

# L'introduction d'Internet dans les entreprises

par Marc Richevaux, Magistrat, Maître de Conférences,  
Université du Littoral, Côte d'Opale, IUT-TC Dunkerque

## P L A N

### I. L'information et la consultation préalable du Comité d'Entreprise préliminaire obligatoire à l'introduction d'Internet dans l'entreprise

- A) Internet : nouvelle technologie
- B) Internet et la surveillance des salariés : information et consultation préalable du comité d'entreprise
  - a) Internet, moyen de surveillance des salariés.
  - b) les "dérives" de l'usage d'Internet par les salariés et surveillance.

### II. Conséquences de l'absence d'information et de consultation préalable du Comité d'Entreprise

- A) Conséquences pénales : le délit d'entrave
- B) Conséquences civiles :
  - a) irrecevabilité en justice de la preuve technologique obtenu à l'insu du salarié,
  - b) l'obligation réciproque de loyauté dans les relations de travail.

#### Conclusion

Plus grande est la tolérance de l'employeur, plus grande est l'autocensure des salariés.

La nouvelle économie et les nouvelles technologies influent en profondeur sur le droit du travail. La robotique, l'informatique, Internet... en substituant un travail intellectuel, technique ou de surveillance à un travail manuel parcellaire déterminent l'apparition de nouvelles qualifications, de nouvelles relations industrielles, et de formes nouvelles de relations sociales. Les atteintes aux droits des salariés restent identiques à celles qui existaient avant l'apparition des nouvelles technologies qui cependant les rendent plus faciles tant les moyens nouveaux sont en ce domaine plus "performants" que les plus anciens déjà utilisés dans certaines entreprises.

La technologie s'inscrit directement dans les normes juridiques (1).

L'introduction dans l'entreprise de "nouvelles technologies" appelle une concertation avec le personnel (2). Internet n'échappe pas à cette règle. Dès lors que l'on veut introduire Internet dans une entreprise française, quelques précautions s'avèrent nécessaires. Il faut tout d'abord se méfier des idées fausses. Ne pas croire non plus, en transposant à notre pays les exemples américains et anglais, qu'Internet est un lieu de totale liberté et de non-droit et qu'en ce domaine l'employeur peut tout faire en prenant simplement la précaution d'informer les salariés.

Il est nécessaire aussi de ne pas sacrifier à la tentation, bien française, du raisonnement en termes :

Problèmes nouveaux: loi nouvelle (3) et d'attendre la mise en place de la nouvelle législation indispensable !... pour appréhender le phénomène nouveau qu'est Internet dans l'entreprise et régler les problèmes qui se posent.

Dans le domaine de l'appréhension des conséquences juridiques de l'introduction d'une nouvelle technologie dans l'entreprise, la France est largement en avance sur ses concurrents étrangers. Les concepts juridiques déjà existant permettent largement de résoudre l'essentiel des problèmes que pose la protection des salariés au regard de l'introduction d'Internet dans l'entreprise en transposant les solutions déjà mises au point au moment de la mise en œuvre de techniques, plus anciennes, mais proches, telles par exemple l'informatique ou la vidéo (4).

Ces derniers temps, on a assisté à un développement exponentiel d'Internet, réseau spécialisé dans l'information qui permet d'échanger des documents électroniques, des données informatisées, des informations économiques, des schémas, du son, etc.

Internet donne maintenant un accès de plus en plus rapide à une information de plus en plus fiable. Dans le domaine économique, Internet se présente comme un outil d'information et de gestion de tout premier plan, offrant aux entreprises de nombreux services interactifs : marketing en direct, publicité, affichage commercial, tarifs, documentation technique, base de

(1) Olivier de Tissot : "Internet et contrat de travail, les incidences de la connexion à Internet sur le contrat de travail", Dr. Soc. 2000.150 ; Stéphane Darmain : "L'ordinateur, l'employeur et le salarié", Dr. Soc. 2000.580.

(2) Gérard Lyon-Caen, Jean Pélissier, Alain Supiot, précis Dalloz 19e éd.

(3) Sur ce point, voir Charles-Albert Morand et autres : "Légistique formelle et matérielle : la rédaction législative à l'épreuve de la pratique", PUAM.

(4) CA Paris, 13e Ch. B, 12 mai 1999, DO 1999-460 et les réf. citées dans la note.

données à forte valeur ajoutée et bien d'autres choses encore...

Ainsi, Internet peut être un formidable outil pour augmenter la productivité des entreprises et améliorer leur gestion. Pour toutes ces raisons, bon nombre d'entreprises ont déjà fait le choix de se connecter ou s'approprier à le faire.

Ainsi, sur leurs lieux de travail, beaucoup de salariés peuvent déjà, ou pourront, dans un avenir plus ou moins proches, se connecter à tout moment de la journée.

Le réseau Internet contenant une foule d'informations en tout genre, il est parfois difficile de dénicher, au moment opportun, celle que l'on recherche. C'est pourquoi certains sites possèdent un outil permettant de lancer une recherche par un mot ou une expression sur tous les sites Internet recensés par le système et de trouver ou retrouver celle qui était désirée par l'utilisateur.

Tous les sites ne présentent pas le même intérêt. Pour les entreprises, certains, même n'en présentent strictement aucun. Parfois aussi, en raison de leur nature et de leur contenu, l'utilisation de certains sites par les salariés de l'entreprise, avec du matériel et des moyens d'accès fournis par celle-ci, est de nature à lui faire peur.

Le surf de salariés de l'entreprise sur de tels sites ne seraient-ils pas de nature à engager sa responsabilité ? Il peut s'agir de responsabilité civile, ou même pénale. Par exemple, en en cas de préjudice causé à un tiers à la suite de paroles malheureuses sur forum de discussion.

Si l'on se réfère à la jurisprudence déjà existant en matière d'injure et de diffamation où ce qui compte le plus n'est pas le support des propos mais la qualité des destinataires, on doit admettre que le personnel de l'entreprise ne constitue pas un public (5) et que donc les propos qui y sont tenus peuvent tomber sous le coup de la qualification d'injures non publiques (6) qui exposent leur auteur à des peines certes faibles (7) mais prévues par le Code pénal (8). La chose devient plus grave dès lors que des propos malheureux sont tenus sur des forums externes.

En effet, ils peuvent, aux yeux de la jurisprudence être considérés comme des lieux publics (9), ou même, dans certaines conditions : régularité de leur publication... comme des entreprises de presse (10), et alors

les paroles malheureuses que l'on peut y rencontrer peuvent relever de la diffamation alors publique (11) et les sanctions sont beaucoup plus lourdes car il s'agit alors de peines correctionnelles (12).

Mais cela n'interdit pas aux salariés d'utiliser ces forums pour critiquer leur employeur (13).

Dans les deux cas, l'employeur n'est pas forcément à l'abri. On peut songer à son égard à des poursuites, même pénales, par exemple sur la base de la complicité pour fourniture de moyens. Ce qui l'expose à une peine identique à celle encourue par l'auteur principal (14).

Internet est une fenêtre ouverte sur le monde. Le web permet d'accéder très largement à la quasi-totalité de l'information à laquelle il est permis de songer.

Bon nombre de salariés succombent au charme d'une ballade virtuelle à Florence, aux Seychelles ou dans d'autres lieux magiques leur permettant des vacances de rêve qui, à priori, ne présentent aucun intérêt pour l'entreprise de l'intéressé, encore que la consultation de site Web par le salarié pourrait lui permettre certes, par hasard, de glaner des éléments qui, par la suite, pourrait s'avérer déterminants pour l'avenir de celle-ci. Au moment de l'Euro, les ordinateurs de bien des entreprises serviront très largement à la consultation de sites spécialisés consacrés au football dont l'intérêt pour l'entreprise est nul. D'autres ont déjà succombé aux charmes de sirènes dénudées. L'un d'eux a même été condamné pour cela. Il s'agit d'un salarié qui s'était servi de l'ordinateur de l'entreprise pour capturer sur Internet des photos de nature pédophile. Le tribunal correctionnel (15) l'a condamné pour recel d'objets (16) provenant de la diffusion d'images d'un mineur à caractère pornographique (17) et abus de confiance (18).

D'où la tentation, pour l'employeur, du contrôle de l'usage que le salarié fait des possibilités d'utilisation de l'Internet qui lui sont offertes par son entreprise, mais aussi du contrôle du salarié par l'Internet qui en la matière recèle d'étonnantes possibilités. Leur mise en œuvre exige quelques précautions préalables indispensables pour garantir les libertés des salariés contre les atteintes qui pourraient y être portées. Nous ne les citons pas toutes ici, d'une part pour ne pas pallier le manque d'information des employeurs qui ne les pratiquent pas faute de connaissance de la matière, d'autre part en raison du fait que dans bien des cas l'imagina-

(5) Cass. Crim. 15 déc. 1949, Bull. Crim. n° 345.

(6) Art. R. 621-2 Code pénal.

(7) Il ne s'agit que de contraventions de 1ère classe, c'est-à-dire une amende de 150 F.

(8) Art. 131-13 NCP.

(9) TI Paris 11e, 3 août 1999, site légal net <http://www.legal.fr>.

(10) Ord. 30 sept 1986.

(11) Art. 32 loi 31 juillet 1986.

(12) Jusqu'à 6 mois d'emprisonnement et/ou 80000 F d'amende.

(13) Jean-Emmanuel Ray : "La fin des yes-man", Dr. Soc. juin 2000.

(14) Art. 121-6 et 121-7 NCP.

(15) Trib. Correct., 16 fév. 1998, JCP 1999-II-10001, J. Frayssinet.

(16) Art. 321-1 NCP, la peine prévue peut aller jusqu'à 5 ans d'emprisonnement et/ou 2 500 000 F d'amende.

(17) Art. 227-23 NCP, la peine prévue peut aller jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et/ou 300 000 F d'amende.

(18) Art. 314-1 NCP, jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et/ou 300000 F d'amende.

tion des employeurs pour porter atteinte aux droits des salariés va beaucoup plus vite que la mise au point de règles de droit destinées à les éviter.

Pour accéder au réseau Internet l'utilisateur doit bien sûr posséder un micro ordinateur, un logiciel de navigation l'aidant à parcourir les sites du réseau, éventuellement un logiciel de messagerie électronique lui permettant d'envoyer ou recevoir des messages des quatre coins de la terre ainsi que d'un système lui ouvrant l'accès aux serveurs, de fichiers, afin de pouvoir récupérer (download en anglais) des programmes ou des fichiers intéressants, pour lui. La connexion peut s'opérer directement par un modem branché sur une prise de téléphone. Dans ce cas, le contrôle du salarié n'est en principe possible que par la consultation du disque dur de l'ordinateur. La connexion Internet peut également passer par des systèmes internes aux entreprises qui per-

mettent un contrôle du salarié à la fois plus souple et plus discret mais sont loin d'être sans problèmes.

L'entrée de ces technologies dans l'entreprise n'est pas anodine. Elle ne peut se faire sans le respect de quelques formalités préalables, notamment l'information et la consultation du Comité d'Entreprise (I) qui, si elles sont oubliées, exposent le chef d'entreprise aux peines prévues pour le délit d'entrave (aux prérogatives du Comité d'Entreprise (19).

En effet, si l'on veut accompagner l'entrée d'Internet dans l'entreprise d'un système de surveillance des salariés, il est indispensable d'informer et de consulter préalablement le Comité d'Entreprise (20) (B), mais l'absence de mise en place d'un système de surveillance des salariés ne suffit pas pour permettre à l'employeur de se dispenser d'informer préalablement le Comité d'Entreprise avant l'entrée d'Internet dans son établissement (A).

## I.

### L'information et la consultation du Comité d'Entreprise, préalable obligatoire à l'entrée d'Internet dans l'entreprise

En effet, le Comité d'Entreprise doit être informé et consulté préalablement à tout projet important d'introduction dans l'entreprise de technologies nouvelles de nature à avoir des conséquences sur les conditions de travail du personnel (21). Il paraît difficile de considérer qu'Internet n'est pas une nouvelle technologie et encore plus de penser que son introduction dans l'entreprise sera sans conséquences sur les conditions de travail du personnel.

#### A) Inter net, nouvelle technologie.

Le Code du Travail (22) prévoit que :

*"Le Comité d'Entreprise est informé et consulté préalablement à tout projet important d'introduction de nouvelles technologies, lorsque celles-ci sont susceptibles d'avoir des conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail du personnel. Les membres du comité reçoivent, un mois avant la réunion, des éléments d'information sur ces projets et leurs conséquences quant aux points mentionnés ci-dessus.*

*"Lorsque l'employeur envisage de mettre en œuvre des mutations technologiques importantes et rapides, il doit établir un plan d'adaptation. Ce plan transmis, pour information et consultation, au Comité d'Entreprise*

*en même temps que les autres éléments d'information relatifs à l'introduction de nouvelles technologies. En outre, le Comité d'Entreprise est régulièrement informé et périodiquement consulté sur la mise en œuvre de ce plan".*

L'informatique est la science du traitement rationnel, notamment par machines automatiques, de l'information considérée comme un support des connaissances humaines et des communications dans les domaines techniques, économique et social (23). La télématique est l'utilisation conjointe des techniques de l'information et des communications recouvrant de fait différentes techniques : banque de données documentaires, traitement de texte, audioconférence, télécopieur avec les divers modes de traitement qui peuvent en résulter. Ces techniques peuvent être classées parmi les nouvelles technologies (24). Ce qui paraît pouvoir s'appliquer à Internet, qui se trouve au carrefour de ces deux techniques. D'autant plus qu'il est admis que l'on est en présence d'une mutation technologique (25) si l'on est en présence d'un changement important qui ne provient pas d'une nouvelle technologie mais qui apporte une modification profonde du fonctionnement de l'entreprise (26).

Le texte du code (27) fait état de tout projet important d'introduction de nouvelle technologie et non de tech-

(19) Art. L. 483-1 CT, jusqu'à 25 000 F d'amende et/ou un an d'emprisonnement, le double en cas de récidive.

(20) Art. L. 432-2-1 CT.

(21) Art. L. 432-2 CT.

(22) Art. L. 432-2 CT préc.

(23) Arrêté min. 28 sept. 1980.

(24) Odile Houx : "Nouvelles technologies, nouveau code du travail ?", Mém. DEA Sciences Politiques, Lille 2, 1993.

(25) Laurence Peru-Pirotte : "Mutations technologiques et contrat de travail", DO 1996.1.

(26) TGI Strasbourg, 24 mai 1984, DO 1984.426 FS

(27) Art. L. 432-2 CT.

nologie nouvelle. La place de l'adjectif est déterminante. Placé avant le substantif, il a le sens de : " qui apparaît après un autre qu'il remplace (28) . L'analyse sémantique est déterminante (29). Elle paraît avoir largement inspiré certaines décisions de justice dans lesquelles il a été observé que le concept d'innovation ne doit pas être entendu dans un sens scientifique étroit (30). C'est aussi le sens de la circulaire d'application de la loi (31).

De même, il a déjà été jugé que pour être nouvelle une technologie n'est pas nécessairement nouvelle sur le plan de la connaissance, il suffit qu'elle soit nouvelle au niveau de son utilisation par l'entreprise (32). La question a déjà été posée et résolue en ce qui concerne l'informatique, avec des argumentations qui paraissent transposables à l'entrée d'Internet dans l'entreprise.

La question a parfois été posée de savoir si un changement de système informatique peut être considéré comme impliquant l'introduction de technologies nouvelles.

Dans ce cas, des directions d'entreprises avançaient l'idée selon laquelle l'informatique constituant une technologie unique, tout apport en ce domaine, quel que soit le champ d'application, ne pouvait à proprement parler constituer une nouveauté (33).

Mais cette thèse ne semble pas avoir la faveur des tribunaux. Ceux-ci estiment que lors du renouvellement d'un système informatique, ce n'est pas l'installation du matériel qui compte mais l'utilisation qui en sera faite. Ce qui justifie alors la nécessité d'information et de consultation préalable du Comité d'Entreprise avant l'installation d'un nouvel ordinateur dans celle-ci (34).

En pareille occurrence le problème est de savoir si la nouvelle utilisation qui est faite de l'informatique entraînera des conséquences suffisamment importantes pour être assimilée à l'introduction de technologies nouvelles.

La Cour de Cassation a déjà estimé que le changement de matériel informatique opéré par la société avait non seulement pour effet de doter cette entreprise d'un matériel plus performant sur le plan technique mais encore de modifier profondément ses méthodes de gestion par la connexion entre les divers matériels informatiques des entreprises du groupe, la multiplication des terminaux au sein de l'entreprise... et par le nombre important de salariés ayant accès aux terminaux (35).

L'entrée d'Internet dans une entreprise nous paraît propre à créer des situations de même nature, justifiant alors l'information et la consultation préalable du Comité d'Entreprise. Celle-ci sera d'autant plus nécessaire si l'on souhaite accompagner la mise en œuvre d'Internet dans l'entreprise par un système de surveillance des salariés tant en ce qui concerne la surveillance de l'usage que ceux-ci peuvent faire d'Internet (a). Il n'est pas toujours exclusivement professionnel. Aussi, pour ce qui concerne la surveillance des salariés par le biais d'Internet (b).

## B) INTERNET ET SURVEILLANCE DES SALARIÉS.

La presse (36) se fait parfois l'écho de l'existence dans des entreprises de moyens de surveillance des salariés et des dérives auxquelles leur utilisation peut parfois donner lieu.

### a) Internet, moyen de surveillance des salariés.

Sur le plan technique, force est de relever que les techniques de contrôle sont nombreuses mais également discrètes, ce qui limite l'efficacité des textes prévus pour assurer la transparence du contrôle et rend plus nécessaire la consultation du Comité d'Entreprise avant leur mise en œuvre.

L'ordinateur laisse des traces. Certaines sont visibles mais d'autres, au contraire, sont inconnues de l'utilisateur non initié.

Le premier des contrôles auxquels on peut songer est celui qui tient à la surveillance du temps de travail du salarié.

En vérifiant les temps de connexion ou les temps passés sur l'exécution d'une tâche informatique particulière, l'employeur peut mesurer précisément le temps de travail effectif du salarié.

La formule n'est pas nouvelle et n'appelle pas de remarques particulières si ce n'est que ces dispositifs de contrôle des travailleurs, qu'ils soient quantitatifs ou qualitatifs, ne peuvent être utilisés à leur insu (37) et qu'aujourd'hui ils trouvent un fondement dans les lois Aubry relatives à la réduction de la durée du travail (38). Aux yeux de certains employeurs, la mesure des trente-cinq heures en temps de travail effectif permet (39), pour la

(28) Benneniste : "Problèmes de linguistique générale", Gallimard ; de Saussure : "Cours de linguistique générale", Genève.

(29) Quelques principes théoriques relatifs à l'interprétation de la norme, DO 1991.39.

(30) T. Strasbourg, préc. confirmé par CA Colmar, 2e Ch. Civ., 16 janv. 1985 DO 1985.139.

(31) Circ. DRT. DO 1985.48, obs. Pascal Rennes.

(32) TGI Mâcon, 11 oct. 1984, DO 1984.426, FS.

(33) P. Cam et P. Chaumette : "L'expertise technologique du Comité d'Entreprise", Dr. Soc. 1989.222.

(34) TGI Lille, réf. 2 avril 1995 confirmé par CA Douai, 8e Ch.,

31 oct. 1985, DO 1986.218 ; TGI Caen, 9 fév. 1984, réf. DO 1985.353, FS ; Cass. Crim., 13 déc. 1994, *Le Figaro*, Sem. Soc. Lamy n° 737, p. 13.

(35) Cass. Soc. 2juill 1987, bull. V n° 438, JCP 1987 IV 310 ; Gaz Pal. 1987 II, pan. Jur. 247 ; Juri-Social f 61 ; JCP 1989 éd. E II 15095 et G 20924.

(36) *Le Monde*, 20 avril 2000.

(37) Décret n° 91-451 du 14 mai 1991, JO du 15.

(38) Art. 212-1 et s., CT. Michel Miné ; "Négocier la réduction du temps de travail", 2e éd. 2000, éd. VO/Atelier.

(39) Art. 212-4 CT.

comptabiliser, de déduire les temps de connexion autres que ceux strictement nécessaires au travail. Il paraîtra possible à ces employeurs de soutenir que lorsqu'il surfe par exemple sur un site Internet lui permettant de réserver un hôtel pour le week-end ou ses vacances, le salarié vaque à des obligations personnelles et que pendant le temps ainsi passé il ne réalise pas d'un travail effectif et que l'on peut donc ne pas comptabiliser dans les 35 heures hebdomadaires, nouvelle durée légale du travail (40), ces temps de connexion à Internet pour un usage personnel.

D'où la nécessité, pour certains, de les individualiser en contrôlant le temps de connexion sur Internet, ne serait-ce que pour comptabiliser le temps de travail effectif et établir les bulletins de paye correspondant sur la base de données fiables et infalsifiables exigées, par les nouvelles lois qui régissent désormais la matière (41). Techniquement, Internet peut les fournir facilement. Mais cela paraît difficile à concilier avec les exigences légales de protection du salarié contre les introductions indues de l'employeur dans la vie privée ses salariés (42).

#### **b) Les "dérives" de l'usage d'Internet par les salariés.**

En dehors du contrôle du temps de connexion, on peut songer à utiliser d'autres modes de surveillance. Certains sont déjà connus. Ils peuvent être renouvelés. Les opérations de "traçage" sur le réseau sont les plus spectaculaires. Il s'agit pour l'employeur de vérifier la destination de toutes les connexions Internet opérées par le salarié. Il est alors possible de déterminer avec précision l'ensemble des documents consultés sur Internet. Nul besoin d'être un génie de l'informatique pour obtenir de telles informations : les différents logiciels de navigation comportent une rubrique "historique" grâce à laquelle il est simple de vérifier le parcours du salarié sur le web. Certains pensent parfois à effacer cette rubrique croyant laisser l'employeur sans contrôle. C'est en réalité sans compter sur les spécificités des logiciels de navigation qui permettent moyennant une manipulation très simple de vérifier le contenu de la mémoire cachée et du même coup de déterminer les sites visités.

Indépendamment des difficultés intrinsèques à la navigation sur Internet, la connexion d'ordinateurs en réseau pose également problème, mais ce n'est pas le seul en ce domaine, de l'interception des "E-mails" des salariés. La tentation de contrôler le contenu est forte.

Elle repose parfois sur le souci de veiller à ce que les secrets ou informations confidentielles ne soient pas transmis par ce biais. Il peut aussi s'agir de vérifier que

le salarié ne se livre pas des activités s'écartant trop de ses fonctions. Parfois la démarche est moins légitime et repose tout simplement sur la curiosité ou des motifs encore moins avouables. Ainsi par exemple dans cette affaire où le supérieur cherchait à s'introduire dans l'ordinateur de sa subordonnée pour y commettre volontairement des erreurs afin de les utiliser ensuite pour justifier le licenciement de celle-ci. La salariée, lorsqu'elle s'en est aperçu, a installé des codes d'accès qu'elle était seule à connaître et le juge a refusé d'y voir une cause réelle et sérieuse de licenciement (43).

Ce type de contrôle pourra s'avérer très délicat car il a déjà été jugé que l'entreprise n'est pas une zone où les salariés ne peuvent avoir que des conversations professionnelles ou renoncent à leurs droits sur leur image, en conséquence l'employeur ne peut nullement espionner ses salariés au prétexte de l'exercice de son pouvoir disciplinaire (44). L'interception de courriers électroniques n'expose-t-elle pas son auteur aux sanctions pénales prévues en cas de violation de correspondance (45) ? Le code pénal évoque la captation de "paroles" ; or, en l'état actuel de la technique, les messageries électroniques ne sont pas encore vocales. Cela irait dans le sens d'une réponse négative, mais rien encore n'est certain avant que les tribunaux n'aient tranché. On peut penser que l'interception de messages électroniques, lorsqu'elle est faite de mauvaise foi, tombent sous le coup des textes protégeant le secret de la correspondance (46). L'employeur peut donc sanctionner l'usage privé ou fautif de la messagerie mais ne peut pas prendre connaissance de son contenu.

On peut ici raisonner en se rapprochant de ce qui existe déjà en matière de téléphone et d'ouverture de la correspondance privée des salariés reçue sur les lieux de travail. Les clauses de règlement intérieur qui en autorise l'ouverture sont généralement annulées. Il est vraisemblable qu'il en sera de même pour les "E-mails" des salariés, même si en la matière il est techniquement plus délicat de faire la différence entre les "E-mails" de nature professionnelle pour lesquels on ne voit pas d'objections sérieuses au droit de l'employeur et même des collègues concernés d'en prendre connaissance. C'est leur nature même que d'être largement diffusés et de circuler et ceux de nature privée pour lesquels des restrictions à leur connaissance par autrui sont, sur le plan du droit, envisageables. En ce domaine, il est raisonnable de penser que l'interprétation des textes par les tribunaux cherchera à faire prévaloir leur finalité : la protection des droits fondamentaux des individus fussent-ils salariés (47) sur la lettre

(40) Art. L. 212-1 et s. CT.

(41) Art. L. 212-1-1 CT.

(42) O. de Tissot : "La protection de la vie privée du salarié", Dr. Soc. 1995.222 ; J. Savatier : "La protection de la vie privée des salariés", Dr. Soc. 1992.321 ; Marc Richevaux : "La vie privée du salarié" DO sept. 1976 p. 333.

(43) CA Douai Ch. Soc. 18 déc. 1997, Théry c/ SARL Infotab

(44) Cass. Soc. 20 nov. 1991 Dr. Soc. 1992.28

(45) Art. 226-1 NCP

(46) Cass. Crim., 16 janv. 1992, Gaz. Pal. 1992 II, somm. 2

(47) Gérard Lyon Caen : "Les libertés publiques et l'emploi" ; la Doc. FRS 1992.137 ; J. Rivero : "Les libertés publiques dans l'entreprise" ; Dr. Soc. 1982.421 A. Mole : "Informatique et libertés du travail, le nouveau enjeu" ; Dr. Soc. 1996.59 ; Frayssinet : "Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise", Dr. Soc. 1992.596.

des textes même si cela paraît s'éloigner quelque peu du principe d'interprétation stricte de la loi (48) pénale mais interprétation stricte ne veut pas dire interprétation littérale (49).

Le "pistage" du salarié se heurte à des limitations. La première est technique et tient à la difficulté pour l'employeur de se constituer un mode de preuve recevable, la seconde relève du respect des droits de la

personne, les deux peuvent se résoudre dans l'information et la consultation du Comité d'Entreprise transformé en lieu permettant la prise en compte des intérêts des salariés dans les décisions de l'employeur relatives à... l'organisation du travail (50).

L'absence d'information et de consultation est loin d'être sans conséquences pour l'employeur.

## II.

### Les conséquences de l'absence d'information et consultation préalables du Comité d'Entr prise

Si l'entrée d'Internet dans l'entreprise et des éventuels systèmes de surveillance des salariés qui l'accompagnent ne sont pas précédés de la consultation du Comité d'Entreprise, l'employeur s'expose à des sanction Pénales (délict d'entrave ) et civiles qui seront loin d'être sans conséquences sur le fonctionnement de son entreprise. La mise en œuvre des procédés techniques permettant la surveillance des salariés doit être précédée d'une information et d'une consultation préalable du Comité d'Entreprise. Si celles-ci n'ont pas eu lieu, il s'exposera à des sanctions pénales et se heurtera à bien des difficultés pour se prévaloir efficacement en justice des preuves des dérives éventuelles qu'il aura obtenues.

#### A. SANCTIONS PÉNALES : LE DÉLIT D'ENTRAVE

Il est admis que constitue une entrave tout fait d'action ou d'omission ayant pour objet ou même seulement pour effet de porter une atteinte quelconque, si légère soit-elle, au fonctionnement normal du Comité d'Entreprise au plein exercice de ses attributions aux prérogatives de ses membres (51). Ce délit peut-être commis par omission ce qui est le cas lorsque l'employeur néglige de procéder à de l'une des nombreuses consultations obligatoires prévues par les textes (52).

C'est aussi le cas lorsqu'il ne fournit pas des informations suffisamment précises (53). Il a déjà été jugé que la décision du chef d'entreprise doit être précédée d'une consultation du Comité d'Entreprise et que les représentants du personnel doivent être clairement et suffisamment informés de sorte qu'ils puissent donner un avis en toute connaissance de cause après qu'une véritable concertation se soit instaurée (54). On peut donc raisonnablement estimer qu'en ce qui concerne l'en-

trée d'Internet à l'entreprise les juges pourraient considérer comme insuffisantes une information non accompagnée de données précises concernant la surveillance des salariés dans leur utilisation de cet outil et aussi d'une information précise sur l'éventuelle surveillance des salariés au moyen d'Internet.

Le texte du Code du Travail (55) prévoit aussi que le Comité d'Entreprise a pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à l'organisation du travail... Il paraît difficile d'admettre qu'une information relative à Internet dans l'entreprise non accompagnée d'une information précise sur les mécanisme de surveillance mis en place puisse être considérée comme suffisamment précise pour permettre à l'employeur d'échapper au délict d'entrave, d'autant plus qu'il y aurait là une contradiction avec l'esprit de la loi (56) ayant institué ces mesures. Elle fait suite à un rapport destiné à permettre la mise en place de moyens permettant la protection de la citoyenneté de l'entreprise (57). Si Internet est une technique nouvelle, elle ne paraît pas légitimer la remise en cause de la finalité de la législation existante en la matière.

#### B. SANCTIONS CIVILES

L'absence de consultation préalable en dehors des sanctions pénales entraîne aussi la difficulté pour l'employeur de se constituer un mode de preuve recevable.

Utiliser des logiciels de jeux sur un ordinateur de l'entreprise, introduire des fichiers sans rapport avec l'activité ou passer du temps à consulter des sites Internet ne présentant aucun lien avec sa fonction peuvent constituer des attitudes répréhensibles. Sauf considération

(48) Art. 111-4 NCP.

(49) Merle et Vitu : " Droit criminel ", éd. Cujas.

(50) Art. L. 431-4 CT.

(51) Art. L. 483-1 CT.

(52) Maurice Cohen : "Le droit des Comité d'Entreprise et des comités de groupe", LGDJ, 5<sup>e</sup> édition p. 506 951 et s.

(53) Cass. Crim. 26 mars 1991, RJS n° 600 ; Cass. Crim. 23 avril 1992, RJS n° 1117 ; Bull. Crim. n°180 RPDS 1993.77.

(54) Cass. Crim. 4 nov. 1982 ; Bull. Crim. n° 241.

(55) Art. L. 431-4 CT.

(56) Loi du 28 oct. 1982 dite loi Auroux relative à la citoyenneté dans l'entreprise, Documentation Française 1981.

(57) Gérard Lyon-Caen : "Les libertés à l'entreprise", La documentation française, 1981.

d'espèce, les obligations découlant du contrat de travail dictent au salarié de se consacrer pleinement à sa tâche. Surveillance du salarié sur le lieu et pendant le temps de travail sont des prérogatives reconnues à l'employeur : liées à la nature du contrat travail qui est le contrat du travail subordonné (58).

Il tient ces prérogatives de son pouvoir disciplinaire et de son obligation générale de sécurité (59).

Si la surveillance est possible, il ne faut cependant pas oublier que constitue un mode de preuve illicite tout enregistrement quel qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à l'insu des salariés (60).

#### a) Irrecevabilité de la preuve technologique obtenue à l'insu du salarié

Si l'employeur a le droit de surveiller et de contrôler l'activité de ses salariés durant le temps de travail, il ne peut pas mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été préalablement porté à la connaissance des salariés (61) et du Comité d'Entreprise (62).

L'utilisation par le salarié des moyens de l'entreprise à des fins autres que l'accomplissement normal de sa tâche s'analyse en une faute contractuelle de nature à permettre des sanctions, y compris le licenciement (63), mais la faute doit être prouvée. La tâche est loin d'être aisée, car les agissements de ces salariés qui utilisent Internet à des fins totalement étrangères à leur tâche normale sont délicats à prouver en justice. En effet la technique Internet permet de contrôler facilement l'activité des salariés et elle peut être très discrète, voire trop, pour pouvoir être utilisée devant les tribunaux. Les juges sont très exigeants et forts réticents à l'égard des moyens de contrôles des salariés à leur insu et des preuves que l'on veut en tirer contre eux.

Ainsi, en matière de vidéo-surveillance, les juges ont rejeté un film montrant un salarié en train de dérober du matériel, en s'appuyant sur les facilités de trucage que permet toute image numérique, trucage particulièrement délicat à déceler, qu'offre l'évolution des techniques, et qui sont telles qu'il est exclu que sa date et son contenu puissent être considérée comme probants (64). Les difficultés soulevées par l'ordinateur et Internet ne sont guères différentes et les solutions déjà données en matière d'informatique et de vidéo paraissent transposables à Internet.

Dans une espèce, un employeur avait fait constater par huissier la présence sur l'ordinateur du salarié de fichiers étrangers à l'activité professionnelle, les magistrats refusent de donner quelque effet que ce soit au constat de l'huissier. Ils avancent en effet qu'il est très simple d'implanter des fichiers étrangers aux services et cela à l'insu du salarié (65).

Cela est bien sûr transposable sans difficultés juridiques majeures à Internet.

En d'autres termes, si le constat d'huissier prouve bien l'existence de fichiers litigieux, il ne permet en rien d'identifier la personne qui les a installés. De plus, il faut garder à l'esprit le principe selon lequel en cas de licenciement le doute profite au salarié (66). Il est donc périlleux de vouloir sanctionner le salarié pour utilisation abusive de l'outil informatique ou d'Internet. La loi portant adaptation du droit de la preuve à la technologie de l'information et relative à la signature électronique (67) n'est pas de nature à alléger les conditions de preuve en cette matière. Elle prévoit l'admission en preuve de l'écrit électronique au même titre que l'écrit sur support papier, à condition - très logiquement - que soit dûment identifiée la personne dont il émane. La preuve de l'usage abusif des moyens informatiques et Internet existant dans l'entreprise et mis à disposition du salarié pour un usage professionnel n'en sera pas facilitée outre mesure pour l'employeur.

De plus, le Code du Travail prévoit que "nul ne peut apporter au droit des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir" (68).

A ce jour, à l'exception de l'affaire IBM dans laquelle ils ont rejeté le licenciement pour faute lourde d'un salarié qui avait fait usage des moyens Internet de l'entreprise pour une consultation de sites véritablement sans rapport possible avec son activité professionnelle (69), les juges ne semblent pas avoir encore eu l'occasion de statuer souvent sur de tels litiges (70). La solution doit donc être recherchée dans le cadre d'un raisonnement par analogie avec la jurisprudence relative au contrôle des appels téléphoniques des salariés, qui estime que tout enregistrement d'images ou paroles à l'insu des salariés constitue un mode de preuve illicite, quel qu'en soient les motifs (71). Sur ce point on pourra se référer

(58) Catherine Puigellier : "Droit du travail", Armand Colin.

(59) G. Leray : "Surveillance du salarié les limites", Sem. Soc. Lamy, 1990 n° 754 ; Cass. Crim. 25 mars 1997 Dr. Ouvr. 1998.381, Ch. Dr. Pén. Trav.

(60) Cass. Soc. 20 nov. 1991, Bull. Civ. V n° 519 D 1992.73, Concl. Chauvy ; CSB 1992.13 a RJS 1992 n° 25 rapport Waquet.

(61) Cass. Soc. 22 mai 1995, Bull. Civ. V n° 164 D 1995.IR 150 RJS 1995.501, n° 757 Concl. Chauvy ; dans le même sens TAP au 8 fév. 1996, Dr. Soc. 1996.492, Concl. Rey.

(62) Art. L. 432-2-1 CT

(63) Antoine Mazeaud : "Droit du travail, Montchretien 1998.

(64) CA Aix-en-Provence, 4 janv. 1994, Dr. Soc. 1995.332 ; Cass. Soc. 4 fév. 1998, Bull. V n° 64 D 1998.IR 74 RJS 1998.260 n° 415 ; CA Paris 13 mai 1999, Disneyland Préc.

(65) CA Rouen 14 mai 1996, SARL Médical informatique c/Dedieu

(66) Art. L. 122-14-4 CT.

(67) Loi du 13 mars 2000, JO du 14 ; J. HUET, Dalloz 2000, Ch. 95.

(68) Art. L. 120-2 CT.

(69) Cons. Prud. Nanterre (92) cite dans l'Express 2000.

(70) O. de Tissot : "Internet et le contrat de travail, les incidences de la connexion Internet sur les rapports employeurs salariés", Dr. Soc. 2000.150.

(71) Cass. Soc. 20 nov. 1991, D.1992.73, Concl. Chauvy ; Cass. Soc. 22 mai 1995, D.1995.IR.150 ; JCP 1996.I, obs. Raimbault.

à une décision de condamnation d'un employeur pour l'utilisation

- d'un autocommutateur permettant de relever par des procédés électroniques l'intégralité des communications téléphoniques passées par chaque poste ainsi que la durée et le coût des communications (la condamnation n'est pas fondée sur l'utilisation du procédé mais sur l'absence de déclaration auprès de la commission nationale informatique et liberté) (72)
- ou à la vidéo surveillance (73).

#### **b) Obligation réciproque de loyauté dans les relations du travail**

En ce domaine, la jurisprudence valide les procédés à condition qu'ils apparaissent justifiés par la nature de la tâche à accomplir et proportionnés au but recherché tout en respectant la vie privée du salarié (74).

On peut donc penser que, dès lors qu'un employeur souhaite "pister" son salarié, il ne pourra le faire qu'à condition de prouver le caractère justifié du contrôle. En outre, et pour répondre aux critères de proportionnalité, il devrait mettre en place toute une série d'informations rappelant aux salariés l'interdiction d'utiliser le matériel informatique de l'entreprise à des fins autres que professionnelles. Notes de services, règlement intérieur qui devraient donc passer l'étape de la consultation des élus du personnel (75) et de l'inspecteur du travail (76) qui, dans de telles situations risquent bien de ne pas être une simple formalité et de loin !...

Un contrôle trop prégnant pourrait bien être qualifié de "harcèlement" (77) et à ce titre "sanctionné" (78). Il est interdit de profiter de la vulnérabilité pour lui imposer des conditions de travail contraires à la dignité humaine. En raison de la subordination caractéristique du contrat de travail, le salarié peut être considéré à l'égard de son employeur comme une personne vulnérable.

L'information et la consultation préalables du Comité d'Entreprise sont donc indispensables pour aboutir à la mise en place d'une procédure de surveillance de l'utilisation d'Internet par les salariés, permettant la prise en compte de la nécessaire protection des droits des salariés.

#### **CONCLUSION**

La confiance, si elle n'est pas une condition essentielle des relations de travail, y est cependant largement utile, son absence grippe sérieusement le fonctionnement de l'entreprise (79).

L'existence et l'usage de mécanismes de contrôle trop soupçonneux et contraignant sont de nature à l'altérer sérieusement. Le meilleur moyen de contrôle est l'auto-censure que génère la grande liberté accordée aux salariés dans l'usage des nouvelles technologies, y compris Internet.

**Marc Richevaux.**

(72) Cass. Crim. 23 mai 1991, RJS 3/1992 n° 379.

(73) CA Paris, 12 mai 1999, DO 1999.461.

(74) Briat et C.-M. Pitrat : "Urgent, concepts à clarifier: protection de la vie privée et données personnelles", Dr. de l'inf. et Telecom n° 98-3.

(75) Art. L. 122-36 CT.

(76) Art. L. 122-37 CT.

(77) Dr. Ouvr. mai 2000, spéc. Harcèlement à l'entreprise.

(78) Art. 225-14 Code Pén.

(79) D. Corrignan-Carsin : "Loyauté et droit du travail", in Mélanges, Blaise Economisa 1995.126 ; Darmais : "Le contrat moral, contribution à l'étude de la règle morale dans les obligations civiles", Th. Paris II.1998 ; Zajac : "L'obligation de loyauté du salarié", Th. Amiens.