

LA SURVEILLANCE DES SALARIES

Les relations de travail, en tant que rapport juridique, et bien que créditées en principe d'une certaine confiance, n'échappent pas à des abus.

Le lieu de travail peut offrir au salarié délinquant les moyens de commettre une infraction, par une facilité à accéder à des moyens dont l'utilisation première est détournée.

La jurisprudence et la doctrine vont de concert pour affirmer que les moyens de commettre une infraction doivent être entendus de la façon la plus large, ce qui nous amène à nous interroger sur la définition des " moyens de l'entreprise " avant d'aborder les questions de responsabilités.

Les " moyens de l'entreprise "

Dans la pensée économique classique, les moyens de l'entreprise regroupent la valeur travail (l'homme) et la valeur capital (les biens et le capital financier).

En dehors de la complicité avérée, nous devons écarter l'utilisation de moyens humains pour commettre un acte délictueux puisque cela reviendrait à retenir l'hypothèse de l'infraction commise sous la contrainte, ce qui est une cause d'irresponsabilité (article 122-2 du Code pénal). En revanche, la menace ne rentre pas sous l'égide de la contrainte et ne permet pas de s'exonérer pénalement (crim. 28 déc. 1900 : DP 1901, 1, p.91, note Le Poittevin - crim. 29 déc. 1949 : Bull.crim.n°360 ; D.1950, p.459). De même, le salarié agissant sur ordre d'un supérieur devra être considéré comme responsable (c'est un peu le jeu de la théorie des baïonnettes).

L'utilisation des biens de l'entreprise

Les infractions les plus fréquentes et les plus souvent mises en exergue sont celles résultant d'une utilisation détournée des biens matériels, les biens immatériels ne devant pas être écartés.

Les biens matériels

La question de l'utilisation du matériel informatique à des fins privées (notamment les e-mails) est donc régulièrement posée (diminution de la productivité, baisse de la motivation au travail...). En pratique, l'employeur impose une charte de conduite à ses salariés (mais cette charte ou code de conduite n'a pas valeur de règlement intérieur, certaines de ces chartes pouvant même être considérées comme abusives).

Se pose la question du contrôle de l'activité électronique du salarié. Il est désormais constant que les messages électroniques sont considérés comme des correspondances privées, protégées à ce titre par les articles 226-15 et suivants du Code pénal. L'employeur, en principe, n'y a donc pas accès, à moins que le salarié en soit préalablement informé.

Les biens immatériels

Les entreprises détiennent de plus en plus de biens immatériels : droits de propriété intellectuelle (droits d'auteur, marques, brevets...), actions et obligations de société,... et la sphère de la dématérialisation continue de s'agrandir avec l'éventuelle reconnaissance du vol d'information. En effet, depuis plusieurs années déjà, tant la jurisprudence que la doctrine s'interrogent sur la notion de " vol d'information ". En effet, l'article 311-1 du Code pénal définit le vol comme " la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ", ce qui, de fait, paraît difficile à appliquer à l'information qui par essence, est immatérielle et pas nécessairement reconnue comme un bien au sens juridique du terme.

On s'interroge donc régulièrement sur le point de savoir si la notion de soustraction exige la matérialité de la chose (la soustraction correspondrait alors à la dépossession de la chose). La chambre criminelle de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 1er mars 1989, a semblé admettre le vol d'une information sans support (Crim. 1er mars 1989 : Bull. Crim., 1989, n°100 ; Droit de l'informatique, 1990, p.38, note J.Huet).

Ce faisant, peut-être s'avance-t-elle sur la voie du délit de système.

Aussi a-t-elle reconnu le vol de document par le procédé de la photocopie (crim. 8 déc. 1998 : Juris-Data 1998-005122).

Aujourd'hui, l'ère numérique et « informationnelle » attribue nécessairement une plus-value à l'information et le délit d'interception des correspondances permet en quelque sorte de pallier l'absence de matérialité exigée pour la qualification de vol.

Mais qu'en est-il du salarié qui, sans avoir à intercepter une information, se contente de couper/coller un fichier ?

Il y a bien soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ; reste à déterminer si la notion de " chose " doit continuer à être entendue comme nécessairement matérielle...

Quant à l'utilisation frauduleuse d'informations de types cryptographiques (divers codes secrets susceptibles d'être détournés), elle est sous-entendue dans l'article 323-1 du Code pénal qui incrimine l'intrusion frauduleuse dans un système informatique.

La fonction comme moyen de commission d'un délit

La fonction occupée par le salarié délinquant peut elle-même être considérée comme un moyen mis à sa disposition pour faciliter ou commettre l'infraction.

Les délits facilités par la fonction

Le salarié est placé dans des circonstances de temps et de lieu facilitant la commission d'infractions. Les cas les plus fréquemment cités sont ceux du démarcheur à domicile qui se livre à des abus de faiblesse, du livreur subtilisant la marchandise ou des agents de sécurité profitant de leurs attributions pour voler les biens qu'ils sont censés protéger.

Les délits rattachés à la fonction

Il est des délits où les auteurs seront plus facilement identifiables, la faute n'étant imputable, par nature, qu'à une certaine catégorie de personnes.

L'infraction la plus représentative est sans doute le délit d'initié : délit de système par excellence, il protège le système économique boursier de toute utilisation d'information susceptible de porter atteinte à la transparence des marchés (L.465-1 et s. du C. mon. et fin.). Or, seules certaines catégories de personnels ont accès à de telles informations.

Le jeu des responsabilités

La responsabilité du salarié délinquant

Le salarié se livrant à des activités illicites dans le cadre de son activité professionnelle aurait bien tord de croire que de telles fautes seront imputables à l'employeur parce que commises sur le lieu de travail ou facilités par la fonction qu'il occupe. Responsable, il doit répondre de ses fautes devant la loi pénale et risque aussi des sanctions disciplinaires.

La responsabilité pénale

La responsabilité pénale du salarié délinquant peut être engagée non seulement par le Ministère Public, par la victime bien entendu, mais encore, éventuellement, par l'employeur.

Les sanctions disciplinaires

D'une façon générale et indépendamment d'une fraude caractérisée, l'utilisation du matériel de l'entreprise à des fins personnelles justifie souvent le licenciement immédiat de son auteur.

L'infraction pénale en relation directe avec le travail constitue une faute grave justifiant le licenciement (Soc. 6 juil. 1999 : Dr.soc. 1999, p.962, note Savatier). Les sanctions disciplinaires doivent tenir compte, entre autres, des circonstances de fait et du motif de licenciement. Or, la relaxe du salarié poursuivi du chef de vol par son employeur fait perdre toute raison d'être à la lettre de licenciement basée sur ces accusations et par conséquent, le licenciement doit être considéré sans cause réelle et sérieuse. Cette solution, motivée par le principe de

l'autorité de la chose jugée, est celle de la chambre sociale de la Cour de Cassation (soc. 6 oct. 1998 : Juris-Data 1998-003721).

Il a été jugé que "la délinquance du salarié sans relation avec la vie professionnelle, en dehors du temps et du lieu de travail, ne saurait être constitutive d'une faute grave " (soc.17 déc. 84 : Gaz.Pal.1985, 2, pan.jurispr. p. 169), sauf exception, compte tenu de la nature des faits délictueux, de la fonction du salarié et des répercussions sur l'entreprise. Par contre, la faute lourde, conformément au droit commun du travail, ne pourra être retenue que si l'infraction est commise dans l'intention de nuire à l'entreprise.

La responsabilité de l'entreprise

Dans certains cas, ou pour certaines infractions, la responsabilité de l'entreprise pourra être recherchée. Il lui appartient donc de mettre en œuvre tous les moyens légaux de lutte contre la délinquance des salariés.

La mise en jeu de la responsabilité

La mise en cause de l'entreprise sera généralement engagée sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle, et depuis 1991, cette responsabilité peut être pénale.

L'article 1384 al. 5 du Code civil dispose que les " maîtres et commettants (sont responsables) du dommage causé par leurs domestiques et préposés, dans les fonctions auxquelles ils sont employés ".

Cette responsabilité du fait d'autrui profitera à la victime qui, en principe, se voit donc accorder la possibilité d'assigner non seulement celui par la faute duquel le dommage est survenu, mais aussi, la personne qui lui est attachée par un lien juridique, en l'occurrence, le commettant, lié à son préposé par un contrat de travail.

En pratique, la victime d'une infraction, bien souvent, n'hésite pas à assigner l'employeur, jugé plus solvable. Néanmoins, l'entreprise ne saurait supporter des condamnations pécuniaires pour des infractions commises par des salariés sans que certaines conditions soient établies.

Il est constant que la responsabilité du commettant suppose l'existence d'une faute du préposé (req. 19 fév. 1866 : S. 1866, I, p.214), intentionnelle ou non (civ II, 3 mars 1977 : D.1977, jurispr. P.501), qui tombe sous le coup de la loi pénale.

Surtout, l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation a décidé que la responsabilité civile du commettant ne pouvait être retenue que lorsque " le salarié (avait) agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions " (Ass.plén. 19 mai 1988 : D.1988, p.513, note Larroumet ; Gaz.Pal. 1988, 2, p.640 ; RTD civ. 1989, p.89, obs. Jourdain ; en l'espèce, des agents de sécurité profitaient de leur position pour commettre des vols réguliers dans les dépôts de la SERNAM).

La responsabilité pénale de la personne morale

Le Nouveau Code pénal, en vigueur depuis 1994, a introduit un article 121-2 établissant la responsabilité pénale des personnes morales qui " sont responsables (...) des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ". Or, " nul n'est pénalement responsable que de son propre fait " (article 121-1 du même Code). L'hypothèse relevée ici est donc celle où la personne morale est coauteur ou complice du salarié délinquant, en sachant que la responsabilité pénale de l'un n'exclut pas celle de l'autre. La jurisprudence va même jusqu'à retenir la responsabilité de l'entreprise " sans qu'il soit nécessaire que l'organe ou le représentant ait été déclaré coupable " (CA Grenoble 12 juin 1998 : Gaz.Pal. 1998, 2, p.460, note Petit ; D.1999, Somm., p.151, obs. Roujou de Boubée).

La Chambre criminelle marque : " En principe, nul n'est passible de peines qu'à raison de son fait personnel... la responsabilité pénale peut cependant naître du fait d'autrui dans les cas exceptionnels, où certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un auxiliaire ou d'un subordonné... ".

« Responsabilité suivant la Loi »

Dans certains cas, la responsabilité pénale du fait d'autrui est expressément prévue par la loi : On tient par exemple, pour responsable d'homicide par imprudence, le chef d'entreprise dont le chauffeur a causé l'accident mortel, les freins du camion s'étant rompus par défaut d'entretien. Dans ce cas, la condamnation se fonde sur la lettre même de la loi " le fait de causer, par... négligence la mort d'autrui, constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement..."

« Responsabilité suivant la jurisprudence »

Dans la plupart des cas, la responsabilité pénale du fait d'autrui découle de la jurisprudence. D'après cette dernière, il suffit que le texte de loi, même implicitement, astreigne une personne à assurer l'observation du règlement : " ... notamment, dans les industries soumises à des règlements édictés dans un intérêt de salubrité ou de sûreté publiques, la responsabilité pénale remonte essentiellement aux chefs d'entreprises, à qui sont personnellement imposés des conditions et le mode d'exploitation de leur industrie... ".

« Élément psychologique de la Responsabilité Pénale »

Un fait matériel, action ou omission, commis par une personne physique, ne suffit pas à constituer l'infraction. Il faut aussi relever chez l'auteur du fait un élément immatériel, d'ordre subjectif interne : l'élément moral.

Le chef d'entreprise se trouve aujourd'hui dans un étau juridique, enserré entre ses obligations commerciales et financières, sa Responsabilité Pénale, son devoir social, son droit et ses limites d'actions en terme de contrôles.

L'on comprend alors aisément la volonté des employeurs d'imposer à leurs subordonnés une surveillance accrue. Quels sont alors les moyens dont dispose l'employeur pour se prémunir des agissements délictueux de ses salariés ?

I. PRINCIPES REGISSANT LA SURVEILLANCE DES SALARIES DANS L'ENTREPRISE

Comme nous l'avons vu précédemment, le Chef d'Entreprise doit arriver à trouver un équilibre entre ses droits, ses devoirs et ses obligations. Voici les pré-requis à toute surveillance des salariés dans l'entreprise.

A. OBLIGATION D'INFORMATION DE L'EMPLOYEUR

L'employeur, s'il veut s'autoriser le droit à mener des contrôles sur ses salariés, doit obligatoirement inclure dans son règlement intérieur (à remettre contre signature), ainsi qu'idéalement dans les contrats de travail une clause, pour englober, d'une façon générale, tous les moyens de contrôle, en gardant une relative discrétion sur le détail exact des méthodes mises en place, tout en étant suffisamment précis pour englober les surveillances et filatures...

Nous vous conseillons donc d'insérer dans votre règlement intérieur une formule de ce type :

« En application de l'article L 121-7 du Code du Travail, le personnel est expressément informé que l'employeur se réserve, soit directement, soit indirectement (notamment par médecin, technicien, constatant expert, ou tout autre professionnel mandaté par lui à cette fin ou commis par justice, y compris par voie d'ordonnance sur requête fondée sur l'article 145 du N.C.P.C.), de mettre ou de faire mettre en place les moyens de contrôle et de surveillance des activités professionnelles pendant le temps de travail (ou le respect des obligations légales en cas d'arrêt maladie, de suspension, d'interruption ou de cessation du contrat) et notamment des horaires, de l'emploi du temps, du respect du contrat de travail, des obligations législatives et réglementaires, d'une clause de non concurrence, ainsi que les frais présentés au remboursement, et ce par tous moyens électroniques (pointeuse, vidéo...) ou non, et notamment par constats, contre visites, expertises, témoignages, enquêtes, etc... »

Il va de soi que les résultats de l'enquête demeurent confidentiels, mais pourront être produits en justice pour justifier la cause réelle et sérieuse d'un licenciement, d'une sanction ou d'une action judiciaire, notamment, après rupture du contrat de travail, en cas de violation d'engagements contractuels librement consentis (actes de concurrence déloyale, dénigrement de l'entreprise, détournement de documents, de fichiers, de matériels, ou de secrets commerciaux...)

Ces mêmes articles du code du travail (L 121-6 à L 121-), stipulent que tout recruteur a obligation d'informer le candidat qu'il aura recours à des vérifications s'il veut les faire.

La Cnil reprend cette recommandation (21 mars 2002) : « La collecte de références auprès de l'environnement professionnel du candidat (supérieurs hiérarchiques, collègues, maîtres de stages, clients fournisseurs ...) n'est pas contraire aux dispositions de l'article 25 de la loi du 6 janvier 1978 dès lors qu'elle n'est pas faite à l'insu du candidat.

B. RESPECT DES DROITS PRINCIPAUX

La loi du 17 juillet 1970 a conféré aux droits principaux, que sont la vie privée, l'image et l'honneur, une importance majeure quant à leur respect.

Le droit au respect de l'intimité de la vie privée et de la vie privée

Traditionnellement les personnes sont protégées contre les tiers. Cependant, la protection accordée aux personnes est plus insuffisante que par rapport au domicile ! Peu à peu a émergé la notion de droit de la personne consacrée par la loi du 17 juillet 1970 qui prévoit dans l'article 9 alinéa 1 que chacun a droit au respect de sa vie privée.

On considère qu'il y a juridiquement atteinte au droit de la personnalité dès le moment où certains éléments de la vie privée d'une personne sont révélés sans son autorisation (même si les faits sont exacts et sans intention malveillante).

Il n'y a pas d'atteinte préjudiciable à la vie privée quand la personne concernée autorise un journaliste de divulguer certaines informations sur sa vie privée. L'autorisation peut être expresse (contrat) mais aussi tacite (étalage régulier de sa vie privée). Attention toutefois, car la question de fait relève entièrement des tribunaux. On ne peut déduire du silence d'une personne qu'elle a renoncé définitivement à faire valoir son droit au respect de la vie privée. Ce n'est pas parce que pendant des années une personne a étalé sa vie privée qu'elle a renoncé à son droit du respect de la vie privée.

Le consentement qu'une personne donne à la divulgation de sa vie privée (même expresse) ne vaut qu'à l'égard de son cocontractant. L'autorisation pour tel journal ne vaut pas pour un autre journal.

La notion de divulgation sur la vie privée pose des difficultés car la vie privée n'est pas définie par la loi et les termes de l'article 9 sont assez sibyllins. Nous pouvons considérer que la distinction entre vie privée et vie publique est la différence entre vie personnelle et familiale par rapport à une vie professionnelle, sociale.

L'employeur ne pourra donc pas produire de preuve relative à la vie extra professionnelle et personnelle du salarié pour conforter son dossier selon l'article L 122-45 du Code du Travail.

L'article L-226-1 du Code Pénal condamne toute personne, dont l'employeur, lorsque le salarié sent que sa vie privée et l'intimité de sa vie privée a été bafouée. La captation, l'enregistrement ou la transmission de parole privée et de l'image de l'intéressé.

L'article 226-15 du Code Pénal interdit toute atteinte au secret des correspondances.

L'article L 422-1-1 du code du travail régit le droit d'alerte par les délégués du personnel pour toute atteinte à l'intimité des salariés. Il est notamment interdit à l'employeur de surveiller les activités de ses salariés dans les lieux de repos et de repas, les vestiaires, les sanitaires, les WC, durant les activités syndicales ainsi qu'en règle générale en dehors de l'entreprise, ou tout au moins en dehors des horaires de travail.

En pratique, certains cas sont plus tangents. Si des personnes célèbres dînent dans un restaurant ou sur une plage (lieu public), le distinguo « vie privée / vie publique » doit s'opérer au regard de certaines règles :

➤ Vie publique par nature

Certains faits sont considérés comme étant publics par nature en raison de leur notoriété.

La jurisprudence est ancienne : un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 15 janvier 1932 qui a débouté Georges Sand qui intentait un procès à un journaliste qui évoquait dans un article ses amours tumultueuses. Il s'agit bien là d'une atteinte à la vie privée, que le tribunal a considéré comme étant de notoriété publique que l'écrivain passait d'un amant à un autre. Il n'y a donc eu dans ce cas aucune d'atteinte à la vie privée. La notoriété des faits a légitimé les propos du journaliste.

La jurisprudence considère que certains faits relèvent de la vie publique d'une personne et ne méritent donc pas la protection de l'article 9 car se déroulant dans un lieu public. Ainsi le T.G.I. de Paris du 8 mai 1974, pour une scène de ménage dans un studio entre 2 artistes, relatée par un journaliste a débouté les artistes car ils se trouvaient dans un lieu public.

Les événements qui concernent même la vie intime d'une personne historique peuvent être publiés. Les héritiers de cette personne ne peuvent s'y opposer. Il faut un équilibre entre la nécessité de protéger la vie privée des personnes et la nécessité d'informer le public par le droit d'information.

➤ Vie privée par nature

L'article 9, précise « tous les faits qui par nature de la vie privée d'une personne ne peuvent être divulgués qu'avec l'accord expresse ou tacite d'une personne ». Ces faits sont (non exhaustif) : tous les faits relatifs à la vie familiale, conjugale, amoureuse d'une personne.

A cet égard la jurisprudence est pléthorique.

Le T.G.I. de Paris du 2 juin 1976 dans une affaire « de Monaco » où dans un journal avait été publié sous le titre « les fiançailles surprise de Caroline de Monaco » avec Philippe Lavil, a déclaré que la vie sentimentale d'une jeune fille présente un caractère strictement privé et l'article 9 du code civil interdit de porter à la connaissance du public les liaisons véritables ou imaginaires qui peuvent lui être prêtées.

De même dans un journal publiant le divorce de deux époux, la protection est encore plus accrue.

Un arrêt de la Cour de Cassation, 2ème chambre civile du 5 janvier 1983 où un journaliste qui a révélé la grossesse d'Adjani sans son accord, alors qu'il savait qu'elle s'y opposait, a été condamné à des dommages et intérêts.

Dans un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 30 mars 1995, où un hebdomadaire portait atteinte à l'intimité de la vie privée d'une personne en dressant l'inventaire de ses poubelles et en montrant des photos, elle a montré que ces objets jetés en vue de leur destruction n'étaient pas pour la presse.

Il y a également les faits relatifs à la révélation du lieu du domicile d'une personne.

Un arrêt du 15 mai 1970 a condamné un article qui révélait le véritable nom de Jean Ferrat, le lieu de son domicile et son numéro de téléphone.

Mais il y a des limites à cette protection : la dissimulation d'une personne n'est pas admise quand elle est dictée dans le but illégitime d'échapper à ses créanciers (arrêt de la Cour de Cassation 1ère chambre civile du 30 juin 1992).

De plus c'est le cas pour les faits relatifs à la mort d'une personne et le respect dû au mort. Un jugement du T.G.I. de Paris du 3 février 1982, condamne la publication d'un article particulièrement indiscret et indélicat sur Romy Schneider alors qu'elle venait de perdre son fils.

C'est enfin le cas pour les faits relatifs à la vie patrimoniale d'une personne.

Le patrimoine est dans un sens économique l'ensemble des biens et charges. Si l'on considère que dans l'élément vie privée, il y a patrimoine, tous les éléments de ce patrimoine ne peuvent être divulgués, ni faire l'objet de recherches d'investigations. Si l'on considère que le patrimoine n'appartient pas à la vie privée, on peut éventuellement en communiquer certains éléments au nom du droit de l'information de la vie publique.

Selon certaines jurisprudences et doctrines (Lyndon, Ravans, Kayser), le patrimoine appartient à la vie privée. Toute divulgation le concernant peut être sanctionnée sur le fondement de l'article 9. La théorie personnaliste du patrimoine défendu par Aubry et Raw montre que le patrimoine est une émanation de la personne sur le plan économique : protéger la personne implique protéger le patrimoine !

Au soutien de cette thèse qui fait du patrimoine un élément de la vie privée, un certain nombre d'arguments ont été évoqués. Ne sont pas concernées toutes les personnes se vantant de leur richesse. Ainsi la thèse dit que le patrimoine appartient à la vie privée.

Mais il y a eu une évolution en doctrine et jurisprudence : certains auteurs tel le professeur Keiser ont proposés d'admettre la transparence financière pour deux catégories de personnes : les hommes politiques et les hommes d'affaires. Selon ce courant doctrinal, il paraît normal que la presse puisse divulguer des éléments concernant l'enrichissement de ces personnes et spécifier quand l'enrichissement est de source illicite !

La Cour de Cassation est allée plus loin dans un arrêt du 28 mai 1991, elle a exclu le patrimoine de la vie privée des personnes. Dans un attendu de principe, la Cour de Cassation déclare que le respect dû à la vie privée de chacun n'est pas atteint par la publication de renseignement d'ordre purement patrimonial. Cet arrêt dissocie bien les personnes du patrimoine. Cet arrêt a été très critiqué car beaucoup d'auteurs se sont insurgés. Cependant, la Cour de Cassation a persisté et signé dans un arrêt de la 1ère chambre civile du 20 octobre 1993 où elle estime que la publication de renseignement d'ordre purement patrimonial exclusif de toute allusion à la vie et personnalité d'une personne physique ne porte pas atteinte à sa vie privée.

De ce fait on pouvait remarquer que la Cour de Cassation instaure une protection à deux vitesses : protection absolue de tous les aspects de la vie privée en ce qui concerne le 'secret de l'être' mais protection exceptionnelle en ce qui concerne le 'secret de l'avoir' car la transparence prend le pas sur le respect dû à la vie privée. Cette position est un contraste avec d'autres décisions prise par la Cour de Cassation sur la protection de la vie privée des personnes.

➤ Les sanctions.

La loi du 17 juillet 1970 a renforcé les sanctions applicables en cas d'atteinte à la vie privée en instaurant des sanctions pénales en plus des dommages et intérêts.

L'octroi de dommages et intérêts en cas d'atteinte à la vie privée d'une personne constitue une simple obligation de l'application de la responsabilité d'après l'article 1382. Dès qu'il y a atteinte à la vie privée (sans autorisation préalable), un intérêt est dû. Le montant des dommages et intérêts est souverainement apprécié par les juges du fond et dépend de la notoriété de la personne et de la gravité de l'atteinte de la vie privée.

La jurisprudence a été élargie et consolidée par la loi du 17 juillet 1970 et par un décret du 17 juin 1987 qui a étendu le référé. Le président du tribunal peut, en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. (le juge des référés ordonne la saisie du journal, ou cassette qui porte atteinte à la vie privée d'une personne). Une ordonnance de référé du T.G.I. de Paris du 18 janvier 1996 a interdit de continuer de diffuser le livre du docteur Gubler sur François Mitterrand.

Selon la jurisprudence, la saisie où le séquestre d'un journal, d'un livre, d'un film, ne sont ordonnés que si l'atteinte à l'intimité de la vie privée est d'une gravité intolérable sans pouvoir être réparée par l'octroi de dommages et intérêts. La saisie n'est pas ordonnée quand l'article est publié dans une revue pamphlétaire.

Outre la saisie, le juge peut ordonner toute autre mesure c'est à dire la coupure de séquence d'un film ou d'un livre. Ainsi une décision en référé du T.G.I. de Paris du 14 mai 1985 a ordonné la suppression d'un passage du livre de l'ex-empereur Bocassa où il relatait certains éléments de la vie privée de Valérie Giscard D'Estaing.

De plus un arrêt de la Cour de Cassation du 13 juillet 1985 a ordonné la suppression d'une scène d'un film sur Mazarine (Daloz 1985 page 488).

Le tribunal peut enfin ordonner une annonce rectificative dans un journal contenant un article litigieux. Toute personne mise en cause dans sa vie privée a un droit de réforme.

Le droit à l'image.

En principe, toute personne peut s'opposer à ce que des tiers la photographient ou la filment et publient des photos sans son autorisation.

Le droit à l'image est une manifestation du droit à la vie privée. En pratique, une personne ne peut être photographiée ou filmée contre son gré et encore moins dans sa vie privée. En jurisprudence, on s'aperçoit que dès qu'une vedette se plaint d'une atteinte à son droit à l'image, elle se plaint aussi d'atteinte à sa vie privée, il y a donc un lien entre les deux.

Le T.G.I. de Paris du 8 janvier 1986 a condamné à des dommages et intérêts pour la publication d'une photographie de Caroline de Monaco dans sa piscine, en vertu d'une atteinte au droit à l'image et à la vie privée.

Le T.G.I. de Paris du 29 janvier 1986 a condamné la publication de la photo d'une comédienne dans sa chambre d'hôpital.

La Cour d'Appel de Paris du 17 décembre 1991 a condamné un reportage autorisé dans un centre de rééducation pour personnes handicapées où une photo d'un enfant handicapé physiquement a été publiée. Dans la mesure où il n'avait pas demandé l'autorisation aux parents de cet enfant, ces derniers ont assigné le débiteur en faisant valoir que la reproduction de la photo de leur fils porte atteinte au droit à l'image et à l'intimité de la vie privée de leur fils.

Il existe en jurisprudence des hypothèses où le droit à l'image peut être bafoué sans pour autant qu'il soit porté atteinte à la vie privée. Ainsi une personne photographiée dans un lieu public sans que cela ne porte atteinte à sa vie privée va invoquer uniquement son droit à l'image.

Ainsi une décision du T.G.I. de Paris du 4 février 1970 où le droit à l'image du président Pompidou qui se promenait devant une grande affiche publicitaire a été mise à mal par la publication d'une photographie de cette scène sans son autorisation.

Un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 5 décembre 1988 condamne la société Fauchon qui avait donné une réception pour son centenaire. Une comédienne accepte d'être photographiée avec Mr Fauchon. Quelques mois plus tard, elle se retrouve sur la 1ère page du livre Fauchon. Elle attaque la société et obtient gain de cause mais uniquement pour son droit à l'image.

Les conditions de la protection du droit à l'image

La personne à protéger est celle dont la photo a été diffusée dans des situations litigieuses, mais dans 90% des cas, ces personnes vivantes ont une certaine notoriété. On considère que le droit à l'image peut être mis en œuvre pour protéger la décence et la sensibilité des familles dans le cas où une photo d'une personne décédée sur son lit est publiée. C'est le cas des affaires « Gabin » et « Mitterrand ».

Il existe aussi des hypothèses où une personne est photographiée dans un lieu public mais il s'agit d'un anonyme qui ne s'y trouvait pas expressément. Le principe est que la rue appartient à tout le monde : on accepte que les gens nous regardent, cela fait parti des contraintes (au vu et au su !)

Une vieille décision du T.G.I. d'Yvetôt du 2 mars 1932 où une personne est photographiée sur le marché puis s'est reconnue sur une carte postale, a montré que l'image dans la rue est une image livrée à tous les regards que les dessins ou photographie ne font que fixer de façon durable. La représentation d'un individu dans ces conditions est une servitude normale de la vie en société.

Dans l'affaire des « touristes de la tour de Pise », le T.G.I. a débouté, en précisant qu'il n'y a pas d'atteinte au droit à l'image quand les individus n'ont pas cherché à se dissimuler et quand ils ne sont pas dans une situation désagréable ou ridicule.

Il existe cependant des exceptions au principe : les immunités ne sont pas absolues.

D'après le T.G.I., si sur une photo représentant la foule, l'image d'une personne est soit encadrée, soit agrandie, soit isolée d'une façon ou d'une autre, l'immunité accordée par la rue n'est plus acquise. Ainsi dans un article du Nouvel Observateur sur le point de la contraception, une jeune fille avait été entourée dans la foule et s'était plainte ! Par ailleurs, un jugement du T.G.I. de Paris de 1975 où un cinéaste photographiait des scènes dans la rue, une jeune fille l'a appris mais a été débouté.

Autre exception, l'image d'une personne publique même prise dans un lieu public et dans des circonstances qui n'affichent pas sa vie privée, ne peut pas être diffusée sans son autorisation si le but est à des fins commerciales.

L'individu n'a pas seulement droit à son image, mais sa voix est reconnue comme étant un élément de sa personne. Une décision du T.G.I. de Paris du 3 décembre 1975 donne raison à un comédien célèbre (Claude Piéplu) concernant une émission publique où une imitation de sa voix sonorisait un dessin animé. Le T.G.I. lui donne satisfaction exposant que toute personne est en droit d'interdire que l'on imite sa voix dans des conditions susceptibles de créer une confusion des personnes. La voix est un attribut de la personne qui a une valeur commerciale.

En matière pénale, la photo d'une personne en train de commettre un délit ou de préparer un crime n'est en principe pas assujettie au droit à l'image, car tout élément de preuve est alors accepté, la preuve est libre. Par contre l'entreprise est considérée comme un lieu privé et il faut à ce titre demander l'autorisation des personnes s'y trouvant pour les prendre en photo. Si des photos ou des prises de vue sont alors prises à leur insu le commettant peut être poursuivi. Si ces photos ne sont pas diffusés et gardées en réserves de preuves en cas de litige avec un salarié ayant commis une malveillance ou un acte délictueux, le commettant ne pourra pas être poursuivi. A ces principes s'opposent de nombreuses exceptions en fonction des particularités de chaque cas et des décisions de justice qui peuvent être rendues.

Le droit à l'honneur

Chaque personne a le droit d'exiger que les tiers respectent son honneur.

L'atteinte à ce droit peut connaître diverses sanctions.

En premier lieu, on peut en appeler aux règles générales de la responsabilité civile de l'article 1382. Il existe en matière de presse deux infractions d'après la loi du 29 juillet 1881 qui n'a pas été modifiée. C'est dans le cas d'une injure ou d'une diffamation reconnue en tant qu'infraction pénale.

L'atteinte à l'honneur par une injure, d'après la notion de droit pénal, équivaut à un outrage qui ne renferme l'imputation d'aucun fait déterminé c'est à dire susceptible d'aucun fait justificatif. Par contre, la diffamation est toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération.

Si un journaliste dit que tel ou tel médecin est un escroc, un voleur, il l'injurie. Par contre, s'il écrit que le directeur d'une association a utilisé les fonds à des fins personnelles, c'est une diffamation. Aussi, si une personne qui s'estime diffamée, intente un procès, si ce fait concerne sa vie publique, elle allègue l'atteinte de son honneur, la notion de droit pénal fait appel de la sanction. Si ce fait concerne la vie privée, même s'il est exact, la diffamation sera sanctionnée, même si c'est vrai.

C. EXIGENCE DE PROPORTIONALITE

La proportionnalité du moyen de preuve

L'article L 120-2 du code du travail interdit toute restriction de liberté, individuelle ou collective, sans raison valable de l'employeur. En cas de restrictions dues à une crise dans l'entreprise, elles doivent être proportionnées, temporaires, exceptionnelles et mentionnées dans le règlement intérieur (article L 122-35 du code du travail). (Cour de Cassation du 3 avril 2001),

En revanche, si l'employeur utilise ces mesures autoritaires hors état de crise, le moyen n'est pas proportionnel et porte atteinte à l'intimité de la vie privée de l'individu (l'arrêt du 19 décembre 1973).

La plupart des modes de preuves tendent à réguler les inégalités entre des parties en présence. Toutefois, ces mesures vont essentiellement dans le sens de la protection du salarié et peuvent restreindre les champs d'action en matière d'administration de la preuve pour l'employeur. Le législateur ainsi que la jurisprudence, ont émis la volonté d'une recherche d'équilibre entre le respect de la vie privée du salarié et le pouvoir de direction de l'autre. Cette notion de proportionnalité a ainsi permis d'harmoniser les intérêts en présence. Les libertés du salarié pourront être restreintes si la nature de la tâche le justifie (ex : fouille d'un sac à l'entrée d'un magasin dans le cadre du plan Vigipirate) et si le but recherché est proportionné (ex : port d'un badge dans une centrale nucléaire, surveillance de la navigation sur internet pour éviter une « infection » du réseau de l'entreprise).

D. PRINCIPE DE LOYAUTE

L'article 1134 dispose que "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites [...]. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

Ainsi cette obligation de loyauté du salarié envers son employeur est donc une obligation qui prend naissance dès la conclusion du contrat de travail et qui perdure pendant toute sa durée, même si celui ci a été suspendu, notamment en cas de maladie du salarié.

Un salarié ne peut exercer une activité professionnelle rémunérée pendant son arrêt maladie, trompant ainsi l'employeur sur son état de santé (Cass. Soc., 21 mai 1996).

Si l'activité bénévole fait concurrence à celle de son employeur, il y a faute grave (Cass. Soc., 2 décembre 1997), l'activité étant qualifiée d'acte de concurrence déloyale violant l'obligation de loyauté que le salarié a envers son employeur. Le comportement du salarié durant l'arrêt maladie justifie son licenciement seulement lorsqu'il traduit une intention nuisible à l'entreprise, laquelle est analysée en manquement à son obligation de loyauté.

Ainsi il appartient de bien saisir le fond du problème, l'objet de la demande est de prouver que le salarié se soustrait à son manquement de loyauté.

Ce principe fait référence aux liens étroits avec la morale. La notion de « bonne foi » induite dans le contrat de travail conclue entre les deux parties doit être respectée au sein de la vie en entreprise.

Cette notion de loyauté se doit d'être réciproque pour garantir une certaine équité dans l'administration de la preuve. S'il est interdit à l'employeur de recourir à des stratagèmes, des mises en scène ou des artifices pour placer le salarié dans une situation fautive qui pourrait lui être reprochée par la suite (jurisprudence Neocel et utilisation d'alcootest en vu d'un licenciement), il est prohibé pour le salarié de pratiquer des enregistrements sonores de son employeur.

La limite au principe de loyauté

Une preuve ne sera pas recevable si une des parties au contrat abuse de la bonne foi de l'autre (L 120-4 du code du travail) :

Rappel de la doctrine en matière de loyauté

Constitue un acte de déloyauté à l'égard de son employeur un comportement rendant impossible le maintien du contrat de travail même pendant le préavis et caractérisant la faute grave, dans le cas où il est prouvé que le salarié a une activité salariée ou rémunérée pour une activité.

L'inobservation par le salarié de ses obligations à l'égard de la sécurité sociale et tenant aux heures de sortie autorisées ne peut justifier un licenciement.

L'exercice d'une activité pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté qui subsiste pendant la durée de cet arrêt.

La Cour de Cassation rappelle aux employeurs qu'ils ne peuvent justifier le licenciement d'un salarié suite à la constatation de l'inobservation par le salarié de ses obligations à l'égard de la sécurité sociale tenant aux heures de sorties autorisées. L'exercice d'une activité non rémunérée pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie, ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté qui subsiste pendant la durée de cet arrêt.

Pendant son arrêt maladie, l'obligation de loyauté impose au salarié de s'abstenir d'accomplir certaines activités :

- * Celles qui le conduiraient à des actes de concurrence au préjudice de son employeur ce qui n'est que l'application de l'obligation générale de loyauté,

- * Celles qui se révéleraient incompatibles avec le motif de la suspension c'est à dire l'incapacité de travail résultant de la maladie ou de l'accident et notamment à des activités de travail qui heurtent manifestement l'incapacité de travail affectant le salarié.

Ainsi il a été jugé que constituait un comportement déloyal, "Le fait pour un salarié en arrêt maladie de travailler sur le chantier d'une maison de construction avec trois ouvriers sous ses ordres (cass soc 21/07/1994 : Bull civ V n° 250 RJS 8-9/94 n° 974) ou "le fait pour un salarié pendant un arrêt de travail, d'exécuter lui-même d'importants travaux de remise en état dans son immeuble trompant ainsi son employeur sur son état de santé et privant indûment de ses services l'entreprise (Cass soc 21 mai 1996 : RJS 7/96 n° 782).

L'employeur peut demander le contrôle par un Médecin Contrôleur appartenant en général à un organisme indépendant. S'il conclut à l'aptitude à reprendre le travail du salarié, cela exonère l'employeur du paiement du complément aux indemnités journalières de la Sécurité Sociale.

Cet avis peut par contre être annulé par l'établissement par le médecin traitant d'un nouvel arrêt de travail et peut être contesté devant le Conseil des Prud'hommes auquel, il sera demandé une expertise.

Un tel constat peut en effet servir de base avec d'autres griefs à un licenciement.

II. DIFFERENTES FORMES DE SURVEILLANCE DES SALARIES

A. CONTROLE D'ACCES (Badges et biométrie)

Les systèmes biométriques ont deux fonctions principales :

Mesurer certains paramètres physiques propres à chaque individu (recueil de données) et les comparer à d'autres données contenues dans une base de données d'éléments morphologiques de référence.

Ces systèmes permettent donc un traitement d'informations nominatives, d'où la nécessité de protéger ces données personnelles.

La polémique sur les cartes d'identité et les passeports de nouvelle génération fait oublier que la biométrie est en voie d'investir l'entreprise. La biométrie apporte une solution aux besoins de contrôle des accès, du temps de travail, aussi bien que de la gestion des ressources humaines. De fait, il reste pour les responsables à prendre la mesure exacte des obligations légales qui pèsent sur un procédé sensible, objet d'une vigilance toute particulière de la CNIL (Commission nationale informatique et libertés), ainsi que des tribunaux.

Les systèmes biométriques sont soumis, en France, à la loi n°78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés individuelles ou publiques.

Depuis la réforme législative du 6 août 2004, toute entreprise publique ou privée doit obtenir préalablement à l'installation d'un système biométrique l'autorisation de la CNIL.

La mise en œuvre d'un procédé biométrique passe nécessairement et préalablement par l'information du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et des personnes concernées.

En ce qui concerne les caractéristiques des systèmes, la CNIL privilégie le stockage des données sur un support individualisé.

Le recours à une base de données centralisée suscite de réelles réticences. La commission a émis des avis défavorables à la mise en œuvre de ce type de traitement. On part ainsi du principe que la centralisation des données biométriques présente des risques de détournement. La centralisation n'est pas totalement interdite, pourvu qu'elle réponde à un impératif de sécurité ou quand le procédé peut être considéré comme « sans traces ». Tel n'est pas le cas des empreintes digitales susceptibles d'être utilisées à des fins étrangères à la finalité recherchée par le responsable du traitement. C'est ainsi que la CNIL tend, sinon à s'opposer aux systèmes biométriques reposant sur la technologie des empreintes digitales, du moins à les entourer de garanties. Afin de favoriser l'usage de procédés « sans traces », la commission vient d'autoriser plusieurs dispositifs reposant sur l'utilisation de la reconnaissance du contour de la main pour des usages variés, parmi lesquels le contrôle des horaires de travail.

Informers les salariés

La CNIL considère que l'objectif d'une meilleure gestion du temps de travail, aussi légitime soit-il, ne paraît pas de nature à justifier le recours à la biométrie.

Le tribunal de grande instance de Paris a rendu un premier jugement en la matière le 14 avril 2005 à l'occasion de l'installation d'un système biométrique de contrôle des temps de travail par reconnaissance des empreintes digitales. Le tribunal s'assure que l'ensemble des mesures préalables ont été respectées : consultation du comité d'entreprise, information des salariés et démarches auprès de la CNIL. Relevant que l'utilisation d'une empreinte digitale « met en cause le corps humain et porte ainsi atteinte aux libertés individuelles », les juges font application du principe de proportionnalité et rejettent le système au motif principal que la société ne démontre pas en quoi sa mise en place s'avère nécessaire au contrôle des horaires des salariés. Il appartient donc à l'entreprise de démontrer cette nécessité, auquel cas il n'est

pas exclu que le système puisse être jugé adapté et proportionné au but recherché. Ce jugement, sans poser d'interdiction de principe, ne contribue pas à lever toutes les hésitations et rend souhaitable une clarification rapide de la marche à suivre pour qui souhaite introduire ou utiliser la biométrie en entreprise.

La Commission tient à clarifier et à préciser sa position : ces dispositifs ne sont justifiés que s'ils sont fondés sur un fort impératif de sécurité et satisfont aux quatre exigences suivantes :

1. la finalité du dispositif : elle doit être limitée au contrôle de l'accès d'un nombre limité de personnes à une zone bien déterminée, représentant ou contenant un enjeu majeur dépassant l'intérêt strict de l'organisme tel que la protection de l'intégrité physique des personnes, de celle des biens et des installations ou encore de celles de certaines informations (ex : accès à une centrale nucléaire, à une cellule de production de vaccins ou à un site Seveso II) ;
2. la proportionnalité : le système proposé est-il bien adapté à la finalité préalablement définie eu égard aux risques qu'il comporte en matière de protection des données à caractère personnel ?
3. la sécurité : le dispositif doit permettre à la fois une authentification et/ou une identification fiable des personnes et comporter toutes garanties de sécurité pour éviter la divulgation des données ;
4. l'information des personnes concernées : elle doit être réalisée dans le respect de la loi « informatique et libertés » et, le cas échéant, du Code du travail.

Les principaux principes de la CNIL

1. **Finalité :**
déterminée, pertinente et légitime correspondant aux missions de l'organisme. Tout détournement de finalité est passible de sanctions pénales (art. 226.21 c. pénal). L'avancée de la biométrie multiplie les fichiers dangereux et les possibilités de les constituer avec des traces corporelles.
2. **Pertinence :**
Les données doivent être adéquates, pertinentes et non excessives par rapport à la finalité du traitement.
3. **Droit à l'oubli :**
une durée de conservation limitée en adéquation avec la finalité poursuivie par le traitement.
4. **Communication :**
se limite à des destinataires légitimes, dont l'activité justifie cet accès. Cette disposition ne doit pas être confondue avec celle des "tiers autorisés", dont la police qui garde un droit d'accès à toutes les données de façon ponctuelle et motivée.
5. **Sécurité :**
obligation de moyen portant sur la sécurité des locaux et des réseaux informatiques.
6. **Droits des personnes :**
 - droit à l'information sur la collecte, les finalités et les destinataires des données
 - droit d'accès et de rectification
 - droit d'opposition pour motifs légitimes : automatique en matière commerciale mais pas vis-à-vis des services de l'Etat.

B. LIGNES TELEPHONIQUES

La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) enregistre un nombre croissant de plaintes déposées par des salariés contrôlés. De leur côté, les tribunaux ont à juger si ces contrôles sont acceptables, c'est-à-dire s'ils ne portent pas atteinte à la vie privée des salariés.

Témoin l'affaire de l'employé d'une société de Bourse fournissant des informations sur le monde entier qui avait pour activité de recevoir et de transmettre au téléphone des ordres d'achat en Bourse. Son employeur avait mis en place, après les en avoir informés individuellement, l'enregistrement des conversations téléphoniques des opérateurs. Or ces enregistrements ont permis de découvrir que ce salarié se livrait, pendant le temps de travail et avec le matériel de l'entreprise, à des jeux de hasard avec des tiers, tels que des paris sur l'élection présidentielle et sur les matchs de football. Licencié pour faute grave, le salarié est allé au tribunal, arguant que l'utilisation de ces écoutes constituait un détournement de leur finalité et portait atteinte à sa vie privée. Saisie

du litige, la Cour de Cassation a validé ce licenciement pour faute grave caractérisée par l'utilisation du matériel de l'entreprise à des fins personnelles (Cass. Soc. 14 mars 2000). Cette décision confirme la jurisprudence qui admet que l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, à condition qu'ils en soient avertis au préalable.

Cette affaire illustre bien les effets du développement considérable des moyens de contrôle dans l'entreprise, dont la mise en place se justifie par des raisons de sécurité (badges électroniques, cartes magnétiques, vidéosurveillance...) ou de productivité (saisie informatique, autocommutateurs téléphoniques).

L'enregistrement de la parole est autorisé suivant les cas :

En principe, sur un plan pénal, on peut utiliser les enregistrements audio en tant que preuves, même s'ils ont été obtenus de façon illicite ou déloyale.

Sur un plan civil et notamment en droit du travail les enregistrements de paroles, pris à l'insu du salarié, quel que soit le motif, ne peuvent être retenus comme preuve contre lui. L'enregistrement peut être déclaré alors illicite.

L'enregistrement peut aussi être rejeté car ne présentant pas des garanties suffisantes d'authenticité, d'impartialité et de sincérité.

En dehors de ces cas l'enregistrement de la parole est autorisé sur requis de justice (en ce qui concerne un avocat il faut l'autorisation du bâtonnier et pour un parlementaire le président de l'assemblée doit en être informé) ou par un Huissier de justice lorsqu'il s'agit d'un dialogue entre deux époux concernant le paiement de la pension alimentaire.

Il peut aussi être autorisé lors de conversations avec des tiers, des collaborateurs ou des clients à condition que ceux-ci en soient avertis et qu'ils donnent leur autorisation expresse.

C. CYBERSURVEILLANCE

Sept ans après l'arrêt NIKON, la jurisprudence précise désormais les limites de « la vie privée informatique » du salarié pendant son temps de travail face au pouvoir de contrôle de l'employeur.

En 2001, la Cour de Cassation avait consacré le droit du salarié au respect de l'intimité de sa vie privée même au temps et au lieu de travail, s'agissant en particulier de l'utilisation personnelle des outils informatique professionnels mis à disposition par l'employeur : ordinateur, connexion Internet, messagerie. L'employeur ne pouvait accéder au contenu de la messagerie du salarié sans violer le secret des correspondances qui en découle. Il ne pouvait pas non plus interdire toute utilisation personnelle de ces outils informatiques professionnels.

Par la suite, la jurisprudence a, à plusieurs reprises, précisé les contours de ce droit à la vie privée, souvent dans un sens favorable au salarié. Aujourd'hui, les tribunaux opèrent un rééquilibrage au profit de l'employeur, notamment dans des situations d'abus manifeste des premiers.

Les dossiers et les fichiers se sont vu reconnaître récemment une présomption de caractère professionnel, rendant possible un accès libre par l'employeur. Un arrêt important de la Cour de Cassation du 9 juillet 2008 vient juste de reconnaître une telle présomption s'agissant de l'usage de la connexion Internet de l'entreprise par le salarié.

Les dossiers, fichiers, mails du salarié sont présumés être professionnels

Suite à l'arrêt Nikon (Soc. 2 Octobre 2001), une distinction était apparue : les dossiers, fichiers et mails comportant la mention « personnel » étaient soustraits du pouvoir de contrôle de l'employeur, ceux qui ne l'arboraient pas le demeuraient. Cette pratique pouvait aboutir à des dérives, certains salariés dissimulant sous cette mention des photos érotiques ou encore des informations confidentielles qu'ils transmettaient à des concurrents. Le préjudice pour l'employeur était alors énorme puisque du fait de cette mention, il ne pouvait rien faire.

C'est ainsi que dans un arrêt du 17 mai 2005 « Cathnet-Science », la Cour de Cassation condamnait un employeur qui avait accédé à un fichier « personnel » de son salarié contenant des photos « torrides », invalidant le licenciement pour faute grave fondé sur cette base. Implicitement, cette décision reconnaissait cependant que l'employeur pouvait ouvrir les fichiers « personnels » du salarié soit « en sa présence ou celui-ci dûment appelé », soit hors sa présence et sans que celui-ci n'ait été prévenu, « en cas de risque ou d'événement particulier ». Reste à définir ce qui peut constituer un tel risque ou événement particulier...

Par deux arrêts rendus le 18 octobre 2006, la Cour de cassation s'est montré plus explicite sur le pouvoir de contrôle de l'employeur :

- Dans la première affaire, elle considère que « **les documents détenus par le salarié dans le bureau de l'entreprise mis à sa disposition sont, sauf lorsqu'il les identifie comme étant personnels, présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence** ».
- Dans la seconde affaire, elle précise que « **les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence** ». Elle tire également une circonstance aggravante du fait du cryptage délibéré par le salarié de son poste informatique « **sans autorisation de la société faisant ainsi obstacle à la consultation** », « **ce comportement du salarié qui avait déjà fait l'objet d'une mise en garde au sujet des manipulations sur l'ordinateur, rendait impossible le maintien des relations contractuelles pendant la durée du préavis et constituait une faute grave** ».

Ainsi est clairement affirmé le droit légitime de l'employeur d'accéder à TOUS les documents du salarié, qu'ils soient électroniques ou pas ; ces documents sont présumés être professionnels, sauf lorsque figure la mention « personnel ». Dans ce cas, il conviendra de se référer aux modalités d'accès définies par l'arrêt Cathnet-Science. Le pouvoir de contrôle de l'employeur même en l'absence du salarié en ressort conforté.

Toutefois l'identification du caractère privé des documents pourrait ne pas dépendre systématiquement de la seule apposition de la mention « personnel ». Ainsi, si des documents présumés professionnels (donc sans mention) comportent une partie manifestement privé, sans qu'un abus du salarié ne puisse être reproché, l'employeur serait obligé de faire la part des choses entre la partie professionnelle (opposable) et la partie privée (non opposable car relevant de la vie privée du salarié). C'est le sens d'un jugement du TGI de Quimper du 17 juillet 2008, condamnant le DGS d'une commune pour atteinte au secret des correspondances. Cette solution est intimement liée aux faits très précis de l'affaire et il serait hâtif d'en tirer un principe, un appel ayant été formé. Une généralisation de cette solution jetterait cependant le trouble dans l'effort de simplification mené par la Cour de Cassation en consacrant la présomption de caractère professionnel des documents détenus par le salarié, et compliquerait d'avantage la tâche de l'employeur.

Dans l'arrêt Nortel, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a considéré qu'un salarié qui pendant son temps de travail et à partir de la connexion Internet de l'entreprise,

- visitait des sites échangistes et pornographiques,
- alimentait son propre site échangiste et pornographique,
- utilisait sa messagerie professionnelle pour envoyer et recevoir des messages sur des thèmes sexuels ou des propositions échangistes,

avait détourné son ordinateur et la connexion Internet de l'usage pour lequel ils avaient été mis à sa disposition, se rendant coupable de l'infraction pénale d'abus de confiance (Crim 19 mai 2004, Nortel).

Toute navigation ne pourra donc pas être protégée par le droit à la vie privée du salarié. Comme pour le téléphone ou les photocopies, **l'utilisation privée de la connexion Internet de l'entreprise doit rester raisonnable, le salarié étant tenu d'une obligation de loyauté vis-à-vis de son employeur** (article L 120-4 du Code du Travail). En cas d'abus, la sanction s'en trouverait justifiée.

Plus récemment donc, la Chambre Sociale de la Cour de Cassation vient de juger le 9 juillet 2008 que « 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 son 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 identifier, hors de sa présence » (Soc. 9 juillet 2008, Entreprise Martin).

Cet arrêt généralise donc le droit d'accès de l'employeur sur l'historique de navigation de chaque salarié, ainsi que son pouvoir de rechercher si le salarié a effectivement fait une utilisation raisonnable de la connexion mise à sa disposition.

Une déclaration CNIL sera indispensable en cas de relevé nominatif des connexions, à côté des autres principes de discussion collective, transparence et proportionnalité préalables à la mise en place de toute cybersurveillance.

D. VIDEO SURVEILLANCE

Un nouveau type de vidéosurveillance

« Le matin, quand les ouvriers voient leur travail de la veille dégradé, ils sont désœuvrés et déprimés. » Pour Jacques Le Breton, directeur général au sein de la société Lainé Delau, filiale de Vinci Construction, les vols de chantiers deviennent usants. Perceuses, fils électriques, matériel sophistiqué, tout y passe. Sur dix-huit mois de travaux, il compte entre deux et trois infractions sur chaque site qu'il supervise. Et ces vols n'étaient jamais pris en compte par les assurances jusqu'à l'arrivée sur le marché, en février, d'un appareil spécifique de vidéosurveillance certifié par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil) et la préfecture de police.

Baptisé « Vigitower », l'engin ressemble à une remorque classique dotée d'un poteau au bout duquel se trouvent plusieurs caméras. Les images, qui répondent aux normes européennes, ont une valeur juridique devant les tribunaux. « De nombreux entrepreneurs nous expliquaient que lorsque les câbles électriques étaient coupés par les malfaiteurs, les alarmes et les caméras classiques ne servaient plus à grand-chose. Nous avons donc conçu un dispositif autonome pendant 72 heures », explique Yann Dib, président de la société Gint, qui a développé le concept. Testé plusieurs mois l'an passé sur un chantier de la rue Olivier-de-Serres (15e), il est aujourd'hui utilisé sur différents sites franciliens du groupe Vinci. « L'expérience a été plutôt concluante », souligne Julien Villarroya, chef de chantier dans le 15e. A Saint-Ouen-l'Aumône (Val-d'Oise), trois Bulgares ont ainsi récemment été arrêtés. Deux d'entre eux ont été jugés. Des poursuites quasi inconcevables il y a encore quelque temps.

E. FOUILLES

Un employeur peut-il fouiller le casier d'un salarié ?

Suite à une fouille pratiquée dans son casier, un salarié d'une grande surface est licencié en 2003 pour «dissimulation et détention illicite, dans son vestiaire personnel, d'objets appartenant à l'entreprise ».

Le salarié, considérant que l'employeur a ainsi porté atteinte à l'intimité de sa vie privée, saisit le Conseil des Prud'hommes et demande que son licenciement soit jugé sans cause réelle et sérieuse.

La cour de cassation confirme le jugement de la cour d'appel (Douai, 29 septembre 2006) en estimant que la fouille effectuée par l'employeur était autorisée dans la mesure où le salarié avait été prévenu trois semaines à l'avance, notamment par un affichage sur son casier, de la date d'ouverture de tout vestiaire non identifié. Cette fouille ayant été pratiquée en présence d'un représentant du personnel, d'un agent de sécurité et avec l'accord des partenaires sociaux, la fouille était légitime et le fait, pour le salarié, de détenir dans son casier des objets non autorisés, constituait bien une cause réelle et sérieuse de licenciement. (Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 15 avril 2008. N° pourvoi 06-45902)

F. HIERARCHIQUE

LA SURVEILLANCE D'UN SALARIÉ PAR UN SUPÉRIEUR HIÉRARCHIQUE EST LICITE.

Le 26 avril 2006, un arrêt rendu par la Cour de Cassation (*Ch. soc. N° pourvoi : 04-43582*), stipule que « **la simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux du travail par son supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié, ne constitue pas en soi un mode de preuve illicite** ».

Un vendeur-caissier est licencié pour faute grave au motif qu'il a détourné de l'argent. Pour le sanctionner, l'employeur s'appuie sur le témoignage de son supérieur hiérarchique, qui a observé ses agissements frauduleux. Le salarié conteste son licenciement étayant pour ce faire l'argumentation sur le fait que la surveillance exercée par son chef constituait un mode de preuve illicite car obtenu à son insu....

Ceci dit, la cour d'appel donne raison au salarié et condamne l'employeur pour licenciement abusif... car non informé préalablement de ladite surveillance....

La Cour de Cassation confirme le caractère abusif du licenciement... **mais valide la surveillance du salarié** car, dit-elle "**la simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux du travail par son supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié, ne constitue pas en soi un mode de preuve illicite**".

Nonobstant le fait que tout dispositif de surveillance doit être porté à la connaissance des salariés et des représentants du personnel, **la surveillance (discrète ou pas...) exercée par un supérieur hiérarchique n'est soumise à aucune information préalable et reste, de ce fait, parfaitement licite.**

G. INFILTRATIONS

Il arrive que certaines entreprises fassent appel à des détectives pour s'infiltrer dans leur personnel afin de découvrir les auteurs d'un délit. Mais est-ce légal ?

Le principe consiste en un prêt de personnel moyennant rémunération. En fait le prêt de main d'œuvre à but lucratif est interdit (sauf pour les entreprises de travail temporaire).

Toute infraction est punie d'une peine d'emprisonnement de 2 ans au plus et d'une amende de 30.000 € (ou de l'une de ces 2 peines seulement). Il faut donc faire attention à ce genre de pratique qui peut amener le chef d'entreprise et le détective devant les tribunaux, surtout si les résultats de l'enquête interne ont été dévoilés aux intéressés mis en cause, pratique qui peut aussi être dénoncée par les syndicats.

H. FILATURES

La filature est jugée proportionnée dans certains cas et disproportionnée dans d'autres.

L'arrêt « Cass. soc, 26 nov. 2002, Bull. civ. V, n° 352 ; J. Ravanas, Protection de la vie privée: la preuve illicite d'une relation «défectueuse» de travail, D. 2003, Chron. p. 1305, Jur. p. 1858, note J.-M. Bruguière, Somm. p. 394, obs. A. Fabre, et p. 1536, obs. A. Lepage; RTD civ.2003, p. 58, obs. J. Hauser; JCP 2003, I, 150, n° 1, obs. B. Teyssié; Dr. soc. 2003, p. 225, note J. Savatier » précise que :

« une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur »

Juridiquement il n'est donc pas interdit de suivre un salarié soupçonné de fraude, d'une infraction pénale, ou de pratiques déloyales mais la preuve sera, ou non, acceptée selon l'orientation juridique donnée à l'affaire....le fait de détourner la clientèle d'une société au profit d'un concurrent, de dévoiler les secrets de fabrication, les tarifs,

les fournisseurs, peut entraîner la liquidation d'une entreprise et le licenciement de l'ensemble des salariés....Par conséquent, la concurrence déloyale, est préjudiciable non seulement à l'entreprise mais à tout le personnel .

Dans le cadre du droit du travail, un article du code du travail interdit d'effectuer des contrôles à l'insu des salariés, donc sans les en aviser préalablement dans le contrat de travail, le règlement intérieur....

S'il y a infraction pénale, la preuve pourra être acceptée par les juridictions, le rapport pourra servir de présomption pour la nomination, par ordonnance sur requête, d'un Huissier de Justice désigné par le Président du Tribunal de Grande Instance aux fins de fixer la preuve judiciaire des éléments avancés.

La preuve produite par un enquêteur privé en justice est soumise à examen, par le juge du fond qui examine sa recevabilité au regard des lois et des jurisprudences. La preuve juridique découle essentiellement d'un raisonnement juridique.

Est recevable la preuve collectée par un enquêteur privé, corroborée par un constat d'huissier dans les formes légales par ordonnances sur requête.

Les constatations d'un détective privé appuyées par des témoignages sont recevables.

Est recevable, (suivant les éléments de preuve récoltés) un rapport de détective circonstancié, rapportant les faits constitutifs d'un délit ou d'un préjudice à partir du moment où les modes de preuve ne sont pas entachés d'irrégularités dénoncées par le droit, dans le cas d'un salarié en arrêt maladie il suffit de faire intervenir un médecin assermenté.

La production d'un rapport de filature effectué par un détective privé au terme duquel il apparaît qu'un salarié a été suivi à son insu est un mode de preuve irrecevable car déloyal. Cette jurisprudence n'est applicable que s'il n'a pas été informé par son employeur des moyens qui allaient être employés contre lui. La preuve non admise ne peut apparaître que lors du débat contradictoire. Au vu de la jurisprudence et de son évolution, on peut déceler plusieurs tendances fortes, tout d'abord, en matière sociale (droit du travail) faveur est faite au salarié en raison du handicap pour lui de se procurer des preuves dans l'entreprise, c'est ainsi que certains modes de preuves jugés irrecevables dans d'autres domaines ont été acceptés en faveur des salariés, pour palier. On peut affirmer que le juge apprécie souverainement l'admissibilité et la portée probante des éléments de preuve fournis par les détectives.

Gardons à l'esprit les 3 points essentiels à l'accession à la recevabilité :

- >> Que le salarié soit prévenu des méthodes employées contre lui
- >> Pas d'atteinte à sa vie privée
- >> Ne pas filer un salarié pour une faute qui ne sera pas jugée grave

Revenons donc à L'arrêt « Cass. soc, 26 nov. 2002, Bull. civ. V, n° 352 « **Une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle porte atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur** ».

Concernant le salarié qui **ne travaille pas dans les locaux de l'entreprise**, la chambre sociale de la Cour de cassation n'a **en aucun cas admis** que l'employeur utilise **la filature comme procédé de surveillance**. La solution a été clairement posée en 1995 : " *ayant relevé que l'employeur avait fait suivre par un détective privé le salarié..., la Cour d'Appel a décidé, à bon droit, que les comptes rendus de filatures constituaient un moyen de preuve illicite* " et " *l'illicéité d'un moyen de preuve doit entraîner son rejet des débats* ".

([Cass. soc., 22 mai 1995, n° 93-44078](#), Sté. Manulev service c/Salingue, Légis. soc. n° 7298 du 17 juillet 1995, Bull. n° 164).

Pas plus qu'un employeur, une **caisse de sécurité sociale** n'est au demeurant fondée à invoquer les résultats d'une filature, pour supprimer par exemple les indemnités journalières à un salarié qui, en congé maladie, se livrerait à une activité interdite par le règlement des malades ([Cass. soc., 24 janvier 2002, n° 00-18215](#), CPAM c/Bonnet et a., Bull. n° 35).

Le procédé est, **en soi, illicite**. En 1995 et dans les arrêts qui ont suivi, en effet, c'est parce que l'employeur " **ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés** " que la Cour de Cassation condamnait la filature comme moyen de preuve. Condamnation qui était déjà de portée générale, une filature perdant tout son intérêt si le salarié concerné doit en être averti à l'avance.

Tout l'intérêt du présent arrêt consiste à condamner le procédé de la filature **en tant que tel**, car il implique **nécessairement** une **atteinte à la vie privée du salarié**, atteinte que l'employeur ne peut en aucun cas justifier par la sauvegarde de ses intérêts tant le procédé est **disproportionné**, estime la chambre sociale.

Eu égard aux éléments qui précèdent, les filatures peuvent tantôt s'avérer illicites, tantôt licites.

Elles sont dans tous les cas illicites en matière sociale

Une filature est illicite en matière sociale car relevant de l'atteinte à la vie privée. La Cour de cassation, en s'appuyant immuablement sur les articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du Code Civil, 9 du nouveau Code de procédure civile et L.120-2 du Code du travail, considère invariablement qu'une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur.

N'est pas plus licite un constat d'huissier dressé à la suite d'une filature organisée à l'initiative de l'employeur...dès lors que la preuve d'une activité prohibée... a été obtenue par des moyens illicites et selon une procédure irrégulière....

Elles peuvent être admises en matière pénale et civiles

En matière pénale, il convient que l'objet de la filature soit de nature à apporter la preuve d'un délit pénal.

En matière civile, les magistrats peuvent retenir les faits mentionnés dans un rapport de détective à condition que ce dernier soit réalisé sous un certain formalisme et avec une grande circonspection.

La mise en place de traçage par des traceurs ou des balises GPS sur les véhicules privés ou professionnels utilisés par les salariés, à leur insu et sans qu'ils en aient été avertis est illicite.

Tout système de repérage par satellite qui permet la géo-localisation du salarié qui utilise le véhicule de l'entreprise doit être porté au préalable à sa connaissance.

III. RECEVABILITE DES PREUVES

Le problème général se sacralise autour de la recevabilité des preuves et le rôle du détective qui les obtient. A cet effet, la loyauté est sanctionnée : elle n'est donc pas un mythe et vient encadrer notre profession aujourd'hui réglementée. Il convient d'aborder les conditions de la recevabilité et d'en observer les effets.

Est recevable la preuve d'un abus de confiance constituée par un constat d'huissier corroboré par un constat de détective privé. On constate que la mission du détective est complétée par un contrôle "officiel" effectué par un officier ministériel (ordonnance sur requête).

De même, les témoignages des salariés, appuyés par les constatations d'un détective privé qui viennent en contradiction avec ces déclarations de l'employeur sont recevables pour constater la fraude de ce dernier. L'influence de la donnée "salariale" dans cet exemple est notable.

Enfin, l'expertise assortie d'une enquête de détective peut permettre de révéler la violation d'une clause de non concurrence.

Au même titre que la décision de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation du 25/04/1998, il apparaît que le rapport du détective est couvert par la mission d'expertise ordonnée par voie judiciaire (article 232 du Nouveau Code de Procédure Civile).

Enfin, le constat du détective privé corroboré par un constat d'huissier ou couvert par une mesure d'expertise a plus de chance d'être recevable (ordonnance sur requête).

Il y a fort à parier, au vu des audiences prud'homales, que le doute profite largement au salarié... La collecte des preuves contre celui-ci semble être un exercice périlleux....

Cour de Cassation, Ch. Sociale, arrêt du 6 mars 2007

Un mail est recevable à titre de preuve. Il peut constituer un écrit électronique opposable à son auteur.

Dans sa décision en date du 2 mars 2007, la Cour de Cassation a considéré qu'un courrier ainsi qu'un courriel étaient des documents au moyen desquels l'employeur pouvait (de manière efficace au plan juridique) adresser des reproches à un salarié. Le courriel est aujourd'hui l'écrit électronique le plus utilisé, ce qui nous conduit à rappeler que l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier (C. civ. art. 1316-3). Il est ainsi admis qu'un contrat peut être conclu par échange de courriels, qu'une mise en demeure peut être valablement émise par courriel (lorsqu'un texte, un marché ou un contrat, n'imposent pas une forme particulière et différente) ou encore qu'une démission peut être valablement effectuée par courriel.

Bien entendu, pour limiter les débats autour de la preuve, il est souhaitable de définir les règles du jeu, soit dans une charte informatique, le cas échéant dans le règlement intérieur ou les contrats de travail. Le mieux est d'y inclure une convention de preuve comme l'autorise l'article 1316-2 C. civ.: « Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support. »

Cour de Cassation, Ch. Sociale, arrêt du 30 mai 2007

Pour qu'un courriel, émis par un salarié au moyen des outils informatiques mis à sa disposition par l'employeur présente un caractère personnel donc confidentiel, il doit être identifié comme tel. Il est rappelé que par défaut, les courriels émis au temps et au lieu de travail ont un caractère professionnel.

Cour de Cassation, Ch. Sociale, arrêt du 6 juin 2007

Le caractère personnel d'un courriel le rend impropre à justifier un licenciement, en l'absence de trouble objectif caractérisé par sa divulgation, même s'il a été volontairement divulgué par son destinataire qui l'a communiqué en justice.

Un salarié est licencié après avoir adressé à un de ses collègues de travail en procès contre leur employeur, une attestation (qualifiée de fautive par l'employeur) et un mail (qualifié d'insultant et de méprisant à l'égard de ses supérieurs hiérarchiques par l'employeur) tous deux produits en justice par le destinataire. La Cour d'Appel ayant retenu (souverainement) le caractère privé du courriel et ayant fait ressortir qu'il n'a pas causé de trouble objectif caractérisé dans l'entreprise, en a exactement déduit que cet élément de la vie personnelle de l'intéressé ne pouvait constituer un motif de licenciement. Le caractère personnel du courriel le rend impropre à justifier un licenciement, fût-il insultant et méprisant, fût-il communiqué volontairement en justice par son destinataire.

Cour de Cassation, Ch. Sociale, arrêt du 23 mai 2007

Lorsque un employeur a des motifs légitimes de suspecter des actes de concurrence déloyale, une ordonnance peut autoriser un huissier de justice à accéder aux données contenues dans l'ordinateur mis par l'entreprise à la disposition du salarié, et à prendre connaissance pour en enregistrer la teneur, des messages électroniques d'un salarié, avec deux personnes identifiées (manœuvres déloyales tendant à la constitution d'une société concurrente).

L'article 145 du Nouveau Code de procédure civile (NCPC) dispose que, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête (c'est-à-dire à l'insu du défendeur) ou en référé (c'est-à-dire contradictoirement).

Par ailleurs, le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect à l'intimité de sa vie privée, ce qui implique en particulier le respect du secret des correspondances et tenant en conséquence pour une atteinte à une liberté fondamentale la prise de connaissance par l'employeur, en violation de ce secret, des messages

électroniques émis et reçus par le salarié au moyen de l'outil informatique mis à sa disposition par l'entreprise (cass. Soc. 2 oct. 2001, SA Nikon France/Ord. Jurisdata n° 2001-011137).

La Cour de Cassation pose le principe selon lequel la vie personnelle du salarié ne constitue pas en tant que telle, un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées.

1/ Exemple de trouble n'ayant pas justifié une rétrogradation :

Le chauffeur d'un dirigeant s'est abonné à une revue échangiste en mentionnant son adresse professionnelle. Parvenue dans l'entreprise, l'enveloppe contenant la revue, a été ouverte conformément à la procédure habituelle et connue du chauffeur. Elle ne comportait aucune indication du caractère personnel de l'envoi. Le contenu de l'enveloppe a ensuite été porté au standard au vu des salariés.

En raison de l'émoi provoqué par la présence de ce magazine, l'employeur a rétrogradé le chauffeur. La Cour, réunie en chambre Mixte (Cass. Soc. Ch mixte, 18 mai 2007, n° 05-40-803) a réaffirmé le principe constant selon lequel on ne peut pas reprocher à un salarié son comportement privé, dès lors qu'il ne nuit pas aux intérêts de l'entreprise. Ainsi, le fait de se faire adresser sur son lieu de travail une revue, aussi pornographique soit-elle, « ne constitue pas un manquement aux obligations résultant du contrat de travail ».

2/ Exemple de trouble ayant justifié un licenciement :

Un chauffeur de poids lourds s'est vu retirer son permis de conduire pour des faits de conduite sous l'emprise d'un état alcoolique en dehors de ses heures de travail (Cass. Soc., 2 déc. 2003, n° 01-43-227). La Cour a considéré que son licenciement pour faute grave était justifié car, dans ce cas et même pour des faits survenus au temps de la vie privée, l'intérêt de l'entreprise s'en trouvait sérieusement mise en cause. Cela a provoqué un trouble objectif caractérisé.

Il existe donc plusieurs types de preuves :

-
- preuves incontestables par la partie adverse (original de lettre d'embauche...),
 - preuves simples, contestables par une preuve contraire,
 - preuves dites « d'ordre public » définies par le Code du Travail lors de la conclusion d'un contrat de travail (un écrit pour une durée déterminée sinon selon l'article L 122-3-1 du Code du Travail, l'engagement oral vaut un CDI)

La limite de fiabilité de la preuve

La preuve ne sera pas totalement prise en compte si on peut remettre en cause sa fiabilité.

La vidéo peut être truquée et montée. Ceci pose le problème d'authenticité et d'impartialité pour appuyer un licenciement pour faute. (CA d'Aix en P rovence 4/1/94 Perez: SA beli supermaché JCP)

En Droit du Travail, la preuve est libre. Il appartient par contre, au seul juge social de décider de l'admissibilité et de la force probante de celle-ci au vu des éléments qui sont fournis par les parties. Ce principe de liberté de la preuve est valable pour toute infraction commise dans le cadre du travail ou à l'occasion des relations de travail. Ce Droit de la preuve a pour but de favoriser l'émergence de la vérité.

Le Droit du Travail relève du domaine factuel, le fait étant alors créateur de Droit. Ces faits peuvent être prouvés par tous moyens. Toutefois, les règles et les principes exposés dans le Code Civil et le Nouveau Code de Procédure Civile restent applicables au Droit du Travail pour l'administration de la preuve. Cette adaptation du système de la preuve laissé à l'interprétation du juge a pour objectif de réguler l'inégalité des deux parties en présence (employeur-employé), au vu de l'existence d'un lien de subordination inhérent au contrat de travail.

Il convient alors de distinguer quatre modes de preuves : la preuve incontestable, la preuve simple, la preuve dite « d'ordre public » et les preuves illicites :

La preuve dite incontestable est, dans la plupart des cas, des écrits. Dans le principe du contradictoire, la preuve devient incontestable lorsque les faits consignés dans cette preuve ne sont pas contestés par l'autre partie. C'est le cas, par exemple, des procès-verbaux dressés par l'Inspection du Travail lorsque l'autre partie

n'apporte pas la preuve du contraire. Il en va de même pour l'original d'une lettre d'embauche qui, exposant précisément le contenu des obligations des parties, deviendra, de fait, une preuve incontestable.

La preuve simple, au même titre que la preuve incontestable, s'apparente à un moyen légal d'administration de la preuve. La preuve simple, à la différence de celle citée précédemment, est contestée par la partie adverse. Il existe cinq modes principaux de preuves simples : l'écrit (nécessaire pour la preuve des actes juridiques comme le contrat de travail à durée déterminée par exemple), les présomptions, les témoignages et attestations, l'aveu et le serment. En matière de harcèlement moral, les écrits tels les évaluations annuelles d'un salarié, les attestations de tiers retraçant ce que le salarié a pu endurer, les lettres du salarié à sa hiérarchie et les certificats médicaux attestant de l'impact psychologique du harcèlement sur l'employé ne pourront être pris comme preuve isolée. Ces preuves simples, contestées par la partie adverse, permettront toutefois au juge social de se faire une opinion sur le dossier. Il conviendra de cumuler ces éléments à d'autres modes de preuves pour sensibiliser l'intime conviction du juge.

Les preuves dites « d'ordre public » s'imposent d'elle-même. La loi leur donne un caractère irréfutable. En l'espèce, si aucun écrit n'a été établi pour un contrat de travail à durée déterminée, celui-ci se transformera, de fait, en contrat à durée indéterminée. Cette incidence a pour but de protéger les intérêts des salariés.

Les preuves illicites. Ces moyens de preuve relèvent de la preuve judiciaire. Dans le cadre d'un contentieux prud'homal, la procédure permet de faire appel à d'autres moyens de preuve pour corriger l'inégalité des parties qui s'opposent au sein de cette juridiction (employeur contre employé).

Il convient de distinguer trois concepts au sein des modes de preuves. Ces preuves sont considérées illicites lorsqu'elles ne respectent pas une des notions suivantes : Le respect du droit à la vie personnelle, proportionnalité et loyauté.

Détection de micros :

Le fait de faire appel à un détective pour " dépoussiérer " des locaux (terme employé pour découvrir l'existence de micros à l'intérieur de locaux privés) en utilisant un scanner à large bande balayant toutes les bandes de fréquences utilisées par les micros, doit faire l'objet d'une déclaration et d'une autorisation administrative. Les services de police et de gendarmerie peuvent poser ou faire poser des micros chez des personnes physiques ou morales sur commission rogatoire, notamment dans le cadre de la Loi Perben 2, et il serait malvenu d'aller les découvrir, gênant ainsi le bon déroulement d'une enquête judiciaire. D'ailleurs tous les matériels d'écoutes, micros et autres ainsi que de détection d'écoutes ou de micros ne sont plus en vente libre en France et sont soumis à autorisation.

Il n'en reste pas moins qu'un dépoussiérage complet et efficace peut être fait visuellement et manuellement sans requérir d'autorisation administrative.

EN CONCLUSION

Comme vous avez pu le constater, en matière sociale, si le recours à un détective n'est pas strictement interdit par la loi, les frontières de la légalité sont plus poreuses.

Si vous avez des soupçons quant à la situation et la réelle activité de certains de vos salariés, rien ne vous empêche de demander à un détective de vérifier vos doutes.

Mais gare à l'utilisation que vous ferez du rapport d'enquête, même si celui-ci est accablant!

Un certain nombre de dispositions et de précautions devront encadrer le contrôle ou la surveillance des salariés, qui rendront de ce fait l'action licite et la preuve recevable.

Si les faits constatés ne relèvent pas d'un délit (procédure Pénale), il est préconisé (Laure André, avocate en droit social) d'utiliser le rapport pour négocier: « Convoquez le salarié, affirmez-lui que vous l'avez vu tel jour à telle heure faire telle ou telle chose. Tentez de le déstabiliser sans pour autant aller jusqu'à le menacer en lui mettant le rapport sous les yeux. En règle générale, le salarié fautif présente sa démission sans demander son reste. » Seul bémol de ce coup de poker : que le salarié, connaissant l'absence de valeur du rapport devant les juges, ne se laisse pas impressionner...

« Si l'entreprise veut aller devant le conseil des prud'hommes, il faut obtenir un constat d'huissier, qui, lui, aura une valeur probante », conclut Laure André.

La solution est envisageable quand le salarié « dérape » de façon répétitive, et qu'il est sûr qu'il pourra être pris sur le fait à telle heure, à tel endroit. En tout état de cause et compte tenu de la réglementation très stricte qui enserme le chef d'entreprise et régit la surveillance des salariés, une étude détaillée systématique doit être faite afin de pouvoir agir avec pragmatisme et efficacité.

La reconnaissance d'un droit à la filature du salarié

[Commentaire de l'arrêt rendu par la Chambre Sociale de la Cour de Cassation, le jeudi 06 décembre 2007 \(Cass. Soc., 06 décembre 2007, pourvoi n°06-4 3392\), non publié au Bulletin.](#)

La Haute Juridiction entretenait de longue date une certaine défiance envers la preuve obtenue grâce à une filature organisée à l'insu du salarié, que l'on pourrait qualifier de "victime" du détective privé dépêché par l'employeur... La filature n'avait pas bonne presse aux yeux des juges et, pourrait-on même affirmer, elle constituait tout bonnement un mode de preuve illicite en matière sociale.

Les arrêts ne manquent pas dans la jurisprudence pour illustrer cette position constante de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation.

De l'arrêt rendu le 22 mai 1995 (Cass. Soc., 22 mai 1995, n°93-44078), en passant par celui du 26 novembre 2002 (Cass. Soc., 26 novembre 2002, n°00- 42401), et ce jusqu'à ce fameux arrêt du 06 décembre 2007, toute une série de décisions sanctionneront de façon ininterrompue les employeurs voulant débusquer chez leurs salariés quelque faute grave commise en dehors des frontières de l'entreprise.

En riposte à son licenciement prononcé pour faute grave, l'arsenal d'attaque du salarié comprenait toujours les mêmes armes : article 8 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, article 9 du Code Civil, articles 9 du nouveau Code de procédure civile et L.120-2 du Code du travail.

A tel point que l'on pouvait en venir à s'interroger - les plus mal-pensants étant même allés jusqu'à déceler quelque obstination incompréhensible auprès des employeurs continuant à solliciter les services de détectives privés. Après tout, à quoi bon mettre en place une coûteuse procédure de filature du salarié, suivie d'un constat dressé par huissier servant de fondement à un licenciement pour faute grave, si l'employeur savait pertinemment se diriger vers une invalidation postérieure de cette sanction disciplinaire par les juges prud'homaux ?

Beaucoup de commentateurs, et bien d'autres encore, n'y voyaient pas d'intérêt.

D'abord parce que cette procédure engendrait des frais de filature, ainsi que des émoluments d'huissier, ne servant en finalité à rien.

Ensuite parce que cette filature, invalidée a posteriori par les juges, procurait à l'employeur et son entreprise une publicité parfois très défavorable aux yeux des tiers, dont ils se seraient bien dispensés ("employeur peu scrupuleux... ?")

En dernier lieu, car toute cette procédure sensée apporter une preuve irréfutable fondant un licenciement pour faute grave, ne débouchait finalement que sur un licenciement requalifié par les juges comme sans cause réelle et sérieuse, avec à la clé de fortes indemnités au bénéfice du salarié...

Ce constat est juste, ou plutôt était juste devrions-nous désormais dire. En effet, l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de Cassation le 06 décembre 2007, semble révolutionner les choses en la matière.

Dans cette affaire, le salarié engagé en qualité de moniteur poids lourd et dont l'épouse possédait son propre véhicule d'auto-école, se trouvait en arrêt de travail au moment des faits.

Son employeur, suspectant quelque activité annexe du salarié au profit de son épouse alors qu'il était tenu de respecter des horaires de sortie prescrits par le médecin, décida de contrôler et éventuellement de sanctionner un comportement illégal du salarié.

L'employeur recourut aux services de détectives privés, chargés de suivre en filature le salarié, et de déceler un comportement fautif durant l'arrêt de travail. Les détectives étant eux-mêmes tenus de prévenir un huissier de justice aux fins de constat de ladite faute grave du salarié. La prédiction de l'employeur se réalisa : le salarié, suivi par les détectives mandatés, fut surpris par l'huissier prévenu par lesdits détectives, alors qu'il se trouvait dans le véhicule servant d'auto-école de son épouse. L'huissier en dressa constat, et l'employeur prononça le licenciement du salarié pour faute grave de ce dernier : le salarié s'était en effet livré à une activité professionnelle pour le compte de l'auto-école en violation de son contrat de travail, alors qu'il était en arrêt de travail pour maladie. La Cour d'Appel de DOUAI rendit le 14 avril 2006 un arrêt confirmant le licenciement pour faute grave.

Mais cette décision n'était après tout que celle de juges du fond, pas celle de la Haute Juridiction qui censurait depuis de nombreuses années de tels procédés de preuve.

Cependant la censure attendue de la part de la Chambre Sociale n'eût pas lieu.

Le salarié, invoquant l'attirail habituellement développé à ce stade de la procédure (article 8 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, article 9 du Code Civil, article 9 du nouveau Code de procédure civile et article L.120-2 du Code du travail), pouvait rappeler à son souvenir la jurisprudence antérieure pour s'assurer de ses chances de voir l'arrêt de la Cour de DOUAI cassé par la Chambre Sociale. Mais les juges de Paris ne furent exceptionnellement pas réceptifs aux arguments présentés par le pourvoi : "la cour d'appel a pu retenir comme mode de preuve licite un constat dressé par un huissier qui s'est borné à effectuer dans des conditions régulières à la demande de l'employeur des constatations purement matérielles dans un lieu ouvert au public et à procéder à une audition à seule fin d'éclairer ses constatations matérielles". "(...) *comme mode de preuve licite un constat dressé (...) dans des conditions régulières à la demande de l'employeur*" : ce sont là les termes traduisant le changement de position induit par cet arrêt.

Dans cette affaire, la Chambre Sociale retient finalement la licéité du constat d'huissier, indépendamment de la mise en relation effectuée par les détectives privés. Cet élément provoquait pourtant l'illicéité du mode de preuve de l'employeur auparavant, et le rejet consécutif du constat dressé par huissier. Tel ne fut pas l'avis de la Cour ce 06 décembre 2007.

Ainsi, les magistrats se sont donc refusés à adopter le raisonnement tenu jusqu'alors - encore dans l'arrêt de la Cour de Cassation du 24 janvier 2002 (pourvoi n°00-18215), concernant pourtant des circonstances analogues (filature organisée par l'employeur suivie d'un constat d'huissier).

Le procédé de preuve utilisé par l'employeur, initié par une filature à laquelle succédait un constat d'huissier, ne constituant plus une procédure illicite.

L'apport de cet arrêt semble d'importance, tant il consacre un droit de filature du salarié par des détectives mandatés par l'employeur, aux fins de mettre en évidence la faute grave du salarié.

Cette décision peut avoir un champ d'application très étendu, puisqu'au surplus des périodes d'arrêts maladie ou accident de travail, cet arrêt peut très simplement être utilisé au soutien de contrôles et de surveillances menés par l'employeur en dehors de toute absence du salarié.

L'employeur pourrait ainsi mandater des détectives privés dans le but de mettre en lumière l'exercice d'activités concurrentielles de la part de son salarié (deuxième emploi auprès d'un concurrent à son employeur), ou d'activités appelées à lui causer un préjudice certain (activités personnelles menées après le travail chez son employeur, étant la cause de maladies professionnelles "assumées" par la suite par l'employeur)...

Alors, timide amorce sans confirmation ultérieure, ou pierre angulaire d'un revirement de jurisprudence à long terme ?

Seuls les prochains arrêts de la Haute Juridiction pourront nous révéler la réelle valeur de cette décision rendue le 06 décembre 2007 : arrêt d'espèce sans descendance, ou arrêt de principe au retentissement d'importance
