les sujets de droit, elle reste dissuasive et empêche des dérèglements plus importants (39).

Pour reprendre nos exemples, l'*e-mail* ponctuel à la fiancée ou la réservation occasionnelle de billets, d'accord, mais pas l'usage permanent de l'outil informatique à des fins personnelles. L'employé qui s'y risquerait sait qu'il peut être licencié pour faute grave, sans indemnité (40). En tout cas et au minimum, faire l'objet d'un blâme, du retrait de son adresse électronique professionnelle, etc. En d'autres termes, il s'agit de permettre un droit de regard exceptionnel et limité sur les archives informatiques de l'employé (puisque l'on sait que les logiciels de courrier et de navigation gardent absolument tout en mémoire).

16. *Requête judiciaire*. C'est la deuxième piste. A supposer que l'employeur n'ait pas rédigé de charte ou que celle-ci soit inopposable au salarié pour une raison quelconque, de forme ou de fond, on s'est demandé à plusieurs reprises si le premier ne pourrait pas recourir à la procédure d'ordonnance sur requête, c'est-à-dire solliciter du juge, en cas de soupçons précis et concordants pesant sur un ou plusieurs de ses employés, qu'il l'autorise à effectuer des contrôles informatiques ou matériels, à ouvrir le courrier, etc., afin de vérifier si, oui ou non, ceux-ci commettent un détournement de fonctions (41).

En ce cas, nul besoin d'information préalable, c'est au contraire une des caractéristiques de la procédure sur requête de prendre son adversaire par surprise (42).

Les droits de la défense seront saufs, puisque, outre que le salarié concerné pourra aussitôt

demander une rétractation en faisant valoir ses arguments, une procédure au fond finira le plus souvent par dénouer le contentieux (43).

Un tel mécanisme n'apparaît pas à première vue contraire à l'art. 6 Conv. EDH sur le droit à un procès équitable, ni à l'art. 8 susvisé sur la vie privée.

C'est par exemple une procédure qui se trouve mise en oeuvre dans la matière pourtant très délicate des constats d'adultère entre époux (44).

La requête doit être formulée auprès du président du tribunal de grande instance (art. 812 NCPC), à partir du moment où cette procédure gracieuse n'existe pas en matière prud'homale (45).

Toutefois, c'est un pis-aller : la charte est plus sûre et c'est elle qu'il convient de recommander, en la souhaitant effective, tout en étant maniée avec souplesse par l'employeur - trop d'intransigeance risque de déboucher sur l'irréalisme, l'avocat général Kehrig a raison de le souligner.

Primus aura donc le droit d'écrire à sa fiancée. Mais entre une et deux fois par jour, au maximum !

Mots clés :

CONTRAT DE TRAVAIL * Rupture * Licenciement * Faute grave * Preuve * E-mail

VIE PRIVEE * Intimité * Salarié * E-mail * Faute grave * Preuve

(1) J. Carbonnier, *Droit civil, Les personnes*, 21e éd., PUF 2000, § 87 ; V. égal. Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les personnes*, Cujas, 5e éd. 1999, n° 314.

(2) *Vocabulaire juridique* de G. Cornu, 8e éd., PUF 2000, v° Vie privée.

(3) *Ibid.* ; V. égal. G. Cornu, *Droit civil, Introduction*, Domat-Montchrestien, 10e éd. 2001, n° 513 : « *non-immixtion, non-ingérence dans les affaires d'autrui* ».


(4) Carbonnier, *passim*. Et l'autre définition au § 86 : « *sphère secrète de vie d'où (le sujet) aura le pouvoir d'écarter les tiers* ».

(5) L. Leveneur, *Vie privée et familiale et vie professionnelle*, in *La personne en droit du travail*, dir. B. Teyssié, éd. Panthéon-Assas, 1999, n° 48 ; rapp. B. Teyssié, *Les personnes*, Litec, 6e éd. 2001, n° 39.

(6) V. par ex. l'article pionnier de M. Despax, *La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail*, JCP 1963, I, n° 1776.

(7) J.-E. Ray, *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies de l'information et de la communication*, Liaisons 2001, p. 83 et 90.


(8) Rapp. P.-Y. Gautier, *L'E-mail in Clés pour le siècle*, travaux de l'Université Panthéon-Assas, Paris II, Dalloz 2000, n° 462 ; J.-E. Ray, *passim*.

(9) Recueil Berger des arrêts de la Cour, Sirey, 7e éd. 2000, n° 152 ; JCP 1993, I, n° 3654, n° 18, obs. F. Sudre ; D. 1993, Somm. p. 386, obs. J.-F. Renucci  ; V. égal. Ph. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 314 ; F. Sudre, Droit international et européen des droits de l'homme, PUF, 5e éd. 2001, n° 162-163 ; J.-F. Renucci, Droit européen des droits de l'homme, LGDJ, 2e éd. 2001, n° 90, légèrement inquiet.

(10) J.-P. Marguénaud, La Cour européenne des droits de l'homme, Dalloz 1997, p. 66, carrément inquiet.

(11) V. G. Couturier, Droit du travail, T. I, PUF, 3e éd. 1996, n° 198 ; A. Lepage, Com. com. élec. 2001, chron. 2 ; comp. P.-Y. Gautier, *passim*.

(12) Si les courriers sont mixtes : principalement professionnels et accessoirement personnels (entre collègues/camarades, ce n'est pas rare), le principal devrait l'emporter - *accessorium sequitur principale*.



(13) On rapprochera notre arrêt de la décision qui a fait grand bruit du Tribunal correctionnel de Paris du 2 nov. 2000 (D. 2000, IR p. 286 , et en annexe de la chronique précitée d'Agathe Lepage), ayant considéré qu'un chercheur, qui utilisait massivement les moyens électroniques de son laboratoire pour des fins résolument non professionnelles, peut se plaindre d'une infraction pénale de violation des correspondances. Que ce soit sur le plan civil ou, *a fortiori*, pénal (où règnent interprétation stricte et adages sur le doute), cette position peut être discutée.

(14) Ce qu'il est aisé de vérifier : les logiciels de courriers datent à la minute près toutes les correspondances, émises et reçues.

(15) Mais c'est vrai que s'ils restent ouverts sur le bureau de l'employé et qu'il se montre actif à en faire usage, si le problème de l'emploi du matériel de l'entreprise est réglé, celui du temps pris au travail reste intact...




(16) Comp. les conclusions de l'avocat général Kehrig, teintées d'un libéralisme certain : « *la vie professionnelle n'absorbe pas la vie personnelle du salarié, qui ne s'interrompt pas totalement une fois franchi le seuil du bureau ou de l'atelier* ». C'est entendu, mais dans quelle proportion ? Où l'on voit que le « *principe de proportionnalité* » pourrait être retourné dans l'autre sens. Contrairement à son opinion, il ne faudrait pas trop pousser vers la « *banalisation des liens bureau/domicile* », faute de quoi ce sont les rendements qui risquent d'en pâtir, alors que l'économie se montre chaque jour plus fragile. Le droit côtoie décidément, avec cette formidable question de laboratoire, ses soeurs des sciences humaines et sociales : sociologie, économie et sans nul doute psychologie.




(17) J.-E. Ray, *op. cit.*, p. 91.

(18) Cass soc., 14 mars 2000, Bull. civ. V, n° 101 ; D. 2000, IR p. 105  (usage du téléphone pour prendre des paris divers, le licenciement pour faute grave est donc justifié) ; V. égal. la chronique précitée d'Agathe Lepage. Le motif de l'arrêt est repris de Cass. soc., 20 nov. 1991, cité en note 20. V. encore Cass. soc., 31 janv. 2001, D. 2001, p. 2169 , obs. J.-F. Paulin.

(19) Rapp. Leveueur, *op. cit.*, n° 49 : « *il ne s'agit pas pour autant de questions de vie privée* »⁹

».




(20) Cass. soc., 20 nov. 1991, D. 1992, Jur. p. 73, concl. Chauvy , RTD civ. 1992, p. 365 , obs. J. Hauser et 418 , obs. P.-Y. Gautier, Dr. soc. 1992, p. 28, rapport Waquet : « *si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses employés pendant le temps du travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite* ».

(21) Cass. soc., 22 mai 1995, RTD civ. 1995, p. 862 , obs. J. Hauser et 1996, p. 197 , obs. P.-Y. Gautier ; D. 1995, IR p. 150 .

(22) Cass. soc., 14 mars 2000, préc. : « *les salariés avaient été dûment avertis de ce que leurs conversations téléphoniques seraient écoutées... les écoutes (sont ainsi) un mode de preuve valable* ». En l'espèce, un « broker », au lieu de passer ses ordres de bourse, pariait notamment sur les matches de football. V. encore la chronique précitée d'Agathe Lepage.

(23) Rapport de mars 2001 sur la « *cybersurveillance des salariés dans l'entreprise* », V. Com. com. élec. mai 2001, p. 4, avec la présentation de F.-R. Levol.

(24) V. not. C. Larroumet, Droit civil, t. 1, 3e éd., Economica, 1998, n° 562, texte et note 1 ; F. Terré, Introduction générale au droit, Dalloz, 5e éd. 2000, n° 490, texte et note 2 ; H., L, J. Mazeaud et F. Chabas, Leçons de droit civil, T. I, 1er vol., Montchrestien, 12e éd. 2000, n° 371-2 ; B. Teyssié, *op. cit.*, n° 39, note 220 ; G. Couturier, *op. cit.*, n° 198 ; L. Leveneur, *op. cit.*, n° 49 ; J.-E. Ray, *op. cit.*, p. 104 s.


(25) V. par ex. Cass. crim., 23 juill. 1992, D. 1993, Somm. p. 206, obs. Pradel  ; RTD civ. 1993, p. 101 , obs. J. Hauser ; 30 mars 1999, D. 2000, Jur. 391, note T. Garé  : « *la circonstance que des documents ou des enregistrements aient été obtenus par des procédés déloyaux ne permet pas au juge d'instruction de refuser de les joindre à la procédure, dès lors qu'ils ne constituent que des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement* ».

(26) R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel, T. II, Cujas, 5e éd. 2001, n° 159 ; V. égal. J. Pradel, Procédure pénale, Cujas, 10e éd. 2000, n° 448.

(27) Réf. en note 20.

(28) Droit civil, Introduction, 2e éd., n° 226, texte et note 4.

(29) R. Merle et A. Vitu, *passim* : « *la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'un enregistrement illégalement obtenu n'enfreint pas nécessairement les dispositions de la Convention, dès lors que la preuve ainsi obtenue peut être discutée et que l'exigence d'un procès impartial est respectée* ». V. par ex. CEDH, 12 juill. 1988, Rev. science crim. 1988, p. 840, obs. Pettiti et Teitgen : l'admissibilité de la preuve ne relève pas de la Convention.

(30) V. A. Leborgne, RTD civ. 1996, p. 544 , et, raisonnant en termes parallèles de loyauté du salarié, C. Féral-Schuhl, Cyberdroit, Dalloz-Dunod, 2e éd. 2000, p. 114. Déloyauté qui transparaît dans l'arrêt préc. du 14 mars 2000 : « *en se bornant régulièrement, pendant le*

temps de travail et avec le matériel de l'entreprise, à des prises de paris, le salarié avait commis une faute qui rendait impossible son maintien dans l'entreprise pendant la période de préavis et justifiait son licenciement immédiat ». Perte de confiance, bonne foi, tout est lié.

(31) Vocabulaire juridique de G. Cornu, préc., v° Charte.

(32) Rappr. art. L. 122-34 c. trav. : « *document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement... les règles générales et permanentes relatives à la discipline et notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur* ».

(33) G. Couturier, Droit du travail, préc., vol. II, PUF, 2e éd. 1994, n° 19 ; sauf à rattacher ce pouvoir à l'existence même du contrat, c'est-à-dire à l'acceptation par l'employé, au moment de l'embauche, de l'exercice éventuel par l'employeur de son pouvoir disciplinaire, *ibidem*, n° 29. Il semble que la jurisprudence soit plus en faveur du caractère institutionnel : c'est la qualité d'employeur qui lui conférerait un droit de contrôle.

(34) V. H. Kelsen, Théorie pure du droit, trad. Eisenmann, rééd. LGDJ, 1999, p. 254 s., sur « *l'acte juridique infra-législatif* ».

(35) Rappr. Leveneur, *op. cit.*, n° 49 : « *la liberté du salarié trouve des limites dans les pouvoirs, certes limités mais bien réels tout de même, du chef d'entreprise (pouvoir de direction en vue d'assurer la bonne marche de l'entreprise, pouvoir disciplinaire)* ».

(36) Rappr. P.-Y. Gautier, L'E-mail préc., n° 462.

(37) J.-E. Ray, *op. cit.*, p. 109 s.

(38) J.-E. Ray, *op. cit.*, p. 87.

(39) V. J. Carbonnier, Flexible droit, LGDJ, 10e éd. 2001, p. 147 : « *on a oublié trop vite qu'une règle de droit, même ineffective, peut avoir son utilité, en créant un climat d'insécurité juridique, de responsabilité, de mauvaise conscience, qui s'oppose à des violations plus étendues* ».

(40) Revue sociale, 14 mars 2000, préc. ; rappr. J.-E. Ray, *op. cit.*, p. 89 : « *l'employeur a évidemment le droit de contrôler l'activité professionnelle du salarié (ex. : installation de logiciels de jeu, volumineux courrier amoureux...)* »

(41) V. les chroniques précitées de 1992 et 1996, ainsi que l'article précité sur l'E-mail.

(42) V. l'art. 493 NCPC, sur le caractère non contradictoire de cette procédure ; ainsi que H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, T. 3, n° 1365 : « *très souvent, une mesure n'est efficace que si elle est prise à l'insu de celui qui devra en subir les conséquences* ».

(43) Sur tous ces points, V. Solus et Perrot, *op. cit.*, n° 1388 s.

(44) V. not. G. Cornu, *La famille*, Domat-Montchrestien, 7e éd. 2001, n° 360.

(45) V. Solus et Perrot, *op. cit.*, n° 1377 : « *le président du tribunal de grande instance a une compétence de principe qui l'autorise à statuer dans les matières relevant d'une juridiction qui ne comporte pas de juge des requêtes (en matière prudhomale, par exemple) »*.

Copyright 2014 - Dalloz - Tous droits réservés.