

## LE SALARIÉ, ENTRE RUPTURE CHOISIE ET RUPTURE SUBIE ?

Interrogations sur des ruptures du contrat de travail

# Vie personnelle/vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? (petit exercice de jardinage juridique)

par *Patrice ADAM*, Maître de conférences en droit privé,  
Université de Lorraine

I. Vie professionnelle/vie  
personnelle :  
un jardin à la française

**La *summa divisio* vie professionnelle/vie personnelle est-elle en train de se dissoudre ? La question a été récemment posée et une réponse positive suggérée (1). Mais ce faisant, à quoi fait-on exactement référence ? Qu'entend-on précisément signifier ?**

II. Vie professionnelle/vie  
personnelle :  
plantes vénéneuses

**L'interrogation et la suggestion qu'elle emporte peuvent en effet se situer sur, au moins, trois plans différents, ressortir de trois champs distincts.**

A. Vie professionnelle/vie  
personnelle et l'obligation  
de loyauté

B. Vie professionnelle/vie  
personnelle et l'idée  
de rattachement

**Elles peuvent d'abord faire (donner) écho à un constat de type *sociologique* assez banal aujourd'hui : la frontière entre vie au travail et vie hors travail se brouille de plus en plus. Le salarié, pétri de valeurs (hyper ?) individualistes entend plus souvent aujourd'hui qu'hier voir son individualité et ses diverses manifestations (religieuses, vestimentaires, physiques, intellectuelles...) reconnues dans l'entreprise. À l'inverse, l'essor des technologies mobiles (ordinateur, téléphone, GPS), le développement d'une société de service où l'activité de travail (2), détachée des contraintes spacio-temporelles de la machine-outil, se nomadise, la mise en œuvre de politiques et de pratique de management mobilisant le salarié corps et âme (dont l'insertion de critères comportementaux dans les systèmes d'évaluation constitue le dernier avatar) ont conduit à un empiètement de plus en plus massif du « professionnel » sur le « personnel ». Plus largement d'ailleurs, cet effacement suggéré de la frontière entre vie personnelle et vie professionnelle pourrait participer de cette culture (tyrannie ?) de la transparence (« ce qui menace l'intime dans nos sociétés, ce n'est pas tant la promiscuité que la transparence » (3)), qui, en exposant aux yeux de tous, les corps, les êtres (du berceau à la tombe), réduit l'intime à n'être que néant. Je suis parce que je m'expose, je ne suis plus que ce que j'expose.**

III. Travaux de coupe

A. Du professionnel  
dans le personnel :  
travail au cordeau ?

B. Du personnel dans  
le professionnel :  
entre hiver et printemps

**Elles ne sont pas non plus sans résonance dans le champ psychologique. Elles pourraient ainsi avoir quelques liens avec la montée en puissance de ce que l'on nomme aujourd'hui les risques psychosociaux ou la souffrance au travail.**

(1) J.-E. Ray, « Refonder le droit du travail ? A propos de six questions qui fâchent », *Dr. social* 2013, p. 196.

(2) Souvent qualifié « d'intellectuel ». Mais c'est alors sous-entendre maladroitement que le travail manuel ne mobilise pas l'intelligence de celui qui s'y livre. Ce qui est faux !

(3) J. Baudrillard, *Revue Autrement*, n°81, juin 1986, p. 12.

En ce domaine, elles pourraient être le reflet d'une véritable prise de conscience ou à tout le moins d'un dévoilement. Pour nombre d'employeurs (et de leurs conseils juridiques), la souffrance des travailleurs trouve sinon nécessairement, du moins fort fréquemment, raison dans leur vie personnelle, dans ses difficultés ou ses vicissitudes. La vie personnelle n'est pas « un long fleuve tranquille » et quand il déborde, c'est la vie professionnelle qui prend l'eau. Que ce mal-être puisse avoir comme ressort le travail et son organisation, son environnement, les relations qui s'y nouent, les contraintes qui s'y déploient, leur paraît souvent chose incongrue. Or, « du point de vue psychique comme du point de vue social, la séparation entre travail et hors travail relève d'une conceptualisation erronée » (4). La construction de l'identité intrique toutes les dimensions de vie de la personne ; indissolublement !

Mais la question et la suggestion qui l'accompagne prennent place, en réalité, dans le monde du droit. C'est de ce point de vue juridique que parle le questionneur. Mais, même cantonnée à cette seule dimension, le

sens qu'il convient de leur attribuer n'arrive pas immédiatement à la conscience. Elles peuvent en effet y avoir un double horizon. Prescriptif d'abord. Elles mettraient alors en discussion doctrinale la pertinence de la distinction, son aptitude à atteindre les finalités qui lui sont assignées par l'ordre juridique ou la « légitimité » même de ces dernières. Descriptif ensuite. La question entendrait, de ce point de vue, exprimer un certain état du droit positif : la distinction ne serait plus (ou de moins en moins) un outil normatif, un couple de notions dichotomiques, dont usent essentiellement les juges du travail pour trancher les litiges qui leur sont soumis. La première approche relève d'un jugement « d'inutilité » d'un mécanisme ; le second, fait le constat de son absence d'utilisation, de son dépérissement dans le discours judiciaire.

C'est cette dernière dimension, descriptive, que l'on se propose ici d'explorer. Les évolutions actuelles du droit positif accréditent-elles la thèse d'une dissolution « en train de se faire » de la distinction vie professionnelle/vie personnelle ? Le couple aurait-il fait son temps ?

## I. Vie professionnelle/vie personnelle : un jardin à la française

Longtemps la distinction vie professionnelle/vie professionnelle fut une terre en friche. Michel Despax tenta, dans un article resté célèbre (4 bis), publié en un temps où une compagnie aérienne prétendait interdire à ses hôtesses de l'air de se marier, de mettre en culture ce champ laissé à l'abandon. Les sillons alors creusés ne laissèrent guère de traces dans la jurisprudence de l'époque. En effet, si l'éminent Professeur pose le principe d'une séparation entre la vie professionnelle et ce qu'il nomme alors la « vie extra-professionnelle », quelques emblématiques décisions (*Dame Roy* (5) et *Dame Fischer* (6)) contribueront à le recouvrir, jusqu'à le rendre indiscernable, d'herbes hautes (folles).

Il faudra attendre le début des années 1990 pour

que cette séparation acquière, en droit positif, quelque consistance et que la jurisprudence – relative à un sacristain homosexuel (7) ou à une secrétaire ayant été infidèle à la marque automobile distribuée par le concessionnaire qui l'employait (8) –, sécateur normatif en main, dégage un chemin à travers les encombrants et vivaces végétaux : « il ne peut être procédé à un licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié que si le comportement de celui-ci, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière ». Solution toute d'équilibre – confortée par l'évolution, amorcée par l'arrêt *Fertray* (9), de la jurisprudence relative à la perte

(4) Ch. Dejours, F. Bégue, *Suicide au travail : que faire ?*, PUF, 2009, p. 30.

(4 bis) M. Despax, « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », JCP 1963 éd. G, I, 1776.

(5) Cass. Ass. plén. 19 mai 1978, n°76-41211 ; Bull. civ., V, n°1.

(6) Cass. soc. 20 nov. 1986, n°84-43243 ; Bull. civ., V, n°555 ; JCP 1987, G, II, 20798, note Th. Revet.

(7) Cass. soc. 17 avril 1991, n°90-42636, Bull. civ. V n°201 ; Dr. Ouv. 1991 p.201 note P. Bouaziz ; Dr. soc. 1991, p. 485, article de J. Savatier ; JCP1991, G, II, 21724, note A. Sériaux.

(8) Cass. soc. 22 janv. 1992, n°90-42517 ; Bull. civ., V, n°30.

(9) Cass. soc. 29 nov. 1990, n°87-40184, Bull. civ. V n°597 ; D. 1991, jurisp., p. 190, note J. Savatier ; Dr. Ouv. 1991 p.66 ; F. Gaudu, « Le licenciement pour perte de confiance », Dr. soc. 1992, p. 32.

de confiance (10) – qui tout en garantissant le respect de la vie privée du salarié permet de tenir compte des conséquences préjudiciables, néfastes, que ses agissements « hors travail » sont susceptibles d'avoir sur le bon fonctionnement de l'entreprise.

À la notion de vie extra-professionnelle les juges préfèrent alors celle de vie privée (11). De ce recours à l'article 9 du code civil, grand reproche leur sera fait par la doctrine de l'époque (12). Aussi, rapidement, la notion de vie privée – sans disparaître totalement du langage des juges du travail – ne tardera pas (13) à faire place à celle, plus large, plus englobante, mise en circulation sur le marché des idées par le Doyen Waquet, de « *vie personnelle* » (14).

Innovation notionnelle qui fut contemporaine d'une cruciale précision, s'inscrivant à rebours de décisions antérieures (15) : « *le fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne peut constituer une faute* » (16)... même s'il caractérise un trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise.

À la fin des années 1990, la distinction vie professionnelle/vie personnelle ressemble donc à un beau jardin (juridique) à la française. À droite, y poussent les graines des obligations professionnelles semées par le contrat de travail ; à gauche, se développent, sur des tuteurs impeccablement droits, les plantations personnelles que le salarié cultive, à l'abri des regards inquisiteurs de son employeur. Entre les deux, un sentier de séparation que paraît

étroitement border le droit des contrats. Le salarié n'a de compte à rendre à son employeur que dans la limite des obligations dont il se rend débiteur en concluant le contrat de travail. Au-delà du paiement de ses dettes – la notion de vie personnelle mettant en formule cet au-delà –, le salarié, retrouve sa liberté d'action (17). Et pour tous les actes qui en relèvent, le salarié bénéficie d'une véritable « *immunité disciplinaire* » (18). Cette approche contractuelle trouve le renfort, le soutien, des libertés fondamentales. La vie personnelle n'est pas seulement le reflet du hors-contrat, elle est d'abord instrument de limitation, de cantonnement, du pouvoir patronal et ce faisant outil de protection des libertés individuelles du travailleur (19). L'engrais qui nourrit le terreau de la vie personnelle emprunte ainsi à la fois sa chimie à l'article 1134 du code civil et à l'article L. 1121-1 du code du travail.

Mais parce que « *il y aurait quelque artifice et quelque danger à vouloir établir une cloison trop étanche entre la vie extraprofessionnelle et la vie professionnelle du salarié* » (20), cette immunité ne va pas jusqu'à paralyser le pouvoir de licencier (pour raison non disciplinaire) de l'employeur. Ce dernier peut légitimement l'exercer dès lors que le comportement du salarié adopté dans le cadre de sa vie personnelle a causé à un trouble réel et important au fonctionnement de l'entreprise (21).

Mais ce bel ordonnancement va rapidement se brouiller, se déstructurer. Les tuteurs vont se déformer.

(10) Comme il avait été justement remarqué, la jurisprudence recevant la perte de confiance comme motif légitime de licenciement était la cause d'un « *affaiblissement notable de la séparation entre l'activité professionnelle et la sphère extra-professionnelle* » : C. Saint-Didier, *Droit du travail et droit des obligations - Etude d'une opposition*, thèse Aix-Marseille III, 1996, p. 114.

(11) A. Lepage, « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », *Dr. Social* 2006, p. 364.

(12) J. Savatier, « La protection de la vie privée des salariés », *Dr. soc.* 1992, p. 329 ; L. Leveneur, « Vie privée et familiale et vie professionnelle », in *La personne en droit du travail*, Panthéon-Assas, Paris, 1999, pp. 32 et s.

(13) Cass. soc. 16 déc. 1997, n°95-41326 ; *Bull. civ.*, V, n°441 ; *JCP* 1998, G, II, 10101, note M.-C. Escande-Varniol ; *Dr. Ouv.* 1998 p.223 n. F. Saramito ; *Soc.*, 14 mai 1997, n°94-45473, *Bull. civ.*, V, n°126.

(14) Ph. Waquet, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié ». CSBP 1994, n°64, p. 289 ; du même auteur, « La vie personnelle du salarié », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle*, Mélanges J.M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 513.

(15) Cass. soc. 20 nov. 1991, n°89-44605, *Bull. civ.*, V, n°512 (retient la faute grave d'un salarié à raison d'un fait tiré de sa vie privée). Dans le même sens, Cass. soc. 21 janv. 1992, *RJS* 3/1992, n°262.

(16) M.-C. Escande-Varniol, « Les éléments constitutifs d'une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif extraprofessionnel », *RJS* 7/1993, p. 406.

(17) J.Y. Frouin, « Lien de subordination et vie personnelle du salarié », *Liaisons sociales - Magazine* 3/1999, n°137, p. 52.

(18) F. Favennec-Héry, « Temps et lieux de vie personnelle, temps et lieux de vie professionnelle », *Dr. Social* 2010, p. 26 ; Ch. Mathieu-Geniaut, « L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question », *Dr. Social* 2006, p. 848 ; D. Corrigan-Carsin, note sous *Soc.* 23 juin 2009, *JCP E*, 1<sup>er</sup> oct. 2009, 1934.

(19) Ph. Waquet, *L'entreprise et les libertés du salarié. Du salarié citoyen au citoyen salarié*, Editions Liaisons 2003, p. 112 : « *Cette vie personnelle, qui s'est révélée peu à peu, constitue une aire de liberté. Elle peut en définitive, se confondre avec la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, parce qu'elle permet au salarié de ne pas être un ilote et d'exister indépendamment de l'entreprise pour laquelle il travaille* ».

(20) M. Despax, « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP* 1963 éd. G, I, 1776.

(21) Ce qui exclut le simple soupçon : *Soc.* 21 sept. 2006, *Bull. civ.*, V, n°285 ; pour un exemple récent de trouble caractérisé : *Soc.* 11 avril 2012, n°10-25764 (le comportement personnel du salarié qui, occupant les fonctions de directeur de deux foyers de travailleurs migrants, chargé de l'encaissement des redevances locatives pour l'association, a cessé depuis près de 14 mois de régler ses propres loyers malgré des rappels et des procédures contentieuses, constitue un trouble objectif à l'entreprise).

## II. Vie professionnelle/vie personnelle : plantes vénéneuses

Architecte paysagiste, la Chambre sociale de la Cour de cassation, va d'abord mettre en évidence que le salarié *au travail*, pris dans les liens de la subordination n'en conserve pas moins une vie personnelle, inaccessible en principe au regard patronal (22), même lorsque ce dernier se dissimule derrière les jumelles d'un détective privé : la « *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* » (23).

La vie personnelle va ainsi se loger au temps de l'exécution du contrat de travail, elle va pousser au cœur même du jardin de l'entreprise. L'arrêt *Nikon* du 2 octobre 2001 sera le médiatique étendard de cette intrusion du personnel dans le professionnel : « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail, et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur* » (23 bis). Le même jour, l'arrêt *Abram*, limitera l'extension du professionnel sur le personnel et sur ce qui en constitue souvent le lieu d'épanouissement – le domicile – en jugeant que « *le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail* » (24).

Mais ces « victoires » de la vie personnelle ne sauraient occulter que, dans le même temps, elle allait connaître d'âpres et sombres défaites. En effet, la jurisprudence va semer, à cette époque, les graines de plantes invasives, vénéneuses et rampantes, – l'obligation de loyauté (A.) et l'idée de rattachement (B.) – qui allaient

progressivement étouffer sous le « professionnel » l'espace réservé au développement de la vie privée du salarié ; graines de discorde.

### A. Vie professionnelle/vie personnelle et l'obligation de loyauté

La première de ces semences prit l'enveloppe juridique d'une obligation de loyauté à large spectre. La Cour de cassation consacra d'abord, en quelques espèces, une obligation particulière de loyauté et de probité permettant à l'employeur de porter loin son regard sur les agissements privés de son salarié. Mais bien plus remarquable encore, sous l'impulsion du Président Sargos, elle considéra que « *si un fait tiré de la vie personnelle du salarié ne peut constituer une faute, il en est autrement si le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a causé un trouble objectif caractérisé au sein de cette dernière* » (25). Là où antérieurement le trouble objectif et la faute avaient chacun leur espace notionnel, désormais le premier est simple figure de la seconde. Pour le Président Sargos, « *c'est en réalité l'obligation de loyauté pesant sur le salarié, même en dehors de la relation de travail stricto sensu, qui lui fait un devoir de ne pas causer de trouble caractérisé au sein de l'entreprise* » (26). Singulier élargissement de la loyauté dont le salarié est débiteur !

### B. Vie professionnelle/vie personnelle et l'idée de rattachement

L'idée de « rattachement » constitua le tégument de la seconde. La Chambre sociale de la Cour de cassation cisela en effet la notion « *d'acte de la vie personnelle se rattachant à la vie professionnelle* ». La formule ne doit pas tromper : elle ne signifie pas que s'intercale – et s'autonomise – entre la vie personnelle et la vie professionnelle une troisième catégorie d'actes. La notion de rattachement ne transforme pas le découpage binaire de la vie du travailleur en triptyque.

(22) Mais sans lui interdire de déployer ses « grandes oreilles ». La question des écoutes téléphoniques semblent aborder par les juges sous le seul angle de la loyauté du moyen de preuve utilisé : Soc. 14 mars 2000, n°98-42090, Bull. civ. V n°101 (« *seul l'emploi de procédé clandestin de surveillance est illicite (...)* ; les salariés avaient été dûment avertis de ce que leurs conversations téléphoniques seraient écoutées, a pu décider que les écoutes réalisées constituaient un mode de preuve valable ») ; Soc. 16 mars 2011, n°09-43204 : « *l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée à l'insu de l'auteur des propos invoqués est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue* ».

(23) Soc. 23 nov. 2005, n°03-41401, Bull. civ. V n°333 ; Soc. 26 nov. 2002, n°00-42401, Bull. civ. V n°352, Dr. Ouv. 2003 p.249 n. F. Saramito ; déjà, Soc. 22 mai 1995, n°93-44078, Bull. civ. V n°164.

(23 bis) Soc., 2 oct. 2001, n°99-42942, Bull. civ. V n°291 ; Dr. Ouv. 2002 p.76 n. A. de Senga.

(24) Soc. 2 oct. 2001, n°99-42727, Dr. Ouv. 2002 p.22.

(25) Soc. 16 mars 2004, n°01-45062 ; Soc. 3 déc. 2002, n°00-44321, Bull. civ. V n°361.

(26) P. Sargos, Bulletin d'information n°606 du 15 oct. 2004.

Le recours à cette dernière notion permet seulement aux juges de faire basculer dans le champ disciplinaire nombre d'agissements qui, eu égard au temps de leur accomplissement – qui n'était point celui de la subordination –, relevaient *a priori* de la sphère personnelle. L'acte rattachable à la vie professionnelle n'est rien d'autres, du point de vue des conséquences juridiques (disciplinaires) qui en sont tirées, qu'un acte de la vie professionnelle ! Pour le dire vite, en se rattachant à la vie professionnelle, l'acte en cause se détache de la vie personnelle.

D'abord limitée à des contingences matérielles, objectives – tirées du lieu d'accomplissement des actes reprochés (27), des moyens employés pour les commettre (28), ou de leurs protagonistes (29) – permettant d'en définir et d'en circonscrire la portée, la notion de rattachement va rapidement prendre un tour plus évanescent, plus « *artificiel* » (30). La Cour de cassation va ainsi rattacher à la sphère professionnelle des actes accomplis en dehors du temps et du lieu de travail et cela à la seule aune des fonctions exercées par le salarié. Dans un emblématique arrêt du 2 décembre 2003 (31), dont la solution sera reprise dans une décision du 19 mars 2008 (32), la Haute juridiction pose la règle selon laquelle « *le fait pour un salarié affecté en exécution de son contrat de travail à la conduite d'un véhicule de se voir retirer son permis*

*de conduire pour des faits de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, même commis en dehors de son temps de travail se rattache à sa vie professionnelle* ». Et d'en tirer la conséquence logique : l'employeur est en droit de se placer sur le terrain disciplinaire.

Voilà qui ouvrirait potentiellement un vaste et dangereux (33) champ d'empiètement du professionnel sur le personnel. C'est que souvent un lien, même ténu, pourra être trouvé entre tel ou tel comportement adopté dans la vie privée du salarié et les missions professionnelles qui lui sont confiées.

Par ailleurs, la solution promue par la Chambre sociale dans sa jurisprudence relative à la suspension du permis de conduire semblait bel et bien réintroduire, de façon subreptice l'idée que la perte de confiance pouvait justifier la rupture du contrat de travail, et pis encore, la rupture pour motif disciplinaire du contrat de travail. Officiellement exclue du cercle des motifs pouvant légitimer un licenciement, la perte de confiance paraissait ainsi, de façon incohérente, s'y réintroduire sous un masque (33 bis).

Notion de rattachement, perte de confiance, obligation de loyauté... autant de plantes vénéneuses, toxiques, menaçant d'étouffement la vie personnelle du salarié.

### III. Travaux de coupe

De cette menace, la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation tente, depuis quelques années, de couper les racines. Elle s'échine ainsi à garantir, mieux, la vie personnelle contre l'empiètement de la vie professionnelle. Quelques décisions laissent poindre cependant que ce travail de coupe ne se fait pas toujours au cordeau (A.).

Parallèlement, la Haute juridiction semble toujours

vouloir cultiver le champ du personnel au travail, sans pour autant justifier tous les excès, tous les abus (34) ! Sa jurisprudence semble ici osciller entre hiver et printemps (B.).

#### A. Du professionnel dans le personnel : travail au cordeau ?

« *Un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut justifier un licenciement disciplinaire que*

(27) Soc. 28 mars 2000, Bull. civ. V, n°127 ; Soc. 12 janv. 1999, RJS 1999, n°150.

(28) Soc. 24 juin 1998, n°96-40150, Bull. civ. V n°338 (la cour d'appel a pu décider que les faits reprochés au salarié ne relevaient pas de sa vie personnelle, mais concernaient sa vie professionnelle, puisqu'il a utilisé, pour réaliser une escroquerie, les services de la banque qui l'employait) ; Cass. soc. 2 juin 2004, n°03-45269, Bull. civ. V n°152.

(29) Soc. 10 déc. 2008, n°07-41820, Bull. civ. V n°245.

(30) J.-Y. Frouin, art. précité ; note anonyme, sous Soc. 2 déc. 2003, RJS 2004, n°181.

(31) Soc. 2 déc. 2003, n°01-43227, Bull. civ. V n°304 ; la Cour de cassation avait, quelques années avant, retenu une position contraire : Soc. 26 sept. 2001, n°99-43636.

(32) Soc. 1<sup>er</sup> mars 2008, n°06-45212 ; voir aussi, Soc. 19 sept. 2007, n°06-40150.

(33) B. Bossu, note sous Soc. 25 janv. 2006, JCP G, 29 mars 2006, II, 10049. L'auteur juge la solution retenue dans l'arrêt du 2 décembre 2003 « *parfaitement discutable car elle conduit à vider de son sens le concept de vie personnelle. Le lien avec la vie professionnelle est purement artificiel et la solution peut conduire à des dérives dangereuses* ».

(33 bis) A. Chirez « *La mésestente reste-t-elle une cause de licenciement ?* », Dr Ouv. 2005 p 45.

(34) Soc. 26 févr. 2013, n°11-27372 : un salarié qui se connecte plus de 10 000 fois en un mois sur des sites internet extraprofessionnels pendant ses heures de travail commet une faute grave ; déjà, soc. 18 mars 2009 n°07-44.247 ; comp. Soc. 8 décembre 2009 n°08-42097.

s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail » (35) ou à une « obligation professionnelle » (36). La formule jurisprudentielle est devenue classique. Elle est, à notre sens, bien malheureuse. La préposition « sauf » qui s'y loge introduit une exception au principe : un fait de la vie personnelle peut justifier une sanction s'il constitue la violation d'une obligation professionnelle. Mais justement, s'il marque la violation d'une obligation professionnelle, le fait en cause ne s'évade-t-il pas de la catégorie « vie personnelle » (37) pour venir s'ancrer dans le champ de la vie professionnelle ? Ne serait-il pas plus pertinent, plus judicieux, de considérer qu'un acte accompli par le salarié *en dehors de son temps de travail et de son lieu de travail* n'en relève pas moins de sa vie professionnelle dès lors qu'il constitue la violation d'une obligation découlant de son contrat de travail ? Comme il existe une vie personnelle *au* travail, il conviendrait de dire clairement qu'il existe une vie professionnelle *hors* travail !

Quoi qu'il en soit, la notion « d'obligation découlant du contrat » paraît constituer ainsi désormais l'unique viaduc par lequel le pouvoir disciplinaire peut s'immiscer dans la vie *hors* travail du salarié. L'immixtion de ce pouvoir sera d'autant plus grande que les obligations découlant du contrat seront largement conçues (1.).

Mais ne faut-il pas ici tout de même réserver le cas où les agissements du salarié, situés en dehors du temps et du lieu de travail, pourraient être rattachés à sa vie professionnelle (2.) ? N'est-ce pas là seconde voie d'immixtion du professionnel dans la vie *hors* travail ? On ne le pense pas. En réalité, ces deux voies n'en font qu'une. Si la violation d'une obligation professionnelle implique que l'acte qui la consomme participe de la vie professionnelle du salarié, il faut également reconnaître que le rattachement d'un acte à la vie professionnelle (pré) suppose nécessairement la violation d'une obligation professionnelle ! Certains auteurs (38), il est vrai, le contestent. Il ne suffit pas, selon eux, – sauf exception, liée à la gravité des actes commis (39) – pour que l'employeur puisse légitimement user de son pouvoir disciplinaire, que les agissements du salarié

se rattachent à la vie professionnelle, ils doivent, *en plus*, s'analyser en un manquement aux « obligations découlant de son contrat de travail ».

L'affirmation se fonde sur un évident constat : la vie professionnelle englobe tous les actes qui relèvent de l'exécution, *bonne ou mauvaise*, des obligations qui découlent du contrat de travail. Qualifier un acte de « professionnel » n'implique donc pas, *en soi*, qu'il soit fautif. Que le salarié loue, lors de sa pause quotidienne – ou dans un courriel qui leur est adressé –, auprès de ses collègues, les qualités nombreuses de son employeur ou en dresse un portrait hagiographique, et nulle faute ne saurait lui être reprochée !

Pour autant, il est faux de prétendre que la notion de rattachement, *au sens où l'utilisent les juges du contrat de travail*, ne présuppose pas la violation d'une obligation contractuelle. Ayant pour fonction de faire basculer dans le champ disciplinaire ce qui semblait au départ y être étranger, cette notion apparaît *irréremédiablement* liée à la violation d'une telle obligation. La notion de rattachement ne signifie point que, par exception, une faute disciplinaire pourrait être caractérisée indépendamment de la violation d'une obligation contractuelle, elle incorpore en elle-même cette violation. *Brevitatis causa*, « rattachement la vie professionnelle » et « violation d'une obligation professionnelle » ne sont, au final, qu'une seule et même chose.

## 1. Des obligations découlant du contrat

C'est d'abord au temps et au lieu de travail que le salarié accomplit les obligations qui découlent de son engagement contractuel. Pour autant, si le salarié ne laisse point au vestiaire sa qualité de personne lorsqu'il entre dans l'entreprise, il n'y laisse point non plus sa qualité de salarié lorsqu'il en sort. Il est des obligations professionnelles qui le suivent partout et toujours.

Ce peut être ainsi une obligation de respect et de correction, prévue par le règlement intérieur, pour un salarié en charge de jeunes personnes handicapées (40). Dans le même esprit, la salariée qui s'est rendue complice d'un détournement de courrier

(35) Soc. 27 mars 2012, n°10-19915, Bull. civ. V n°106 ; Soc. 26 janv. 2012, n°11-10189 ; Soc. 3 mai 2011 :RJS 7/11 n°588, Bull. civ. V n°105.

(36) Cette formule ne met pas seulement à l'abri du pouvoir disciplinaire les faits de la vie personnelle, mais aussi ceux qui se rattachent à d'autres sphères (par exemple, celle relative à l'exercice d'un mandat électif ou syndical Soc. 30 juin 2010, n°09-66792, n°09-66793, Bull. civ. V n°152 ; Soc. 27 juin 2012, n°11-10242).

(37) La violation d'une obligation professionnelle (de sécurité par exemple) interdit au salarié de prétendre qu'il agit dans le cadre de sa vie personnelle (en laissant son chien pendant trois heures à l'intérieur de son véhicule stationné sur le parking de l'entreprise) : Soc. 4 oct. 2011, n°10-18862, Bull. civ. V n°220.

(38) D. Corrigan-Carsin, note précitée.

(39) Parce qu'il est particulièrement grave, un acte pourrait ainsi être fautif sans qu'il caractérise la violation d'une obligation professionnelle...

(40) Soc. 28 nov. 2012, n°11-20070.

en violation à la fois des procédures en vigueur à la Poste et du serment de probité qu'elle avait prêté, n'a pas respecté les obligations prévues par son contrat de travail et peut donc être sanctionnée (41). Une telle obligation peut également prendre la forme d'une restriction légitime – justifiée par la nature du travail à accomplir et proportionnée au but recherché – à la possibilité pour le salarié d'user librement de son domicile. La violation par le salarié de l'interdiction légitime faite aux membres du personnel éducatif de recevoir à leur domicile des mineurs placés dans l'établissement constitue ainsi une faute disciplinaire (42).

Mais ce « cheval de Troie contractuel » prendra plus souvent deux formes : l'obligation même pour le salarié d'exécuter la prestation de travail à laquelle il s'est engagé ; l'obligation de loyauté à laquelle il est incontestablement tenu.

### 1.1 De l'obligation d'exécuter sa prestation de travail

A première vue, l'obligation d'exécuter sa prestation de travail n'a guère de lien avec la protection de la vie personnelle du salarié puisque cette dernière n'apparaît justement, pour l'essentiel (cf. *infra*), que dans un « espace-temps » symétrique à la contrainte contractuelle. Pour autant, deux types d'actes (qui, en partie seulement, se recoupent) relevant de la vie personnelle du salarié peuvent impacter négativement l'entreprise : ceux qui troublent son bon fonctionnement (départ de clients, atteinte à sa réputation...) ; ceux qui privent le salarié de sa capacité de travail ou du moins l'empêchent d'exécuter correctement le travail qui lui est confié. Or, le fait que cette incapacité du salarié à payer sa dette contractuelle trouve son origine dans un fait relevant de sa vie personnelle le met-il à l'abri de toute sanction disciplinaire ? On le conçoit mal, en dehors des cas évidemment (maladie, accident) qui font l'objet d'un mécanisme particulier de suspension du contrat de travail. Que le salarié ne puisse s'extirper de son sommeil pour se rendre à son travail, ne devrait guère trouver dans une soirée bien arrosée excuse l'immunisant contre la réaction disciplinaire de l'employeur...

Forte illustration en a été donnée par la jurisprudence en matière de consommation de produits stupéfiants. Après avoir réaffirmé « *qu'un motif tiré de la vie personnelle du salarié peut justifier un licenciement disciplinaire s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail* », la Cour de cassation considère que le salarié, appartenant au « *personnel critique pour la sécurité* », qui avait consommé des drogues dures pendant des escales entre deux vols et qui se trouvait sous l'influence de produits stupéfiants pendant l'exercice de ses fonctions, n'avait pas respecté les obligations prévues par son contrat de travail et avait ainsi fait courir un risque aux passagers. Ce faisant, la cour d'appel a pu en déduire qu'il avait commis une faute grave (43). En revanche, si l'acte de consommation de drogue relève strictement de la vie privée du salarié (44) et n'interfère d'aucune manière que ce soit avec l'exécution de son travail, l'employeur ne peut l'imputer à faute au salarié (45).

La même position devrait logiquement être adoptée lorsque le salarié se présente au travail en état d'ébriété avancée, incapable de fournir la prestation promise, peu important que la prise d'alcool ait eu lieu en dehors du lieu et du temps de travail. Dans ce cas, c'est l'état dans lequel s'est volontairement mis le salarié qui rend impossible l'exécution du travail. Reste que dans ces deux cas, l'approche disciplinaire pourrait céder devant une toute autre analyse juridique, appréhendant (enfin) l'addiction avérée sous l'angle de la maladie (45 bis) et la question de l'éventuelle rupture du contrat de travail sous celui de l'inaptitude. Ce n'est plus l'employeur et son pouvoir disciplinaire qui devraient être mis au centre du jeu, mais les services de santé au travail et le médecin du travail (46).

Faut-il raisonner différemment lorsque l'incapacité de travail du salarié, en charge de la conduite de véhicule, est liée à la suspension de son permis de conduire ? Dans les deux cas, c'est le comportement fautif du salarié, son incurie, qui conduit à l'impossibilité pour lui d'exécuter sa prestation de travail. Privé de son permis de conduire pour un fait tiré de sa vie personnelle, le salarié n'en reste pas moins dans

(41) Soc. 24 oct. 2012, n°11-22462.

(42) Soc. 13 janvier 2009 n°07-43282, Bull. civ. V n°3.

(43) Soc. 27 mars 2012, n°10-19915, Bull. civ. V n°106.

(44) Ce qui n'est pas le cas si le salarié fume du haschich dans l'entreprise (Soc. 1<sup>er</sup> juillet 2008, n°07-40053, Bull. civ. V n°144) ou développe un trafic de stupéfiants sur le lieu de travail (C. app. Montpellier, 7 juin 2006).

(45) C. app. Paris, 11 sept. 2012, n°10/09919 ; C. app. Douai, 28 sept. 2012, n°12/00195 ; C. app. Aix-en-Provence, 26 juillet 2012, JurisData n°2012-019409 (l'employeur ne rapportant pas la preuve que le salarié aurait été sous l'influence de drogues au cours de l'exercice de ses fonctions, le licenciement pour faute grave du salarié est déclaré sans cause réelle et sérieuse).

(45 bis) ce qu'elle est... cf. [www.inserm.fr](http://www.inserm.fr)

(46) Sur ce point, A. Gardin, « Consommation de drogues et d'alcool en milieu de travail. Entre impératifs sécuritaires et considérations sanitaires », RJS 8-9/11, p. 598.

l'impossibilité d'exécuter la prestation à laquelle il est contractuellement tenu. Certes, en matière de consommation de drogue, l'incapacité de travail découle directement de la prise de stupéfiant par le salarié. Ce n'est pas le cas de la privation du permis de conduire, puisqu'entre la faute du salarié qui la justifie et l'impossibilité d'exécuter le travail demandé, s'intercale la décision d'un tiers (l'autorité publique qui a décidé de retenir/suspendre/retirer le permis). Le salarié subit donc une décision, qu'il a provoquée mais pas souhaitée, et c'est cette décision et non pas l'état (d'ébriété) du salarié, qui rend impossible l'exécution du travail. Mais cette circonstance, cet élément d'extranéité, justifie-t-elle une différence d'approche ? On peine à s'en convaincre.

Pourtant, la Cour de cassation va aborder la question de la suspension du permis de conduire non pas sous l'angle de la violation d'une obligation contractuelle mais sous celui d'un trouble objectif, faisant ainsi échapper le salarié sans permis au risque d'un licenciement disciplinaire (cf. *infra*). La taille paraît ici irrégulière...

## 1.2 De l'obligation de loyauté

C'est la « surface » conférée à l'obligation de loyauté qui pèse sur le salarié – mais aussi sur l'employeur (46) – dont dépendra en grande partie l'étendue de la protection de la vie personnelle du salarié. L'accroissement de la première conduira au rétrécissement de la seconde.

Après avoir développé une conception fort large de cette obligation de loyauté, la Chambre sociale de la Cour de cassation semble vouloir en retenir désormais une approche plus restrictive. Trois illustrations.

### a. Trouble objectif et faute disciplinaire

À la confusion, permise par une conception élastique de la notion de bonne foi, entre trouble objectif et faute disciplinaire, la Chambre sociale de la

Cour de cassation a mis un terme. En effet, la Haute juridiction d'affirmer aujourd'hui sans ambages qu'un trouble caractérisé et certain dans le fonctionnement de l'entreprise (47) ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu (48). Le lien, contestable, établi entre obligation de loyauté et trouble objectif se voit ainsi fermement coupé.

Salutaire retour à la position de 1997 (cf. *supra*) !

### b. Loyauté et suspension du contrat pour maladie

Conception plus étroite de la loyauté contractuelle perceptible également dans le champ de la suspension du contrat de travail pour maladie. Dans un arrêt du 12 octobre 2011 (49), la Chambre sociale de la Cour de cassation semble ainsi considérer que l'obligation de loyauté interdit seulement au salarié malade de développer, pendant la suspension de son contrat de travail, une « *activité portant préjudice à son employeur* ». Ce n'est donc pas, en soi, le comportement du salarié qui trahit la violation de l'obligation de loyauté dont il est débiteur, mais ses répercussions néfastes sur l'entreprise. Dans le régime juridique de la maladie, l'obligation de loyauté semble ainsi bien se confondre avec une certaine figure du « trouble caractérisé ». Chassez-le ici, il reviendra par là... Mais, paradoxalement, alors que dans le champ de la vie personnelle, cette confusion conduisait à une approche fort large de la loyauté attendue du salarié (*la loyauté interdit ce qui nuit*), dans le domaine de la maladie, elle y offre le reflet d'une conception bien plus restrictive (*la loyauté n'interdit que ce qui nuit*) (50) !

### c. La liberté d'expression

De l'obligation contractuelle de loyauté qui pèse sur le salarié, l'employeur prétend souvent inférer un devoir de silence (51). Le salarié ne pourrait rien

(46 bis) Dès lors qu'ils sont suffisamment graves et d'ordre professionnel, les manquements de l'employeur à ses obligations contractuelles peuvent justifier la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié, peu important que les faits se soient déroulés en dehors du temps et du lieu de travail : Soc. 23 janv. 2013 n°11-20356, Bull. ; le contentieux de la mise en œuvre par l'employeur de son obligation de reclassement illustre de longue date cette bilatéralisation : récemment, Soc. 5 déc. 2012, n°11-21849, Bull.

(47) Un exemple récent : Soc. 26 sept. 2012, n°11-11247.

(48) Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007, n°05-40803, Bull. n°3, D. 2007, p. 2137, note J. Mouly, Dr. Ouv. 2008 p.25, note S. Ducrocq.

(49) n°10-16649, Bull. civ. V n°231, RDT 2011, p. 698, note S. Maillard-Pinon : « *L'obligation de loyauté du salarié, pendant un arrêt maladie, est finalement réduite à*

*l'essentiel : l'interdiction d'exercer une activité préjudiciable à l'employeur ou à l'entreprise. Concrètement, l'obligation de loyauté pourrait ainsi être cantonnée à l'interdiction pour le salarié de concurrencer son entreprise* ».

(50) Nuisance pouvant être liée à une action (se livrer à une activité concurrentielle par exemple) ou à une abstention : refus de restituer des éléments matériels nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise : Soc., 6 févr. 2001, n°98-46345, Bull. civ. V n°43. Cette restitution ne doit pas nécessiter l'exécution d'un travail (Soc., 25 juin 2003, n°01-43155) ; Soc. 23 nov. 2010, n°09-67249 ; Soc. 11 juillet 2012, n°11-13923 : ne constitue pas un manquement à son obligation de loyauté la simple annonce par un salarié, dont le contrat de travail est suspendu pour maladie, d'un refus de ses conditions futures de travail lors de sa reprise.

(51) Frappant : Cons. prud'hommes, Boulogne-Billancourt, 1<sup>er</sup> juin 2012, n°09-864, Bourreau-Guggenheim, c/ TFI.

dire de l'entreprise ou sur l'entreprise sans encourir l'accusation de trahison et le courroux disciplinaire qui l'accompagne traditionnellement.

Si être loyal, c'est ne rien dire qui embarrasse l'employeur, alors l'immixtion du professionnel dans le personnel risque d'être profonde. Muselé dans sa vie personnelle, le salarié portera comme un lourd fardeau le poids de son costume de salarié. En effet, parler de son travail, c'est parler de soi, et parler de soi c'est nouer des liens sociaux et amicaux. « *J'ai renoncé à l'amitié de deux hommes, l'un parce qu'il ne m'a jamais parlé de lui, l'autre parce qu'il ne m'a jamais parlé de moi* » (Chamfort).

De cette conception de la loyauté, la jurisprudence a fait litigieuse. La règle est fermement affirmée : « *sauf abus (52) résultant de propos injurieux, diffamatoires ou excessifs, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées le salarié jouit dans l'entreprise* » (53).

La loyauté que l'employeur est en droit d'exiger du salarié ne prohibe que l'abus (il faut réserver le cas d'une limitation contractuelle ou unilatérale de la liberté d'expression du salarié, conforme aux exigences de justification et de proportionnalité supportées par l'article L. 1121-1 du code du travail). Elle ne se déploie pas au-delà. La déloyauté, c'est l'abus ; la déloyauté ce n'est que l'abus ! Le salarié n'a donc point trop à craindre (s'il n'abuse pas de sa liberté de s'exprimer), dans sa vie personnelle, que les murs aient des oreilles...

## 2. La notion de rattachement

Quid de la notion de rattachement ? Les juges ont ici aussi procédé à un important travail de coupe. Le juge administratif s'y est d'abord engagé. Dans un arrêt du 15 décembre 2010 (53 bis) – relatif à un salarié mandaté, chauffeur, dont le permis de conduire a fait l'objet d'une suspension administrative de quatre

mois suite à un contrôle d'alcoolémie positif (54) réalisé dans le cadre de sa vie personnelle – la Haute juridiction administrative annule l'autorisation administrative délivrée à l'employeur au motif « *qu'un agissement du salarié intervenu en dehors de l'exécution de son contrat de travail ne peut motiver un licenciement pour faute, sauf s'il traduit la méconnaissance par l'intéressé d'une obligation découlant de ce contrat ; que le fait, pour un salarié recruté sur un emploi de chauffeur, de commettre, dans le cadre de sa vie privée, une infraction de nature à entraîner la suspension de son permis de conduire, ne saurait être regardé comme une méconnaissance par l'intéressé de ses obligations contractuelles à l'égard de son employeur* » (55). Et s'il exclut la possibilité de licenciement disciplinaire du salarié privé de permis, le juge administratif n'en prend pas moins grand soin de rappeler que l'employeur conserve le droit de licencier le salarié pour un motif non disciplinaire s'il est démontré que la privation de son permis a provoqué dans l'entreprise un trouble caractérisé (56).

La position ainsi retenue prend le contre-pied manifeste de celle consacrée en 2003 par la chambre sociale de la Cour de cassation. Il ne faudra guère de temps à cette dernière pour y renoncer et aligner sa jurisprudence sur celle du Conseil d'État. Elle juge ainsi dans un arrêt du 3 mai 2011 « *que le fait pour un salarié qui utilise un véhicule dans l'exercice de ses fonctions de commettre, dans le cadre de sa vie personnelle, une infraction entraînant la suspension ou le retrait de son permis de conduire ne saurait être regardé comme une méconnaissance par l'intéressé de ses obligations découlant de son contrat de travail* » (57).

Pour autant, ce changement de cap ne signifie nul abandon de la notion de rattachement. Il est des décisions récentes qui attestent que certains comportements adoptés par le salarié dans sa vie hors travail, en raison des « liens » forts qui les rattachent à la vie professionnelle du salarié (ou selon une autre

(52) Pour un exemple, Soc. 10 oct. 2012, n°11-18985.

(53) Soc. 2 févr. 2011, n°09-69351 ; un exemple, d'abus, Soc. 11 juillet 2012, n°11-22225.

(53 bis) req. n° 316-856, Rec. Lebon ; Dr. Ouv. 2011 p. 341 n. M. Grévy ; RDT 2011 p. 116 n. P. Adam.

(54) Soulignons que la conduite sous l'empire d'un état alcoolique fait partie des cas où le salarié ne peut demander à bénéficier d'un aménagement du permis en cas de suspension judiciaire.

(55) Le chauffeur privé de son permis doit en informer le plus rapidement possible l'employeur... Constitue toujours une faute le fait de conduire sans titre valable un véhicule de l'entreprise.

(56) « *Dans le cas où la demande de licenciement est motivée par un acte ou un comportement du salarié qui, ne méconnaissant pas les obligations découlant pour lui de son contrat de travail, ne constitue pas une faute, il appartient à l'inspecteur du travail, et le cas échéant au ministre, de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits en cause sont établis et de nature, compte tenu de leur répercussion sur le fonctionnement de l'entreprise, à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, eu égard à la nature de ses fonctions et à l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé* » ; voir déjà, CE, 4 juill. 2005, n°272193.

(57) Soc. 3 mai 2011, n°09-67464, Bull. civ. V n°105.

formule, à « *la vie de l'entreprise* » (58)), peuvent légitimement motiver une mesure disciplinaire. Ainsi, dans un arrêt du 18 mai 2011 (59), les juges considèrent que se rattache à sa vie professionnelle, le vol commis par un salarié avec un véhicule siglé de l'entreprise, l'acte délictueux commis risquant en effet de porter atteinte à la réputation et à l'image de la société (60). Une cour d'appel peut décider que le vol commis par le salarié à l'aide du camion de l'entreprise, laissé à sa disposition pour le week-end, se rattache à sa vie professionnelle et justifie la rupture immédiate du contrat de travail lorsqu'elle constate qu'en utilisant pour commettre cette infraction le véhicule de son employeur, il risquait de porter atteinte à la réputation et à l'image de ce dernier.

En réalité, cette nouvelle orientation jurisprudentielle semble marquer, scander, un réexamen de la notion de rattachement sur des considérations plus objectives, sur des liens matériels étroits unissant les agissements accomplis et la vie professionnelle de celui qui s'y livre. Si dans ces différentes affaires, les éléments de fait, matériels, semblent suffisamment forts et tangibles pour opérer rattachement à la vie professionnelle du comportement adopté par le salarié en dehors du lieu et du temps de travail et mettre les décisions judiciaires qui y procèdent à l'abri de la critique (61), il est d'autres arrêts qui laissent plus dubitatif.

La décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 19 octobre 2011, qui a eu les honneurs de la grande presse, est de ceux-là. Dans cette affaire, le salarié, licencié pour faute grave, se voyait reprocher un comportement inacceptable à l'égard de collègues féminines. Les faits reprochés au salarié s'étant déroulés en dehors des horaires de travail et lors de soirées organisées après le travail, la Cour d'appel a considéré qu'ils relevaient de sa vie personnelle. Avis que ne partagent point les hauts magistrats qui

censurent l'arrêt qui leur est déféré au motif « *que les propos à caractère sexuel et les attitudes déplacées du salarié à l'égard de personnes avec lesquelles l'intéressé était en contact en raison de son travail ne relevaient pas de sa vie personnelle* ». Peu importe, croit-on comprendre, le lieu ou le temps où les actes imputés à faute au salarié ont été accomplis... Ce qui compte pour les (r)attacher à la vie professionnelle du salarié, c'est que son travail lui a fourni l'occasion d'entrer en contact et d'entretenir des relations avec les salariées victimes.

On peut certes voir dans cette décision, une application classique de l'idée de « rattachement matériel » qui sous-tend bien d'autres décisions passées. Mais ce lien, pour être réel, n'en semble pas moins, en l'espèce, bien ténu pour soutenir l'action disciplinaire engagée contre le salarié (62). Il en va différemment lorsque, pour parvenir à ses fins, le salarié harceleur abuse de son pouvoir hiérarchique, peu important que les agissements aient eu lieu en dehors du temps et du lieu de travail (63). Le lien avec le travail est ici peu contestable.

## **B. Du personnel dans le professionnel : entre hiver et printemps**

Au temps de la subordination, de l'accomplissement de la prestation de travail, le salarié n'en conserve pas moins un « *fracassable noyau de nuit* » (André Breton), « *une arrière-boutique toute sienne* » (64) ; de la vie du salarié, une part doit rester inconnue à l'employeur. Mais cette part, quelques arrêts paraissent la réduire. « *En hiver, les jours rallongent* » (65) (1.). Mais, à l'inverse, il est des cas désormais, où la protection de la vie personnelle du travailleur passe par le dévoilement de ce qui s'y attache. De ce point de vue, il est des décisions qui annoncent peut-être un nouveau printemps (2.).

(58) Soc. 17 nov. 2011, n°10-17950.

(59) n°10-11907.

(60) Voir aussi, Soc. 6 avril 2011, n°09-72520 : la démarche d'ordre privée entreprise en faveur d'une personne réfugiée, démarche qui outrepassait les limites des pouvoirs d'intervention de l'employeur et qui n'a été possible « qu'en divulguant à des tiers des informations confidentielles recueillies dans le cadre de l'exercice par le salarié de ses fonctions et en agissant à l'insu de l'association qui l'employait tout en faisant état de sa qualité professionnelle », relève bien de la vie professionnelle du salarié.

(61) Voir aussi, Soc. 8 nov. 2011, n°10-23593.

(62) Selon une auteure, la solution trouverait raison « *dans la gravité des faits et la sévérité réservée par la Cour de cassation à des comportements de harcèlement sexuel ou moral qui constituent « nécessairement une faute grave »* » (D. Corrigan-Carsin, obs. sous soc. 19 oct. 2011, JCP G, 12 déc. 2011, 1392 ; sur la qualification de faute grave en

matière de harcèlement moral, Soc. 17 nov. 2011, n°10-19242). Elle pourrait également, à l'en croire, s'appuyer sur l'article L. 1153-6 du code du travail. Ni l'un ni l'autre des fondements convoqués ne convainc. Le second parce que le texte visé ne couvre que le harcèlement au travail ou en rapport avec lui. Son application est donc conditionnée au rattachement préalable de la situation litigieuse au rapport de travail ; il ne peut donc logiquement l'expliquer. Le premier parce que l'on voit mal en quoi la gravité intrinsèque du comportement reproché au salarié pourrait le faire basculer dans le champ « du professionnel ». La gravité d'un acte et sa nature personnelle ou professionnelle sont bien deux « variables » totalement étrangères – sans lien logique et nécessaire – l'une à l'autre.

(63) Soc. 11 janv. 2012, n°10-12930 / Bull. civ. V n°9.

(64) En référence à « *l'arrière-boutique toute nôtre* » de Montaigne...

(65) Référence explicite au beau titre du livre de Joseph Balianot, *C'est en hiver que les jours rallongent*, Seuil 2002.

## 1. Nikon : une jurisprudence fanée

Les fichiers informatiques, les messages électroniques, furent le terrain d'élection de la sphère personnelle *dans* le travail. La jurisprudence *Nikon* (66) en représenta, nous l'avons dit, l'acmé. Elle éclipsa d'ailleurs l'arrêt *Abram* (67) rendu le même jour. Reste que si la position adoptée par ce dernier arrêt s'est affermie et précisée – « *l'occupation, à la demande de l'employeur, du domicile du salarié à des fins professionnelles constitue une immixtion dans la vie privée de celui-ci et n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail ; que si le salarié, qui n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail, accède à la demande de son employeur, ce dernier doit l'indemniser de cette sujétion particulière ainsi que des frais engendrés par l'occupation à titre professionnel du domicile* » (68) – il n'en est pas de même de la jurisprudence *Nikon*.

Qu'en reste-t-il aujourd'hui ? Une peau de chagrin (69), une jurisprudence fanée... Entre une présomption de caractère professionnel des fichiers/dossiers/messages (70) ou de la clé USB personnelle connectée sur l'ordinateur professionnel (71), et la possibilité pour l'employeur de consulter ceux qui seraient personnels – même position pour un dictaphone oublié (72) – à la seule et bien dérisoire condition (qui disparaît même en cas de « *risque ou d'événement particulier* ») que le salarié soit présent ou qu'il ait été dûment appelé (73) (faisant ainsi peu de cas, pour les courriels, du secret des correspondances), le bouclier de la vie personnelle semble bel et bien fait de papier.

N'eût-il pas fallu pour donner quelque réelle consistance à cette vie personnelle imposer à

l'employeur le détour par l'article 145 du code de procédure civile, mettre ce texte au centre du jeu ? Il fut jugé en effet que « *le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même 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* » (74). N'était-ce pas là point d'équilibre acceptable entre un légitime besoin de savoir de l'employeur (soumis à contrôle judiciaire) et protection du secret de la vie personnelle du salarié ? N'était-ce point traduction procédurale raisonnable des exigences portées par l'article L. 1121-1 du code du travail dont la jurisprudence actuelle semble faire fi ? Las... l'employeur suspicieux ne verra désormais plus dans l'article 145 du code de procédure civile que détour, complication, inutile.

Reste que l'employeur qui prendra licitement connaissance d'un document informatique ne pourra mobiliser son contenu à l'appui d'une sanction disciplinaire que s'il ne revêt pas un caractère privé. « *Si l'employeur peut toujours consulter les fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, il ne peut toutefois les produire dans une procédure judiciaire, si leur contenu relève de la vie privée sans l'accord de ce dernier* » (75). Plus clairement, la Cour de cassation l'affirmait avec fermeté dans un arrêt fort pédagogique du 5 juillet 2011 (76) : « *si un courriel non identifié comme personnel est présumé professionnel, l'employeur ne peut l'utiliser pour sanctionner le salarié lorsque son contenu relève de sa vie personnelle* ». Il est donc désormais établi qu'il faut faire une différence entre les conditions d'accès de l'employeur aux fichiers informatiques et aux messages électroniques du salarié, enregistrés sur

(66) Soc., 2 oct. 2001, n°99-42942, Bull. civ. V n°291 ; Dr. Ouv. 2002 p.76 n. A. de Senga.

(67) n°99-42727, Bull. civ. V n°292, Dr. Ouv. 2002 p.22.

(68) Soc. 11 juillet 2012, n°10-28847.

(69) Soc. 8 déc. 2009, n°08-42097, RDT 2010, p. 235, note Y. Leroy : « la seule conservation sur son poste informatique de trois fichiers contenant des photos à caractère pornographique sans caractère délictueux ne constituait pas, en l'absence d'un usage abusif affectant son travail, un manquement du salarié aux obligations résultant de son contrat susceptible de justifier son licenciement ».

(70) Soc. 11 juillet 2012, n°11-22972 ; Soc. 4 juillet 2012, n°11-12330. Le caractère professionnel du courriel autorise l'employeur à en prendre connaissance « librement » sans préjuger de la possibilité pour lui de fonder une sanction disciplinaire sur son contenu ; la dénomination donnée par le salarié au disque dur de son ordinateur professionnel ne peut conférer un caractère personnel à l'intégralité des données qu'il contient (Soc. 4 juillet 2012, n°11-12502) ; la seule dénomination « mes documents » donnée à un fichier ne lui confère pas un caractère personnel (Soc. 10 mai 2012, n°11-13884, Bull.).

(71) Soc. 12 février 2013, n°11-28649, Bull., Dr. Ouv. 2013 p.148 n. C.S.

(72) Soc. 23 mai 2012, n°10-23521, Bull. : l'employeur ne peut procéder à l'écoute des enregistrements réalisés par la salariée sur son dictaphone personnel en son absence ou sans qu'elle ait été dûment appelée ; d'autre part les enregistrements ayant été détruits, la salariée a été mise dans l'impossibilité d'apporter une preuve contraire aux attestations qu'il produisait.

(73) Soc. 17 juin 2009, n°08-40274, Bull. civ. V n°153 ; Les Petites affiches, 12 mai 2010, p. 12, note P. Adam ; Dr. Ouv. 2010 p.91, note A. Brousse ; RDT 2009. 593, note L. Marino ; Cass. soc. 17 mai 2005, n°03-40017, Bull. civ. V n°165.

(74) Soc. 23 mai 2007, n°05-17818, Bull. civ. V n°84 ; Soc. 10 juin 2008, n°06-19229, Bull. civ. V n°129.

(75) Soc. 10 mai 2012, n°11-11252 ; Soc. 18 oct. 2011, n°10-25706.

(76) pourvoi n°10-17284, B. Bossu, JCP S, 8 nov. 2011, 1501.

son ordinateur de travail et, d'autre part, les conditions d'utilisation de leur contenu dans une procédure judiciaire.

Mais qu'est-ce au juste qu'un « *message personnel* » ? Certains arrêts rendus en 2011 par la Chambre sociale de la Cour de cassation témoignent d'une conception contestable de ce qui relève de cette catégorie.

Pour la Haute juridiction, deux conditions cumulatives semblent entraîner la qualification de message professionnel. Dans un arrêt daté du 2 février 2011 (77), la Haute juridiction considère que « *le message, envoyé par le salarié aux temps et lieu du travail, qui était en rapport avec son activité professionnelle, ne revêtait pas un caractère privé et pouvait être retenu au soutien d'une procédure disciplinaire à son encontre* ». Le message est d'ordre professionnel parce que son contenu est en rapport avec l'activité professionnelle, qu'il « dit » quelque chose (par hypothèse désagréable) *du ou sur* le travail (ou ceux qui l'accomplissent), et qu'il a été émis pendant le temps et à partir du lieu de travail ! Double condition que l'on retrouve dans une décision du 28 septembre 2011 (78). Les juges du fond avaient cru pouvoir écarter la faute du salarié au motif « *que le message laissé par le salarié sur le téléphone portable professionnel d'une de ses collègues avait un caractère privé, étant couvert par le secret des correspondances* ». Le démenti est cinglant et reprend, à la lettre, la règle posée quelques mois plus tôt : « *le message, envoyé par le salarié aux temps et lieu du travail, qui était en rapport avec son activité professionnelle, ne revêtait pas un caractère privé* ». Plus récemment (79), il a été jugé, illustration inversée des hypothèses précédentes, que « *l'envoi du courriel litigieux [dénigrant son supérieur hiérarchique] par le salarié, de sa messagerie personnelle et en dehors du temps et du lieu de travail, à l'adresse électronique personnelle d'un collègue de travail, ce qui conférait à ce message un caractère purement privé, ne constituait pas un manquement à son obligation de loyauté envers son employeur* ».

Il est donc indifférent que le message en cause n'ait eu pour seul destinataire que la compagne de l'émetteur et pour vocation (trahie par une

malencontreuse manipulation informatique) de ne pas sortir de leur relation de couple (79 bis). Le fait que le message était destiné à n'être diffusé qu'en cercle restreint et choisi (et difficile, sauf soliloque, de faire plus restreint et choisi que le couple) ne permet pas de lui accoler l'adjectif « personnel ». On peut le regretter. Outre que l'on peut douter de la pertinence du critère spatio-temporel pour déterminer le caractère personnel ou professionnel du message émis, il eût été possible de soutenir, comme certains juges du second degré « *que si le contenu du courriel envoyé ainsi que sa réponse apparaissaient en relation avec l'entourage du salarié, ces échanges ne revêtaient pas un caractère professionnel, s'agissant d'une conversation totalement privée dont la liberté de ton et les outrances éventuelles relevaient uniquement de la vie personnelle et intime à laquelle le salarié a droit même sur son lieu de travail, les propos tenus, destinés à rester entre les deux interlocuteurs et non pas à être diffusés, ne pouvant avoir pour effet de nuire à l'entreprise et ne pouvant être admis comme preuve d'un grief* » (80). Mériterait alors le qualificatif de « personnel » ce qui a vocation à ne pas être diffusé, à rester cantonné dans un cercle restreint (familiale, amoureux, amicale). Car ce qui a vocation à n'être point connu, non seulement autorise un ton, des propos plus enlevés que ceux normalement policés par leur nature sociale, mais ne peut en principe avoir pour effet de nuire à l'entreprise qui devrait tout en ignorer (81)...

Cette question du caractère privée ou professionnel des propos tenus par un salarié se brouille encore dès lors que ce dernier aura usé des réseaux sociaux (82) pour s'exprimer. Au départ une idée et une distinction simples (du moins dans leur énoncé) : si l'obligation de loyauté qui pèse sur le salarié ne saurait restreindre, dans un cadre privé, le teneur des propos qu'il tient à l'encontre de son employeur, en revanche, elle l'astreint à une certaine retenue lorsque sa parole a un caractère public. Mais un réseau social appartient-il au « domaine public » ou relève-t-il de la sphère privée ? Ce que la personne donne à voir ou à entendre, librement, au public ne peut relever de son intimité, de sa vie privée et des secrets qui s'y attachent. Ce qui rend publics les propos tenus c'est bien le fait qu'il soit accessible à tout

(77) n°09-72313 ; le salarié y insultait, entre autres indécitesses, son employeur.

(78) n°10-16995

(79) Soc. 26 janv. 2012, n°11-10189.

(79 bis) Soc. 2 février 2011, n°09-72313.

(80) C. app. Paris, 20 oct. 2009.

(81) L'argumentation ne trouve pas grâce aux yeux des hauts magistrats pour lesquels « *le courriel litigieux était en rapport avec l'activité professionnelle du salarié, ce dont il ressortait qu'il ne revêtait pas un caractère privé et pouvait être retenu au soutien d'une procédure disciplinaire* » (Soc. 2 février 2011, n°09-72450).

(82) En revanche, le caractère public des blogs ne semble guère faire discussion sauf si son auteur a conditionné l'accès à certaines rubriques à l'entrée d'un code.

le monde, à beaucoup de monde, presque à la terre entière. Une voie de circulation est publique parce que chaque individu peut y circuler ; une discussion est publique parce que chacun peut la suivre ! Simple dans son énoncé, ce « principe de répartition » n'en est pas moins terriblement compliqué dans sa mise en œuvre... Pour des juges bisontins, « le réseau social Facebook doit être nécessairement considéré, au regard de sa finalité et de son organisation, comme un espace public. Il appartient en conséquence à celui qui souhaite conserver la confidentialité des propos qu'il tient sur ce réseau, soit d'adopter les fonctionnalités adéquates offertes par ce site, soit de s'assurer préalablement auprès de son interlocuteur qu'il a limité l'accès à son « mur » » (83). Et d'en tirer la conséquence que dès lors que le salarié n'a pas pris les précautions nécessaires, il ne peut soutenir que les échanges qui y sont tenus constituent une conversation privée dont l'employeur n'est pas en droit de se prévaloir à l'appui d'un licenciement !

L'important arrêt rendu le 10 avril 2013 (n° 01-19530, PBRI) par la première Chambre civile de la Cour de cassation puise à la même eau (84) : la conversation n'est privée qu'à deux conditions : elle n'est accessible qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée ; ces personnes agréées sont en nombre très restreint. « Alors, exclusivement les « amis » = espace privé, et au-delà (« amis d'amis ») = espace public ? L'adolescente aux 869 amis gèrerait un espace privé fermé ? Et le juriste méfiant aux trois amis qui lui ont garanti la fiabilité de leurs quatre amis, un espace public ? On souhaite bon courage aux juges pour trancher... » (85). Et la référence faite par la première chambre civile à un « nombre très restreint » de personnes agréées, formant une « communauté d'intérêts », ne devrait guère les aider dans leur difficile tâche.

## 2. Vie personnelle, nouveau printemps ?

La notion de vie personnelle (et familiale) connaît, par ailleurs, un essor nouveau, empruntant comme solide tuteur l'article L. 1121-1 du code du travail. Ainsi, se voit-elle utilisée pour prohiber certaines décisions

de l'employeur entrant, *a priori*, dans le champ de l'exercice de son pouvoir de direction. Référence est ici faite à la vie personnelle du travailleur non pas pour jeter sur son existence un voile opaque, mais au contraire pour contraindre l'employeur à intégrer dans son processus de décision des éléments qui relèvent de la dimension personnelle de la vie du salarié. La vie personnelle ainsi saisie n'opère pas dissimulation mais dévoilement.

Cette « tendance » se manifeste, par exemple, en matière de mise en œuvre des clauses contractuelles de mobilité. La mutation, même décidée en application des stipulations du contrat, ne peut porter atteinte à son droit à une vie personnelle et familiale de manière injustifiée ou disproportionnée (86). Toute atteinte injustifiée ou disproportionnée légitimerait le refus du salarié qui ne pourrait alors lui être imputé à faute. De même, si l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève en principe du pouvoir de direction de l'employeur, il faut réserver le cas où sa décision porterait une atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos (87).

Elle trouve encore expression dans la jurisprudence relative à l'utilisation par l'employeur d'un système de géolocalisation. On sait que l'utilisation d'un tel système pour assurer le contrôle de la durée du travail, n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen (88). Fondée sur l'article L. 1121-1 du code du travail, la règle ainsi posée « s'organise autour de la préservation de la liberté d'aller et de venir du salarié et du droit au respect de sa vie privée » (89).

On trouve également dans les normes légiférées pareil usage de la notion de vie personnelle (même si la formule n'y est point usitée). Ainsi, il découle de l'article 3123-24 du code du travail que dans le champ du temps partiel, lorsque l'employeur demande au salarié de changer la répartition de sa durée du travail dans un des cas et selon les modalités préalablement définis dans le contrat de travail, le refus du salarié d'accepter ce changement ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement dès lors

(83) C. app. Besançon, 15 nov. 2011, n° 10-02642, RJS 4/2012, n° 297 ; déjà, C. app. Reims, 9 juin 2010, n° 09-3209, RJS 1/11, n° 5. Voir aussi, les conseils diffusés par la Cnil à l'attention des utilisateurs de réseaux sociaux (Communiqué du 10 janvier 2011).

(84) J.-E. Ray, « Facebook, espace public plus que privé. A propos de l'arrêt de la première chambre civile du 10 avril 2013 », SSL 2013, n° 1581, p. 7 : « Contrairement à ce que laisse penser une lecture un peu rapide, l'arrêt du 10 avril 2013 signifie donc que la majorité des comptes Facebook est publique » ; M. Dupuis, « La vie privée à l'épreuve des réseaux sociaux », revue Lamy droit civil 2013, n° 102, p. 39.

(85) J.-E. Ray, *art. précité*.

(86) Soc. 14 oct. 2008, n°07-40523, Bull. civ. V n°192, Dr. Ouv. 2009 p.16, article de F. Canut ; Soc. 26 sept. 2012, n°11-19082.

(87) Soc. 23 janv. 2013, n°11-22364.

(88) Soc. 3 nov. 2011, n°10-18036, Bull. civ. V n°247, Dr. Ouv. 2012, p.153, note S. Baradel et P. Masanovic ; sur ce même thème, add. CA Bordeaux, 27 nov. 2012, Dr. Ouv. 2013 p. 326 n. C. Mathieu.

(89) Note anonyme, RJS janvier 2012, n°4.

que ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses, avec le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur, avec une période d'activité fixée chez un autre employeur ou avec une activité professionnelle non salariée.

Par ailleurs, la vie personnelle, à travers les contraintes qu'elle génère, se voit également attribuer un autre rôle, une autre fonction. Elle habilite l'employeur, sur demande du salarié qui s'en prévaut, à user de formules contractuelles qui, en principe, lui sont interdites. Ainsi, le projet de loi *relatif à la sécurisation de l'emploi* voté en Commission mixte paritaire le 14 mai 2013, en son article 12 (C. trav., art. L. 3123-14-1), dispose que « la durée minimale de travail du salarié à temps partiel est fixée à 24 heures par semaine ou, le cas échéant, à l'équivalent mensuel de cette durée ou à l'équivalent calculé sur la période prévue par un accord collectif conclu en application de l'article L. 3122-2 ». Et le même texte de prévoir « qu'une durée de travail inférieure à celle prévue à l'article L. 3123-14-1 peut être fixée à la demande du salarié pour lui permettre [entre autres] de faire face à des contraintes personnelles » (C. trav., art. L. 3123-14-2).

Mais signe des temps, ce n'est pas là la seule inscription de cette vie personnelle dans le projet de loi susmentionné. Dans le cadre de la négociation sur la mobilité interne (article 15 du projet ; C. trav., art. L. 2242-22 1° et 2°), il est ainsi prévu que l'accord de mobilité doit indiquer « les limites imposées à

cette mobilité au-delà de la zone géographique d'emploi du salarié, elle-même précisée par l'accord, dans le respect de la vie personnelle et familiale du salarié conformément à l'article L. 1121-1 » mais aussi « Les mesures de protection visant à concilier la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale ». La flexibilité ne peut se faire sans souci de la vie personnelle des gens qu'elle affecte. Le travail n'est pas un jeu d'enfant et le salarié n'est pas un *playmobil* (« sympathique petite figurine articulée que l'on déplace sans gêne au gré des besoins de l'histoire qui s'invente »). L'injonction capitaliste à la mobilité - nouvelle religion laïque - n'est pas sans résistances : c'est qu'à l'inverse du capital, le salarié (qui n'est point fait de plastique) a des racines.

### Pour conclure

La distinction vie professionnelle/vie personnelle est-elle en train de se dissoudre ? De cette dissolution, le droit positif n'offre pas le reflet. Est-elle au moins entrée en crise ? Aucun élément de diagnostic ne paraît le confirmer.

En réalité, si crise il y a, c'est celle d'une certaine et illusoire représentation de cette classique distinction : celle d'un beau jardin à la française, tout fait de perfection formelle. Car ce que l'on découvre aujourd'hui (même si les amoureux des plantes juridiques le pressentaient depuis longtemps), c'est que le jardinier est... anglais !

Patrice Adam

## GRANDEUR ET MISÈRE DE L'ÉTAT SOCIAL

par Alain Supiot

LEÇONS INAUGURALES DU  
COLLÈGE DE FRANCE

Alain Supiot

Grandeur et misère  
de l'État social

Collège de France / Fayard

L'histoire juridique de l'édification de l'État social donne une idée de sa grandeur. Mais ce souverain débonnaire, tolérant la contestation et répondant du bien-être de ses sujets, semble aujourd'hui frappé de misère. Exposé par l'ouverture de ses frontières commerciales à des risques financiers systémiques, il voit ses ressources s'effriter et ses charges augmenter. D'inquiétants docteurs se pressent à son chevet. Certains lui prescrivent saignée sur saignée, tandis que d'autres dressent déjà son acte de décès. Plutôt que de cette médecine létale, c'est d'un diagnostic précis de l'État social dont nous avons besoin.

Fayard coll. Leçons inaugurales du Collège de France – ISBN : 978-2-213-67771-2  
64 pages – 2013 – 10,20 euros