

DIGITALISATION DU TRAVAIL – DES SOURIS ET DES HOMMES

2. Tracer la frontière entre sphères personnelle et professionnelle

Hyperconnexion et contrat de travail : quand les sphères personnelle et professionnelle se confondent

par Rachel SPIRE, avocate au Barreau de Paris

PLAN

- I. Les nouveaux étalons de mesure du travail font s'estomper la frontière entre sphère personnelle et professionnelle
 - A. Le travail au forfait
 - B. La mutation du droit à la déconnexion en devoir de déconnexion et outil de sanction pour l'employeur
- II. Le lieu de travail s'étend au domicile personnel et l'activité professionnelle prend la forme d'un télétravail côtoyant la sphère privée
- III. Le support numérique du travail entraîne une dématérialisation de la frontière entre les sphères personnelle et professionnelle

Les mutations récentes du travail impliquées par la numérisation accroissent la confusion entre la sphère professionnelle et la sphère personnelle dans trois principaux domaines, que le droit positif commence à prendre en compte :

- la mesure temps de travail : concurrencée par de nouveaux étalons de mesure de la quantité de travail à savoir les objectifs, les résultats et la charge de travail. La convention de forfait nous fournit un exemple ;
- le lieu de travail : le domicile devient un second bureau, comme dans le cas du télétravail ;
- le support de travail : ordinateur et téléphone portable fournis par l'employeur entraînent la cohabitation des deux sphères (personnelle et professionnelle) au sein de la même machine, au travers, notamment, des courriels, réseaux sociaux et messages textos.

Dans l'entreprise, ces problématiques concernent l'ensemble des salariés, même si les cadres sont davantage touchés par la porosité croissante entre vie privée et travail. Selon un sondage APEC de novembre 2014, les cadres estiment, dans la même proportion (environ 65 %), que les technologies de l'information et de la communication (TIC) :

- facilitent leur organisation professionnelle (ils indiquent, notamment, que les consultations hors temps de travail leur permettent de s'assurer qu'aucun problème ne survient en leur absence) ;
- perturbent leur vie privée et familiale.

Les solutions palliatives de l'hyper-connexion sont loin d'être plébiscitées par les salariés. En effet, selon un sondage BVA réalisé en avril 2018 auprès d'environ 1.000 personnes, seulement 8 % des sondés sont favorables à la mise en place d'une journée sans mail au travail ; à peine 27 % prônent la création d'espaces sans connexions.

I. Les nouveaux étalons de mesure du travail font s'estomper la frontière entre sphère personnelle et professionnelle

A. Le travail au forfait

C'est à l'occasion de la loi sur les 35 heures du **19 janvier 2000** qu'a été mise en place la possibilité, pour les employeurs, de fixer la durée de travail d'un salarié par une convention individuelle de forfait pouvant être établie sur une base hebdomadaire,

mensuelle ou annuelle. Initialement, cette modalité de décompte du temps de travail était prévue pour les cadres.

À la suite de la recodification du Code du travail de 2008, l'article-fleuve initial (1) a été scindé en 13 nouveaux articles et le dispositif du travail au forfait

(1) Ancien art. L. 212-15-3, C. trav.

est aujourd'hui codifié aux **articles L. 3121-38 et suivants du Code du travail**.

Deux catégories de forfait existent :

– **Le forfait avec référence horaire**, par lequel l'employeur et le salarié peuvent convenir d'un horaire et d'un salaire forfaitaire lorsque l'horaire de travail comporte l'accomplissement d'un nombre constant d'heures supplémentaires. Le salaire forfaitaire correspondra à l'horaire de travail incluant les majorations pour heures supplémentaires. Le salaire est calculé selon le nombre d'heures supplémentaires effectuées dans la semaine (forfait horaire sur une base hebdomadaire) ou dans le mois (forfait horaire sur une base mensuelle) ou dans l'année (forfait horaire sur une base annuelle).

La convention de forfait horaire sur une base hebdomadaire ou mensuelle peut s'appliquer à tout salarié. En revanche, le forfait annuel ne peut s'appliquer qu'à certains, selon, notamment, des critères d'autonomie et de garantie renforcées du droit au repos.

– **Le forfait sans référence horaire** peut être utilisé lorsqu'il est impossible de déterminer avec certitude le nombre d'heures de travail effectuées en raison des fonctions exercées par le salarié. Il peut s'agir soit d'un forfait-jours, où la rémunération est calculée en contrepartie des jours travaillés dans l'année, sans tenir compte du nombre d'heures passées à l'exécution de la mission du salarié ; soit d'un forfait indéterminé, où le salaire ne correspond pas à un horaire ou à un nombre de jours de travail déterminé (« Forfait tous horaires »). Ce type de forfait est prévu pour les cadres dirigeants.

Au moment de l'extension du dispositif aux non-cadres, le Conseil constitutionnel a consacré un droit au repos pour les salariés soumis à une forfaitisation de leur temps de travail dans sa décision du 29 juillet 2005 sur loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (2) : « 6. *Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il était loisible au législateur d'étendre à certains salariés non-cadres le régime des conventions de forfait en jours défini par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail, sous réserve de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles relatives au droit à la santé et au droit au repos de ces salariés résultant du onzième alinéa du Préambule de 1946* ».

Il est, en effet, apparu nécessaire de mesurer la charge de travail supplémentaire impliquée par

l'hyper-connexion : non seulement son impact sur la santé, mais également les modalités de sa rétribution en salaire ou en repos.

B. La mutation du droit à la déconnexion en devoir de déconnexion et outil de sanction pour l'employeur

La notion de « déconnexion » apparaît tout d'abord dans l'accord national interprofessionnel (ANI) du 19 juin 2013 relatif à la qualité de vie au travail (QVT) en son article 17 : « *Les entreprises s'attacheront à mettre en place des formations à la conduite du changement et à l'utilisation des TIC pour les salariés ayant des difficultés particulières pour les maîtriser. Elles rechercheront, après avoir recueilli le point de vue des salariés sur l'usage des TIC dans l'entreprise, les moyens de concilier vie personnelle et vie professionnelle, en tenant compte des exigences propres aux caractéristiques de l'entreprise et des fonctions exercées par l'institution, par exemple, de **temps de déconnexion**, comme cela se pratique déjà dans certaines entreprises.* »

Ensuite, la loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale instaure, avec son article 33, la « Négociation unique sur la qualité de vie au travail » : « *À titre expérimental, un accord conclu entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés peut prévoir le regroupement, dans une **négociation unique dite de « qualité de vie au travail »**, de tout ou partie des négociations obligatoires (...). Cet accord est conclu pour une durée de trois ans. Pendant la durée de son application, l'obligation de négocier annuellement est suspendue pour les négociations qui font l'objet du regroupement* ».

En septembre 2015, le rapport « Transformation numérique et vie au travail », établi par M. Bruno Mettling (DG adjoint en charge de la communication et des RH du groupe Orange), à l'attention de Mme Myriam El Khomri, alors ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, livre une nouvelle analyse : « **Le droit à la déconnexion est donc bien une coresponsabilité du salarié et de l'employeur, qui implique également un devoir de déconnexion.** La recherche de solutions comme la déconnexion relève donc autant d'une éducation au niveau individuel que d'une régulation au niveau de l'entreprise ». « *Dès lors que le travail connecté et son articulation avec la vie privée sont une zone de tension, la mission est convaincue de la nécessité de mettre en place, de manière co-construite avec les instances de représentation du personnel, un*

(2) CC 29 juillet 2005, n° 2005-523 DC.

droit et un devoir de déconnexion, partagé entre l'entreprise et le salarié, des actions d'éducation à l'usage des outils numériques devant être conduites pour développer des comportements de nature à se préserver des risques d'excès ».

Ce rapport préconise alors, notamment, la mise en place d'un système de messagerie inaccessible à certaines heures et le suivi de la charge de travail des salariés au forfait avec un système d'alerte individuelle, en considérant que « **La durée du travail n'est aujourd'hui plus un outil suffisant pour appréhender la contribution de tous les salariés, notamment pour l'économie de la connaissance, elle peut être utilement complétée par l'évaluation de la charge de travail, des résultats attendus et des moyens associés** ».

Venant compléter le dispositif, la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (3) instaure une obligation de négocier, dans les entreprises de plus de 50 salariés seulement, sur les modalités de plein exercice du droit à la déconnexion et la mise en place, par l'entreprise, de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques.

Il est prévu qu'à compter du 1^{er} janvier 2017, les entreprises doivent mettre en œuvre les modalités de l'usage par les salariés de leur droit à la déconnexion (4). Cette mise en œuvre se fait dans le cadre de la négociation collective annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail. À défaut d'accord conclu, l'employeur doit mettre en place une charte sur la déconnexion des salariés. Figurant à l'ancien article L.3121-64 du Code du travail, ce dispositif est repris aux articles L.2242-1 et suivants, l'article L.2242-8 instaurant une pénalité en cas d'absence de négociation sur ces thèmes.

La jurisprudence a connu la même évolution à partir de la promotion du droit à la déconnexion, vers la validation de la sanction des manquements au devoir de déconnexion.

Selon un arrêt du 17 février 2004 (5), le fait de ne pas avoir pu être joint en dehors des horaires de travail sur son téléphone portable personnel est dépourvu de caractère fautif et ne peut justifier un licenciement pour faute grave. Il est alors considéré

que le temps déconnecté est celui du repos et que pèse sur l'employeur une obligation de veiller à son respect. Les durées maximales de travail et minimum de repos permettent de limiter l'emprise de l'employeur sur le temps déconnecté.

L'obligation de garantir un droit au repos va cependant servir de fondement aux employeurs pour exiger des moyens de contraindre le salarié à la déconnexion. Apparaissent des mesures patronales de coupure de l'accès des salariés aux mails ou téléphones professionnels pendant certaines heures consacrées au repos « obligatoire », ou encore certaines interdictions d'emmener à son domicile du matériel professionnel (dans le domaine bancaire, par exemple).

La décision de l'employeur de sanctionner le refus du salarié de se déconnecter reste cependant sous le contrôle du juge prud'homal qui considère, par exemple, qu'à défaut d'avoir mis en place un système de mot de passe, il ne peut être reproché à une salariée de se connecter aux mails professionnels depuis son domicile pendant une période de suspension de son contrat de travail (6).

Deux arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 8 septembre 2016 viennent préciser les frontières du temps de travail effectif, afin de distinguer les temps pendant lesquels l'employeur conserve son pouvoir de sanction de ceux pendant lesquels, bien que connecté, le salarié peut vaquer à ses occupations personnelles :

- Dans le cas de médecins d'astreinte, la période de permanence ne constitue pas du temps de travail effectif, dès lors que « *la sujétion imposée au salarié de se tenir, durant les permanences, dans un logement de fonction mis à disposition à proximité de l'établissement afin d'être en mesure d'intervenir en cas d'urgence ne l'empêchait pas de vaquer à des occupations personnelles* » (7).
- Le temps passé par des infirmières à assurer un service d'appel téléphonique qu'elles avaient pris l'initiative de mettre en place en dehors du temps de travail ne constitue pas une période d'astreinte, quand bien même elles en avaient informé l'employeur (8).

(3) Dite loi *El Khomri*, n° 2016-1088.

(4) Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, art. 5.

(5) Cass. Soc. 17 février 2004, n° 01-45.889.

(6) CPH Versailles, 2 décembre 2013, n° F10/01.147, aff. Cothenet c/ JDS Avocat.

(7) Cass. Soc. 8 septembre 2016, n° 14-23.714.

(8) Cass. Soc. 8 septembre 2016, n° 14-26.825.

II. Le lieu de travail s'étend au domicile personnel et l'activité professionnelle prend la forme d'un télétravail côtoyant la sphère privée

Le télétravail a tout d'abord fait l'objet d'un accord-cadre européen du **16 juillet 2002**, qui a été transposé par l'accord national interprofessionnel (ANI) du **19 juillet 2005**.

Par la loi n°2012-387 du **22 mars 2012** (dite de simplification du droit), le législateur a créé dans le Code du travail des dispositions spécifiques au télétravail, dont l'article L. 1222-9 fournit la définition suivante : « *Le télétravail désigne toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail, qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur, est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication* ».

Trois critères cumulatifs doivent être réunis pour caractériser le télétravail et qu'il soit soumis aux dispositions des articles L. 1222-9 et suivants du Code du travail :

- Le télétravail doit utiliser les TIC (technologies de l'information et de la communication). Ce critère exclut les salariés qui n'effectuent que des tâches manuelles à leur domicile, et qui sont des travailleurs à domicile ;
- Le télétravail s'effectue en dehors des locaux de l'entreprise. Ce qui vise le télétravail au domicile du salarié (domicile principal et/ou résidence secondaire), mais aussi dans des espaces collectifs situés en dehors de l'entreprise et mis à disposition, notamment, par les collectivités territoriales (les télécentres) ;
- Le travail effectué en dehors de l'entreprise aurait pu s'effectuer à l'intérieur de l'entreprise. Travailler à l'extérieur des locaux de l'entreprise ne suffit donc pas, en soi, à conférer à un salarié la qualité de télétravailleur.

Par exemple, les commerciaux ne sont pas des télétravailleurs lorsqu'ils vont visiter leurs clients, même s'ils travaillent en dehors de l'entreprise. Ils peuvent, en revanche, être en situation de télétravail pour les tâches administratives effectuées régulièrement (et non occasionnellement) à leur domicile, dès lors qu'ils auraient pu les réaliser dans l'entreprise.

La loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (9) préconisait une concer-

tation des partenaires sociaux sur le développement du télétravail. Engagée début 2017, cette concertation a abouti, le 7 juin 2017, à un rapport commun aux organisations syndicales et patronales qui a été transmis au ministère du Travail. Ce rapport a servi de base de travail pour préciser la réglementation du télétravail dans le cadre des ordonnances « Travail » de septembre 2017.

L'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 (art. 21), ratifiée par la loi du 29 mars 2018, a modifié le cadre juridique du télétravail en précisant la définition du télétravail, le contenu de l'avenant au contrat de travail, ainsi que les conditions d'application de la présomption de l'accident du travail. Ces nouvelles dispositions sont entrées en vigueur depuis le 24 septembre 2017, lendemain de la publication de l'ordonnance. La loi de ratification de cette ordonnance a modifié ce cadre juridique, notamment en supprimant l'exigence d'un accord collectif ou de charte préalable.

Il existe donc désormais trois sources possibles du télétravail dans l'entreprise :

- Accord collectif (normatif et opposable), prévu par la loi de 2016 et négocié en même temps que l'« Égalité hommes-femmes » et la « Qualité de vie au travail » ;
- Charte (sans force juridique), dont le non-respect pourrait être sanctionné sur le fondement du règlement intérieur ;
- Avenant au contrat de travail individuel.

Parmi les difficultés posées par la pratique du télétravail, on retiendra :

- Le **risque d'atteinte au principe d'égalité de traitement entre les salariés autorisés à pratiquer du télétravail et ceux qui en sont exclus par l'employeur**. Ce dernier devra motiver son refus en s'appuyant sur des critères objectifs qui pourront être déterminés au préalable (par l'accord collectif ou la charte, le cas échéant) ;
- Lorsqu'un **accident survient au domicile du télétravailleur**, la question de la preuve du caractère professionnel se pose. L'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 a apporté des éléments de réponse : « *l'accident survenu sur le lieu où est exercé le télétravail pendant l'exercice de l'activité professionnelle du télétravailleur est présumé être un accident du travail* » (10). Ce qui n'est qu'une reprise de la définition de droit commun de l'accident du travail. Mais il y a

(9) Dite loi *El Khomri*, n° 2016-1088.

(10) Art. L. 1222-9, C. trav.

une incertitude lorsque le lieu de travail et les horaires de travail ne sont pas clairement identifiés ;

– Les **règles de décompte du temps de travail sont plus délicates à mettre en œuvre** lorsque le salarié n'est pas dans l'entreprise. De plus, l'utilisation d'outils informatiques de surveillance doit être nécessaire, proportionnée au but recherché et devra avoir fait l'objet d'une information préalable des salariés concernés, des représentants du personnel et être conforme au règlement général des données personnelles (RGPD).

En tout état de cause, le domicile n'a quand même pas vocation à devenir un second bureau. En effet, la demande faite au salarié de travailler depuis son domicile constitue une modification du contrat de travail que l'employeur ne peut pas lui imposer (11). Néanmoins, la question de l'avenir de cette solution se pose dans l'hypothèse de la conclusion d'un accord de performance collective prévoyant la possibilité, pour l'employeur, d'imposer du travail à domicile aux salariés.

III. Le support numérique du travail entraîne une dématérialisation de la frontière entre les sphères personnelle et professionnelle

Certaines limites à l'intrusion de l'employeur dans la sphère personnelle du salarié sont posées par la jurisprudence qui se fonde sur le respect de la vie privée pour encadrer la surveillance du salarié ainsi que l'exercice du pouvoir disciplinaire.

Depuis l'arrêt *Nikon* du 2 octobre 2001 (12), il existe une présomption du caractère professionnel des courriels et dossiers créés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à disposition par l'employeur : « Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, l'article 9 du Code civil, l'article 9 du nouveau Code de procédure civile et l'article L. 120-2 du Code du travail ; Attendu que 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** ».

La Chambre sociale de la Cour de cassation a ensuite progressivement encadré le régime de cette présomption au travers des décisions suivantes :

– Cass. Soc. 9 juillet 2008, n°06-45.800 : « les connexions établies par un salarié sur des sites Internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel, de sorte que **l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence** ».

– Cass. Soc. 15 décembre 2010, n°08.42486 : « **les courriels adressés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels** ».

– Cass. Soc. 16 mai 2013, n°12-11.866 : « les courriels adressés **et reçus** par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé, sauf si le salarié les identifie comme personnels ».

– Cass. Soc. 26 juin 2012, n°11-15.310 : « les courriels adressés ou reçus par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé, sauf s'ils sont identifiés comme personnels ; que **le règlement intérieur peut toutefois contenir des dispositions restreignant le pouvoir de consultation de l'employeur, en le soumettant à d'autres conditions** ».

Même valablement consultés, les messages privés du salarié ne peuvent pas être invoqués devant le juge judiciaire à l'appui d'une sanction disciplinaire. Mais à défaut de revêtir un caractère privé, le courriel envoyé par le salarié aux temps et lieu du travail, dont le contenu est en rapport avec l'activité professionnelle, peut être retenu par l'employeur au soutien d'une procédure disciplinaire (13).

Si les messages privés des salariés ne peuvent pas

(11) Cass. Soc. 2 octobre 2001, *Zurich Assurances*, n°99-42.727.

(12) Cass. Soc. 2 octobre 2001, *Nikon*, n°99-42.942.

(13) Cass. Soc. 2 février 2011, n°09-72.449, n°09-724.313, n°09-724.450.

justifier une sanction disciplinaire, leur production en justice n'est néanmoins pas illicite. À la différence d'une conversation téléphonique privée enregistrée à l'insu de son auteur, il est licite de produire en justice des SMS dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur (14).

Suivant le même raisonnement, la Chambre sociale a considéré que n'est pas illicite la production de mails du salarié qui ne peut pas ignorer qu'ils sont enregistrés et conservés dans le système informatique, quand bien même l'employeur n'aurait pas déclaré cette messagerie électronique à la CNIL (15).

La surveillance de l'utilisation d'internet par le salarié sur le lieu et pendant les heures de travail met en jeu le respect de la vie privée et de la correspondance garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Aussi, la Cour européenne a-t-elle été amenée à statuer sur le cas d'un salarié licencié pour avoir utilisé à des fins personnelles un compte de messagerie instantanée, ouvert à son nom à la demande de l'employeur, pour échanger avec les clients de l'entreprise, alors que le règlement intérieur de l'entreprise interdisait l'usage personnel d'internet et des outils professionnels.

Dans une première décision, la Cour européenne a considéré qu'il n'y avait aucune violation de l'article 8 de la Convention au motif qu'il n'est pas abusif, de la part d'un employeur, de vérifier que les salariés accomplissent leurs tâches professionnelles pendant les heures de travail (16). Sur saisine du salarié, la Grande chambre de la Cour a cependant fourni une autre analyse en rendant une décision contraire se substituant à l'arrêt précédent, le 5 septembre 2017. Considérant qu'il y avait violation de l'article 8 car le salarié n'était pas suffisamment protégé dans son droit au respect de sa vie privée, la Cour a listé 7 critères permettant d'apprécier la licéité d'un tel système de surveillance, et qui trouvent écho en droit français :

1. Information préalable et claire sur la nature du système (prévue en droit français à l'article L. 1222-4 du Code du travail) ;
2. Étendue de la surveillance opérée et degré d'intrusion dans la vie privée ;
3. Motifs légitimes justifiant la surveillance (formulation récemment reprise par la Cour de cassation pour justifier la divulgation au CE d'informations personnelles sur les salariés (17)) ;

4. Possibilité de mettre en place un système moins intrusif (l'exigence de proportionnalité prévue à l'article L. 1121-1 Code du travail) ;
5. Conséquence de la surveillance pour le salarié qui en a fait l'objet ;
6. Garanties adéquates offertes au salarié (en plus de l'obligation de déclaration à la CNIL, l'article L. 2312-38 du Code du travail prévoit la consultation obligatoire du CSE) ;
7. Accès du salarié à une voie de recours juridictionnelle.

Enfin, la Cour de cassation a été amenée à statuer sur les propos tenus sur internet et notamment sur le réseau social Facebook. Un message posté par un salarié sur un site internet accessible à tout public, dont les termes sont jugés « *tant déloyaux que malveillants à l'égard de l'employeur* », peut constituer un abus de la liberté d'expression du salarié et justifier son licenciement pour faute grave (18).

S'agissant de propos tenus sur le mur Facebook d'un compte d'utilisateur, la première Chambre civile a jugé que les messages litigieux ne constituaient pas des injures publiques, dans la mesure où ils n'étaient accessibles qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée et en nombre très restreint, personnes qui formaient ainsi une communauté d'intérêts (19).

Suivant le même raisonnement, **la Chambre sociale opère une distinction selon la « visibilité » des échanges et considère que les propos tenus sur Facebook en accès restreint relèvent de la sphère privée**. Dès lors, l'employeur ne peut pas accéder au compte Facebook restreint « *sans porter une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée* » du salarié, quand bien même ce serait à partir du téléphone professionnel de l'intéressé (20) ; et la diffusion de propos litigieux sur le site Facebook auprès d'un groupe fermé (que l'un des membres avait imprimés et montrés à l'employeur) ne peut pas justifier un licenciement (21).

Rachel Spire

(14) Cass. Soc. 23 mai 2007, n° 06-43.209.

(15) Cass. soc., 1^{er} juin 2017, n° 15-23522.

(16) CEDH, 12 janvier 2016, *Barbulescu v. Romania*, n° 61.496/08.

(17) Cass. Soc. 5 décembre 2018, n° 16-26.895.

(18) Cass. Soc. 11 avril 2018, n° 16-18.590.

(19) Cass. Civ. 1^{ère} 10 avril 2013, n° 11-19.530.

(20) Cass. Soc. 20 décembre 2017, n° 16-19.609.

(21) Cass. Soc. 12 septembre 2018, n° 16-11.690.