

Université Paris II- Panthéon-Assas

école doctorale de droit social

Thèse de doctorat en droit social

Soutenance le 31 mai 2017

Les relations numériques de travail



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON - ASSAS

Thèse de Doctorat / mai 2017

Yann-Maël LARHER

Sous la direction de Jean-François CESARO

Membres du jury :

Alexandre Fabre, Professeur à l'Université d'Artois

Pascal Lokiec, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Jean-Emmanuel Ray, Professeur à l'Université de Paris I-Sorbonne

Les relations numériques de travail

REMERCIEMENTS

à Françoise Frisch, en hommage à la « boulodiversité »¹.

Il est difficile de savoir qui remercier en particulier tant l'exercice d'une thèse suscite des rencontres et nécessite du soutien (tant intellectuel que moral). Mais puisque l'usage est de se conformer à l'exercice, je souhaite tout d'abord honorer le travail de Françoise Frisch, qui est partie trop tôt pour que nous puissions discuter du fruit de nos nombreux échanges au début de cette thèse. Ces derniers m'ont néanmoins inspiré tout au long de mon travail.

Je voudrais ensuite remercier mon directeur de thèse, Jean-François Cesaro, pour son aide et ses précieuses indications. Ses relectures et corrections rigoureuses de ma thèse ont été remarquables. Je tiens également à remercier tout particulièrement Christophe Binot, ainsi que Jean-Marc Guiol, Corinne Thomas, Dalila Chikh, Myriam Zaccomer, Delphine Kwachine, Luc Hobon et Marie Le Breton. Je souhaite à travers eux exprimer ma gratitude au groupe Total qui a soutenu mon travail pendant trois ans. Je suis ravi d'avoir travaillé en leur compagnie car outre leur appui opérationnel, ils ont toujours été là pour m'encourager et me conseiller.

J'adresse un grand merci à Élisabeth et à Aurore pour les heures qu'elles ont consacrées à la relecture de cette thèse. Je dois également remercier toutes les personnes qui m'ont permis d'oublier momentanément le travail (et qui ont aussi su me supporter et m'encourager) : ma famille et mes amis, Hélène, Yannick, Mélina, Aurélie, Oliver, Florent, Charlotte, Yoann, Marie-Mélanie, Guillaume, Matthieu, Mathieu et Mathieu... mais aussi tous ceux qui se reconnaîtront et que je ne peux pas citer de manière exhaustive, sans oublier tous les « thésards » du laboratoire de droit social de Paris 2 (même si le restaurant universitaire ne me manquera pas).

Je remercie enfin tous les membres du jury d'avoir accepté d'assister à la présentation de ce travail.

¹ F. Frisch, *Boulodiversité : ensemble vers l'extermination du chômage*, Harmattan, coll. « Questions contemporaines », 2014.

Résumé :

Phénomène émergent, l'usage des réseaux sociaux en ligne et des outils informatiques mobiles croît de façon exponentielle et tend à se généraliser. Leur développement envahit peu à peu tous les espaces de vie, marquant plus particulièrement celui des entreprises, le monde du travail. La question du rapport entre les nouvelles technologies et le droit du travail n'est pas nouvelle, elle date de l'introduction de l'informatique dans la sphère sociale, notamment dans les relations collectives. Pour autant, l'examen de la doctrine et de la jurisprudence récentes témoigne largement de nouvelles problématiques juridiques quant à l'utilisation de moyens de communication sans limite de temps et d'espace. L'usage d'internet, et plus spécifiquement des réseaux sociaux dans l'entreprise déséquilibre les relations de travail en confrontant le pouvoir de l'employeur aux droits et libertés émergents et intimement liés aux nouvelles pratiques salariales. Ces nouveaux rapports invitent à remodeler la législation sociale pour une garantie des droits et libertés qui se veut effective. Les réseaux sociaux d'entreprises interrogent enfin sur le renouvellement du dialogue social dans l'entreprise dans une société démocratique de l'information. Brouillant les anciens cadres de référence, les nouvelles technologies de la communication invitent à une réflexion sur le devenir du droit du travail.

Mots-clés :

Droit du travail, relations numériques, pratiques numériques de travail, relations sociales, relations collectives, vie privée, temps de travail, espace de travail, internet, réseaux sociaux, vie privée, santé au travail.

Abstract :

An emerging phenomenon, online social network and mobile apps usage has increased exponentially and is becoming widespread. Their exponential adoption offers a multitude of possibilities which is gradually invading living spaces, and in particular the professional world. The link between new technologies and employment law is not really new and dates from the arrival of IT (Information Technology) into the professional world, especially in collective relationships. However, recent doctrine and jurisprudence examinations surface new legal issues in regards to the use of new communication means that don't have any time and space limits. Internet usage, and more precisely social network usage within companies, destabilises employment laws and leads to a confrontation between employer rights and the employees' emerging rights and freedoms according to new practices. Companies' relationship to social networks resurface questions about the renewal of industrial relationships inside a company that belongs to a democratic information-based society. Reshaping old frameworks, and new communication technologies encourages a wider reconsideration of future employment laws.

Keywords :

Labor law, digital relations, digital work practice, social relationships, collective labour relations, privacy, working time, working areas, internet, social network, occupational health.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

ACOSS	Agence centrale des organismes de sécurité sociale
aff.	Affaire
AGEFIPH	Fonds pour l'Insertion Professionnelle des Personnes Handicapées
AJDA	Actualité juridique du droit administratif
al.	Alinéa
AN	Assemblée Nationale
ANI	Accord National Interprofessionnel
Anssi	Agence Nationale de Sécurité des Systèmes d'Information.
Arr. min.	Arrêté ministériel
art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BIT	Bureau International du Travail
Bull.	Bulletin
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin criminel de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. pén.	Code pénal
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass.	Cour de cassation
Cass. 1 ^{ère} civ.	Cour de cassation (1 ^{ère} chambre civile).
Cass. 2 ^{ème} civ.	Cour de cassation (2 ^{ème} chambre civile)
Cass. com.	Cour de cassation (chambre commerciale)
Cass. crim.	Cour de cassation (chambre criminelle)
Cass. mix.	Cour de cassation (chambre mixte)
Cass. soc.	Cour de cassation (chambre sociale)
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEDS	Comité européen des droits sociaux
CGI	Code général des impôts

CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne (anciennement Cour de Justice des Communautés Européennes, CJCE)
CM	Community Manager
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme
CNIL	Commission National de l'Informatique et des Libertés
coll.	Collection
Concl.	Conclusions
CPA	Compte personnel d'activité
CPI	Code de la propriété industrielle
CSP.	Code de la santé publique
CSS	Code de la Sécurité sociale
D.	Dalloz (revue)
Dr. soc.	Droit social
Éd.	Éditions
Etc.	<i>Et caetera</i>
ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
G29	Groupe de travail créé par l'article 29 par la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Ibidem
In	Dans
Infra	Ci-dessous
JCl.	Jurisclasseur
JCP G	La Semaine juridique (édition générale)
JCP S	La Semaine juridique Social
JDI	Journal du droit international
JDI	Journal du Droit International (Clunet)
JO	Journal officiel
LPA	Les petites affiches
N°	Numéro
NCPC	Nouveau Code de procédure pénale
obs.	Observation
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OMS	Organisation Mondiale de la Santé

OIT	Organisation Internationale du Travail
Op. cit.	<i>Opere citato</i> (« dans l'ouvrage cité »)
ord.	Ordonnance
p.	Page
RDT	Revue de droit du travail (Dalloz)
Rec. Lebon.	Recueil du Conseil d'État (dit Recueil « Lebon »)
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. com.	Répertoire de droit commercial Dalloz
Rép. européen	Répertoire de droit européen
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rép. pr. civ.	Répertoire de procédure civile Dalloz
Rép. soc.	Répertoire du droit des sociétés Dalloz
Rép. trav.	Répertoire du droit du travail Dalloz
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Suivant(e)(s)
SCC	Supreme Court of Canada
supra	Ci-dessus
TASS	Tribunal des affaires de sécurité sociale
TGI	Tribunal de grande instance
TIC	Technologies de l'information et de la communication
Univ.	Université
Urssaf	Union de recouvrement des cotisations sociales de sécurité sociale et d'allocations familiales
v.	voir
VAE	Validation des acquis de l'expérience
vol.	Volume
VTC	Voiture de transport avec chauffeur

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	1
PRINCIPALES ABREVIATIONS	5
SOMMAIRE	8
<u>INTRODUCTION GENERALE</u>	<u>9</u>
<u>PARTIE 1. LES RELATIONS NUMERIQUES INDIVIDUELLES</u>	<u>44</u>
TITRE 1 L'EXISTENCE DU CONTRAT DE TRAVAIL	44
CHAPITRE 1 LA QUALIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL	45
CHAPITRE 2 LE DROIT DE L'EXISTENCE DU CONTRAT	163
TITRE 2 L'EXECUTION DE LA RELATION NUMERIQUE DE TRAVAIL	196
CHAPITRE 1 CONTROLE TECHNOLOGIQUE DE L'ACTIVITE DES SALARIES	197
CHAPITRE 2 LES NOUVELLES MANIERES DE TRAVAILLER	338
<u>PARTIE 2. LES RELATIONS COLLECTIVES NUMERIQUES</u>	<u>532</u>
TITRE 1 LE DROIT NUMERIQUES DES INTERMEDIAIRES	534
CHAPITRE 1 LE NUMERIQUE OBJET DU DIALOGUE SOCIAL	537
CHAPITRE 2 LE NUMERIQUE SUPPORT DU DIALOGUE SOCIAL	579
TITRE 2 L'EXPRESSION DIRECTE ET COLLECTIVE DES SALARIES	641
CHAPITRE 1 LES ENJEUX DE LA LIBERTE D'EXPRESSION EN LIGNE DES SALARIES	645
CHAPITRE 2 LE DROIT A LA CRITIQUE EN LIGNE	679
CONCLUSION PARTIE 2	730
<u>CONCLUSION GENERALE</u>	<u>734</u>
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	<u>739</u>
<u>INDEX</u>	<u>845</u>
<u>TABLE DES MATIERES</u>	<u>855</u>

INTRODUCTION GENERALE

« Les effets de la transformation numérique toucheront toute la société, à commencer naturellement par le travail »²

1. **La crise du législateur** – Au IV^{ème} siècle avant Jésus-Christ, Platon cherchait à établir à travers les *Lois*³, une critique de la législation athénienne. « Quelques sages que puissent être vos autres lois, une des plus belles est celle qui interdit aux jeunes gens la recherche de ce qu’il pourrait y avoir dans les lois de bon ou de défectueux ; et qui leur ordonne, au contraire de dire tout d’une voix et de concert qu’elles sont parfaitement belles, ayant des dieux pour auteurs, et de ne point écouter quiconque tiendrait en leur présence un autre langage, permettant aux vieillards seulement de proposer leurs réflexions sur cet objet aux magistrats et à ceux de leur âge, en l’absence des jeunes gens »⁴. Une loi, selon Platon, s’identifie à un droit particulier. Mais chaque droit particulier doit se conformer à l’idée du droit, autrement dit au droit naturel, l’ordre harmonieux. Confronté à la pluralité de situations, le principal dessein du législateur repose donc sur la production de normes universelles et intemporelles⁵. L’évolution des techniques entraîne des transformations du droit, comme l’évolution des techniques dépend elle-même de la culture juridique à un instant donné⁶. Avec la révolution numérique, une nouvelle réalité ordonne notre société. Face à l’ordre scriptural du Moyen-âge, l’imprimerie a sans conteste provoqué une technique révolutionnaire. Avec

² FRANCE, Premier Ministre et Conseil national du numérique, *Ambition numérique : pour une politique française et européenne de la transition numérique*, Conseil national du numérique, 2015, p. 292.

³ Les Lois décrivent la constitution d’une cité excellente, seule susceptible de rassembler et de former des citoyens vertueux et heureux. Platon soutient qu’une cité ne saurait atteindre à l’excellence qu’à la condition que son gouvernement soit exercé par des hommes savants, instruits scientifiquement des fins de la vie commune et des moyens de mettre en œuvre afin que les citoyens soient formés à la vertu qui est la condition d’une vie commune heureuse. Platon, *Les Lois - Livres I à VI*, Editions Flammarion, 2011, p. 10-11.

⁴ *Les lois de Platon*, traduit par Emmanuel BECKER, Paris, Chez Lefèvre, 1842, p. 17.

⁵ C’est un but universel, valable pour toute communauté humaine, et la principale tâche de la législation consiste par conséquent à rechercher comment, dans des situations concrètes, les droits particuliers doivent être pensés et articulés de façon à réaliser la norme universelle, dans quelque situation particulière que ce soit. A. Neschke-Hentschke et J. Follon, *Platonisme politique et théorie du droit naturel : Le platonisme politique dans l’antiquité*, Peeters Publishers, 1995, p. 227.

⁶ Comme l’exprime Alain Supiot, « il suffit de comparer un Minitel (pour ceux qui s’en souviennent) et un ordinateur pour deviner les liens profonds qui unissent à un moment donné objet technique et culture juridique. Dans le Minitel, se retrouve tout l’esprit du droit français des services publics : une organisation en arbre, pyramidale centralisée (...). Dans l’ordinateur relié à internet, se retrouve tout l’esprit de la Common Law : une organisation en graphe, aux contours insaisissables ». A. Supiot, « Travail, droit et technique », *Dr. soc.*, 2002, p. 13.

l'avènement d'Internet des problématiques similaires se dessinent⁷. La présentation du cheminement du droit du numérique doit être accompagnée par la présentation des solutions techniques (tant matérielles que logicielles) et des usages, afin de refléter le plus complètement possible l'esprit de chacune des époques traversées. « La nécessité de l'évolution du droit apparaîtra clairement par la mise en évidence du changement de paradigme économique induit par la numérisation de l'information »⁸.

2. **De l'entreprise industrielle à l'organisation numérique - Le World Wide Web**⁹ marque une rupture dans l'histoire. « Troisième révolution industrielle », « invasion des barbares », « nouveau paradigme », « nouvel âge numérique », les vocables ne manquent d'ailleurs pas pour qualifier cette (r)-évolution. Dans *The Second Machine Age*¹⁰, Erik Brynjolfsson et Andrew McAfee illustrent le rythme auquel se succèdent les inventions depuis la première révolution industrielle¹¹. Jusqu'à la fin des années soixante-dix, l'univers informatique correspondait à l'entreprise sur lequel s'est fondé le droit du travail. Une organisation pyramidale, autocentrée, dont la base est formée par une collectivité homogène (le personnel), représentée par diverses instances auprès du sommet, occupé par l'employeur, seul responsable de la marche de l'entreprise. L'ordinateur correspondait alors à une grosse machine, reliées aux utilisateurs par des terminaux, parfois dans le cadre d'un réseau interne. Chaque travailleur opérait sur la même machine, dont il pouvait utiliser les ressources en fonction des limites imposées

⁷ « Lorsqu'une nouvelle technologie donne la possibilité de produire une copie parfaite à un coût marginal proche de zéro, on comprend que le droit qui définit les conditions auxquelles la copie est permise, s'en trouve affecté dans la mesure où son application dépend en partie des solutions offertes par la technologie ». C. Paul, « Le créateur, le génie et l'éditeur (Préface) », dans *L'avenir des idées: le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, Presses Universitaires Lyon, 2005, p. 8.

⁸ F. Pellegrini et S. Canevet, « Le droit du numérique : une histoire à préserver », <https://hal.inria.fr/hal-00768912/document>, 2012, p. 74.

⁹ Les notions « d'Internet », « d'intranet » et de « Web » se distinguent schématiquement en ce que l'intranet se définit comme un internet privé, l'internet recouvrant, quant à lui, l'interconnexion des réseaux informatiques. Le World Wide Web (Terme inventé par Tim Berners-Lee et Robert Cailliau) ou toile d'araignée mondiale est une application d'internet permettant la consultation de pages accessibles sur des sites par l'usage d'un navigateur. Pour une définition plus complète de l'internet : « L'inter Network ou Internet est un ensemble de réseaux informatiques de portée transnationale. Né en 1969, Internet entre dans sa phase commerciale en 1995. Le programme World Wide Web, dit Web né en 1992 est l'un des protocoles d'Internet et le principal service du Net. L'ICANN (Internet Corporation for Assigned Numbers and Names), société de droit privé et d'intérêt public de droit américain, est chargée de gérer le système Internet dans la Communauté internationale. Elle alloue les adresses de protocole Internet (IP), gère le système de nom de domaine (DNS) ». J.-M. Bruguière, *L'entreprise à l'épreuve du droit de l'Internet*, Dalloz., 2005, p. 111.

¹⁰ E. Brynjolfsson et A. McAfee, *The Second Machine Age - Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, W. W. Norton & Company, 2014.

¹¹ Le premier âge était celui de la Révolution industrielle inaugurée à la fin du XVIIIe par la machine à vapeur. Le premier âge, c'est celui où la machine remplace la puissance musculaire de l'homme, où cette puissance augmente à chaque évolution, mais où l'homme est toujours nécessaire pour prendre les décisions. Et même, plus la machine évolue, plus la présence de l'homme est nécessaire pour la contrôler. Le premier âge, c'est donc celui d'une complémentarité entre l'homme et la machine. Le deuxième âge est très différent : on automatise de plus en plus de tâches cognitives et on délègue à la machine les systèmes de contrôle qui décident à quoi la puissance va servir. Et dans bien des cas, des machines intelligentes prennent de meilleures décisions que les humains. Le deuxième âge, ce n'est donc plus celui de la complémentarité homme-machine, mais celui d'une substitution.

par le responsable informatique. Accompagnant la naissance d'internet, l'interconnexion des centres universitaires dans les années 80 a remis en cause cette organisation. Si la transformation numérique s'analyse comme un bouleversement dans l'organisation du travail, l'avènement du modèle informatique et partant de la bureautique ne répond pas à un schéma unique tant dans ses étapes que dans ses applications. Peuvent ainsi se distinguer les espaces de bureau informatisé, automatisé et télématisé renvoyant respectivement à un système de traitement de tâches, à celui d'une intégration des équipements informatiques et à un système d'échange d'informations entre les maillons d'une structure de travail par un réseau informatisé¹². Cette informatisation bouleverse l'organisation traditionnellement pyramidale du travail. Le sacrosaint principe hiérarchique, anciennement colonne vertébrale de l'entreprise, se transforme davantage en l'une des vertèbres de cette dernière notamment parce que le rapport entre compétence et type d'apport à l'efficience organisationnelle prend place à ses côtés dans l'ossature. Poussé par les progrès de l'informatique et la loi de Moore¹³, le début du XXIème siècle est marqué par la forte adoption des technologies de l'information et de la communication. Alors que les ordinateurs étaient majoritairement déployés dans les entreprises des années 90, les individus ont également adopté massivement les technologies numériques. Nous sommes désormais dans une nouvelle phase de l'histoire, désignée le « numérique »¹⁴. Ainsi, « on ne parle plus des technologies d'information et de communication (TIC)¹⁵ dont l'acteur dominant était l'entreprise,

¹² G.-N. Fischer et C. Fousse, « Espaces de travail et communication – Une lecture psychosociale », *Communication et organisation*, n° 21, 1 mai 2002.

¹³ A prix égal, la capacité de calcul d'un microprocesseur double tous les dix-huit mois. La loi de Moore a été étendue à la bande passante et aux mémoires de stockage de donnée. Sur les 15 dernières années, à prix égal, la puissance des machines a ainsi été multipliée par plus de mille. P. Bellanger, *La souveraineté numérique*, Stock, 2014, p. 62.

¹⁴ Au fil des années, plusieurs expressions différentes ont été utilisées pour parler de l'ensemble des pratiques et des possibilités qui ont émergé grâce au développement des technologies. On a souvent parlé de « nouvelles technologies » – parfois en précisant : « nouvelles technologies de l'information et de la communication » – ou de « nouveaux médias », ou encore d'« environnements virtuels » ou plus simplement d'informatique ou d'électronique. Chacune de ces expressions privilégie et met en valeur un aspect particulier de ces expériences et pratiques et l'on peut dire que plusieurs de ces formulations, après avoir eu leur moment de gloire, sont devenues plutôt désuètes. C'est le cas de « nouvelles technologies de l'information et de la communication » ou de « nouveaux médias » : l'adjectif « nouveau » commence à être abandonné, car ces technologies ne sont plus si nouvelles que cela. Par ailleurs, cette expression renvoie à une approche particulière : celle des sciences de la communication, justement, qui a tendance à analyser les pratiques numériques essentiellement comme des pratiques de communication et d'information. Or, s'il est vrai que nous communiquons et que nous nous informons aujourd'hui surtout avec l'ordinateur, il serait réducteur de dire que le numérique n'est que cela. Le terme même « numérique », tout comme son équivalent anglais « digital », provient de l'électronique grand public. Si d'aucuns contestent la subtilité d'une différenciation entre ces termes, peut-être au demeurant strictement cantonnée à la langue française (<http://www.academie-francaise.fr/digital>, Digital, Néologismes et anglicismes, 7 nov. 2013) il apparaît que le numérique renvoie au technologique c'est-à-dire à une valeur de base intangible, lorsque le digital renvoie davantage à des pratiques, c'est-à-dire à celles de l'usage de cette technologie numérique (<http://www.blogdumoderateur.com> Faut-il dire numérique ou digital ? 11 Fév. 2015). Le mot « numérique » est initialement utilisé pour caractériser le mode d'enregistrement de sons, d'images ou de vidéos en opposition à l'analogique. Le numérique n'est pas seulement une technique de reproduction qui s'oppose à l'analogique, mais il devient une véritable culture, avec des enjeux sociaux, politiques et éthiques fondamentaux et qu'il est urgent d'analyser et de prendre en compte. M. Eberle-Sinatra et M. Vitali Rosati, *Pratiques de l'édition numérique*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, coll. « Parcours numériques », 2014, p. 64.

¹⁵ Et encore moins des « NTIC » car ces technologies n'ont plus rien de nouveau.

mais du numérique dont l'acteur dominant est la personne »¹⁶. La définition du « numérique » retenue, comprend l'ensemble des technologies issues d'internet et s'élargit aux produits, usages et services qui y sont liés¹⁷.

3. **Les interrogations du droit** - L'évolution des techniques suscitent toujours des interrogations quant à la capacité du droit à s'y adapter¹⁸. Pareille réflexion s'invite par exemple à l'heure d'envisager une régulation des avancées scientifiques biomédicales. Parmi elles, le clonage, le diagnostic prénatal, la cryogénéisation, procédés thérapeutiques ou péril à éviter ? Quel Droit pour la société ? Quelle que soit l'avancée scientifique en cause, l'enjeu de l'encadrement juridique apparaît¹⁹. A l'instar du numérique la robotique est un « savoir en construction, car elle est liée à l'évolution technologique et informatique. Dans pareille situation, le droit offre une alternative : puiser dans ses ressources, au risque de donner l'impression que la situation n'est pas ou est insuffisamment réglementée ; imaginer un régime spécial pour quoi exactement ? »²⁰. Ce sont ces différentes problématiques qui innervent l'évolution des techniques mais, bien que non spécifiques à une époque, les bouleversements qu'elles engendrent suscitent, légitimement, des inquiétudes juridiques. La régulation des techniques par le droit « est par définition instable puisqu'elle doit suivre l'évolution des techniques et s'adapter aux contingences sociales modernes, celles de l'individualisme et de la mondialisation » en sorte qu'il en résulte « l'impossibilité de réduire le droit de

¹⁶ FRANCE et P. Lemoine, *La nouvelle grammaire du succès - La transformation numérique de l'économie française*, 2014, p. 11.

¹⁷ Tels que les smartphones et les tablettes. Le téléphone portable, aujourd'hui smartphone, a, en tant qu'outil technique, également participé à la révolution de la société. Le Smartphone est un téléphone intelligent, évolué disposant des fonctions d'un assistant numérique personnel, d'un appareil photo numérique et d'un ordinateur portable. De nombreux salariés disposent, professionnellement, d'un tel outil avec lequel les problématiques liées aux droits et libertés sont légions. Ayant récemment fait son apparition, la tablette numérique, dotée des mêmes fonctionnalités que le smartphone, hormis la possibilité d'émettre des appels, est également utilisée en entreprise pour les besoins de l'activité professionnelle.

¹⁸ A cet égard, Alain Supiot souligne que « les nouvelles technologies de l'information et de la communication » montrent que cette fonction anthropologique ne disparaît pas lorsqu'on bascule d'un type de technique à un autre. L'examen de ces problèmes permet de comprendre les relations que les techniques n'ont cessé d'entretenir avec le droit. Ces relations ne se laissent résumer ni à une simple adaptation d'un droit qui serait par définition en retard sur le progrès technique, ni à une soumission de ce progrès à des principes juridiques immuables. « Le Droit, en tant que technique, a participé dès l'origine à l'émergence des technologies de l'information et de la communication, mais son contenu évolue aujourd'hui sous nos yeux pour soumettre l'utilisation de ces technologies à des valeurs proprement humaines. Le Droit du travail demeure ainsi un observatoire privilégié des rapports du droit et de la technique ». A. Supiot, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 186.

¹⁹ « Si la technique est nouvelle, les interrogations qu'elle soulève ne le sont pas tellement : sécurité, confidentialité, preuve, protection des consommateurs, responsabilité des professionnels de la branche, respect des droits de la personne et de la propriété, droit applicable, juridiction compétente... ». J.-M. Bruguière, *L'entreprise à l'épreuve du droit de l'Internet*, op. cit., p. 129.

²⁰ Festival Ciné-Droit et Centre d'études et de recherche en droit de l'immatériel, *Les robots: objets scientifiques, objets de droits*, Paris, France, Éditions Mare & Martin, 2016, p. 12.

l'Internet à un corps de règles spécifiques préconstituées et prêtes à être appliquées à tel ou tel problème »²¹.

4. **La multiplication des échanges juridiques** - L'usage d'Internet, favorise la multiplication des contacts, des échanges, et la conclusion des contrats²². « La possibilité d'abstraire l'information de tout support induit des conditions de production et d'échange des savoirs radicalement nouvelles. La copie s'effectuant à coût nul (l'action de copie ne modifie que marginalement la consommation en ressources du matériel sous-jacent), les accès aux réseaux étant eux aussi forfaitisés, plus aucune barrière ne vient empêcher la micro-crédation de valeur ajoutée, rendant possible le travail collaboratif à grande échelle. L'abondance d'informations qui en résulte, et la possibilité pour quiconque d'en être producteur, ne peuvent qu'entrer en conflit avec la vision ancienne des droits d'auteur, pensée pour un monde où la rareté était la norme »²³. Les évolutions juridiques sont le reflet des évolutions sociétales induites par la « révolution numérique ». « Il s'agit pour le législateur d'accompagner l'évolution des pratiques en offrant un cadre régulateur apte à favoriser les pratiques considérées comme vertueuses et à décourager les pratiques considérées comme nuisibles »²⁴. La généralisation de la communication électronique dans le secteur public a été consacrée par l'ordonnance n°2005-1516 du 8 décembre 2005²⁵ qui encadre les échanges électroniques entre les autorités administratives et les usagers dont les exigences de sécurité et d'interopérabilité ont été définies par les référentiels de l'Agence pour le développement de l'Administration électronique (ADAE). Le développement très rapide du commerce électronique ou e-commerce, justifie notamment l'adaptation des règles juridiques applicables à la preuve, à la formation, et à l'exécution du contrat. La logique juridique retenue par les autorités politiques a consisté à mettre en œuvre des solutions dédiées aux réalités de la dématérialisation des échanges et à ses spécificités en assurant un équilibre entre prudence et réalisme, et liberté et sécurité. Une « loi type » du 15 décembre 1996²⁶, sur le commerce électronique avait d'ailleurs été proposée, sous forme de résolution, par la Commission des Nations unies pour le droit commercial

²¹ J.-M. Bruguière, *L'entreprise à l'épreuve du droit de l'Internet*, op. cit., p. 2.

²² A. Ayewouadan, *Les droits du contrat à travers l'internet*, Primento, 2013, p. 17.

²³ F. Pellegrini et S. Canevet, « Le droit du numérique », op. cit., p. 74.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ « Ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives. »

²⁶ « Loi type du 15 décembre 1997 de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale » (A/RES/52/158).

international dite « *CNUDCi* ». Au-delà de la mise en place de règles relatives à la formation et à l'exécution des contrats, on relèvera que les pouvoirs publics doivent répondre à des problématiques complexes, d'un point de vue politique et économique (concurrence « perturbée » par les nouvelles pratiques contractuelles)²⁷, fiscale²⁸, ou encore, en matière de sécurité et de responsabilité²⁹. Plus que jamais, il est nécessaire d'appréhender la matière juridique et de la rendre opérable dans ses différents champs. A l'instar de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques »³⁰, les nouveaux textes législatifs appréhendent plusieurs types de droits pour s'adresser à la fois aux particuliers, aux salariés et aux entreprises. C'est également le cas de la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique³¹ qui se structure autour de trois piliers essentiels : favoriser la circulation des données et du savoir (création d'un « service public de la donnée », élargissement de l'ouverture des données publiques [*open data*], etc.), oeuvrer pour la protection des droits des individus dans la société numérique (introduction du principe de neutralité de l'Internet, extension du secret des correspondances aux messages transmis sur l'Internet, etc.) et garantir l'accès au numérique pour tous (droit au maintien temporaire de la connexion en cas de défaut de paiement, etc.)³². Les textes les plus récents traduisent également la prise en compte des nouvelles demandes sociales. La loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014³³ porte sur l'économie sociale et solidaire. La loi n° 2015-994 relative au dialogue social et à l'emploi du 17 août 2015³⁴ simplifie les relations collectives de travail dans les entreprises. Le rapport Combrexelle sur « la négociation, le travail et l'emploi »³⁵ vise à réformer le Code du travail pour favoriser la négociation et améliorer les créations

²⁷ Dans le domaine de la culture la révolution numérique fait naître de nouvelles menaces de comportements anticoncurrentiels, notamment sous la forme d'abus de position dominante de la part de mastodontes qui s'auto-distribuent. On les désigne d'un nouvelle acronyme : « GAFAs », pour Google, Amazon, Facebook, Apple. L. Rapp, « Numérique et concurrence », *RFDA*, 2014, p. 896.

²⁸ Les conflits qui ont récemment opposé les taxis aux applications de transport par des particuliers, ou encore les hôteliers aux sites de locations de logement illustrent le phénomène. L'administration fiscale apparaît démunie face à la croissance des échanges marchands entre particuliers. Ses moyens, limités, reposent sur le contrôle fiscal a posteriori, qui a du sens lorsqu'il s'agit de cibler un petit nombre de contribuables à fort enjeu, mais qui perd toute efficacité dès lors qu'il s'agit de contrôler une multiplicité de contribuables, représentant chacun un enjeu modeste – mais collectivement très important. M. Bouvard, T. Carcenac, J. Chiron, P. Dallier, J. Genest, B. Lalande et A. De Montgolfier, *L'économie collaborative : propositions pour une fiscalité simple, juste et efficace*, Sénat, commission des finances, La documentation Française, 2015, p. 9.

²⁹ Quelles sanctions appliquer pour les ventes de produits dangereux, la diffusion de virus informatiques affectant les sites et les internautes ? Comment lutter contre la cybercriminalité ? C. Mascala, « Criminalité et contrat électronique », dans *Le contrat électronique-- Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 115.

³⁰ « Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » (JO, n°0181, 7 août 2015, p. 13537).

³¹ « Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique » (JO n°0235, 8 octobre 2016).

³² Pour une présentation complète de cette loi, V. « Dossier : Décryptage de la Loi pour une République numérique », *Dalloz IP/IT*, n° 11, 2016, p. 514.

³³ « Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire » (JO n°0189, 18 août 2015, p. 14346).

³⁴ « Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi » (JO n°0189, 18 août 2015, p. 14346).

³⁵ FRANCE et J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, France Stratégie, 2015.

d'emplois. Ce dernier préfigure la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, dite travail, intitulée : « Loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs »³⁶. La loi dite El Khomri, comprend un volet sur l'adaptation du droit du travail à l'ère du numérique qui reprend *a minima* plusieurs préconisations du rapport Mettling sur la transformation numérique³⁷. Les sujets de droit à la déconnexion, de télétravail, des travailleurs indépendants et de l'utilisation des outils numériques dans le cadre du dialogue social sont ainsi abordés. Pour autant, la loi passe à côté de l'essentiel des nouvelles formes de travail, très loin de l'ambition initiale de la loi illustrée par le titre d'un autre rapport du Conseil National du Numérique intitulé : « Travail emploi numérique : les nouvelles trajectoires »³⁸.

5. Transformation numérique – Pourquoi parle-t-on de « transformation numérique » ou de « nouvelles trajectoires » ? Le numérique, s'il est récent, émerge néanmoins d'ores et déjà depuis plus de trois décennies. Le rapport administratif Nora-Minc³⁹, au succès sans conteste de par « sa rhétorique brillante » et « sa pédagogie rassurante »⁴⁰, abonde en ce sens, témoignant d'une transformation digitale innervant progressivement l'ensemble des arrêtes de la société. Ce qui est nouveau c'est que l'humanité entière est en train de rejoindre internet⁴¹. Le caractère exponentiel de l'accélération du rythme des innovations distingue fondamentalement le numérique des révolutions technologiques précédentes. La croissance du numérique, sans précédent dans l'histoire, a pris de court les entreprises, les syndicats et les États en tant que réseaux historiques⁴². L'accès à internet donne à chaque individu connecté un accroissement vertigineux de sources d'informations, de relations, de possibilités et donc de choix⁴³. La puissance du réseau est elle-même renforcée par la participation de

³⁶ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels » (JO n°0184, 9 août 2016).

³⁷ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, La documentation Française, 2015.

³⁸ FRANCE et Conseil national du numérique, *Travail, emploi, numérique : les nouvelles trajectoires*, Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, 2016.

³⁹ S. Nora et A. Minc, *L'informatisation de la société: rapport à M. le Président de la République*, Seuil, 1978.

⁴⁰ A. Walliser, « Le rapport « Nora-Minc ». Histoire d'un best-seller », *Vingtième Siècle, revue d'histoire*, vol. 23, n° 1, 1989, p. 35.

⁴¹ Près de 40% de la population mondiale est à ce jour connectée à internet, contre moins de 1% en 1995. Pour des chiffres plus précis (et instantanés) : <http://www.internetlivestats.com/internet-users/>.

⁴² « L'internet des objets est un réseau de réseaux qui permet, via des systèmes d'identification élec-tronique normalisés et unifiés, et des dispositifs mobiles sans fil, d'identifier directement et sans am-biguïté des entités numériques et des objets physiques et ainsi de pouvoir récupérer, stocker, transférer et traiter, sans discontinuité entre les mondes physiques et virtuels, les données s'y rattachant ». T. Piette-Coudol, *Les objets connectés : Sécurité juridique et technique*, Paris, Lexis Nexis, 2015, p. 11.

⁴³ R. Barbrook, « L'économie du don high tech », dans *Libres enfants du savoir numérique*, Editions de l'Éclat, 2012, p. 145.

chaque nouvel internaute⁴⁴. Ce phénomène, dope la mondialisation, et l'apparition de nouvelles organisations telles que les réseaux sociaux⁴⁵. La définition du réseau social fait écho à celle du libéralisme⁴⁶. A la différence de l'invention de la machine à vapeur, où la transformation technologique a été guidée par une autorité « supérieure », les acteurs de la révolution numérique sont les consommateurs et citoyens eux-mêmes⁴⁷. « Pour la première fois depuis la révolution industrielle, la diffusion de la technologie et de ses usages impacte au moins autant la personne dans sa sphère privée que le travailleur dans sa sphère professionnelle. Leur adoption dans un usage privé se déroule avant même leur introduction dans le monde du travail, ce qui distingue fondamentalement cette révolution technologique de la première en ce qu'elle impacte d'emblée l'ensemble des aspects du quotidien »⁴⁸. Loin de se résumer à l'usage d'outils numériques, elle marque l'arrivée, dans l'entreprise, de méthodes de conception, de production et de collaboration, qui sont autant de méthodes de pensée, de travail et d'organisation qui lui étaient étrangères⁴⁹. Il n'est plus besoin de descendre dans la rue pour soutenir une cause⁵⁰. Alors que dans le courant politique, l'homme se libère par l'action publique à travers la représentation collective, les réseaux sociaux permettent de regrouper des individus dispersés dans des groupes identifiables.

6. Compétition mondiale - Internet met en compétition les organisations traditionnelles avec des réseaux beaucoup plus « agiles »⁵¹. La technologie les oblige à

⁴⁴ J. Folon, *Le printemps numérique: Comment la révolution digitale a modifié la société, l'enseignement et les entreprises*, Corporate Copyright, 2015, p. 187.

⁴⁵ Entendus comme « des plates-formes de communication en ligne permettant à des personnes de créer des réseaux d'utilisateurs partageant des intérêts communs », les réseaux sociaux partagent certaines caractéristiques : les utilisateurs sont invités à fournir des données à caractère personnel permettant de donner une description ou un « profil », ils mettent également à disposition des outils permettant aux utilisateurs de mettre leur propre contenu en ligne tel que des photos, des chroniques, des commentaires, de la musique, des vidéos ou des liens vers d'autres sites. Avis 5/2009 sur les réseaux sociaux en ligne adopté le 12 juin 2009, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/index_en.htm.

⁴⁶ Il y a ainsi une organisation de personnes autour d'un même intérêt et partageant des règles sociales similaires. « Cependant dans la définition du libéralisme, il faut rajouter le rôle de l'État. Celui-ci n'est pas absent et édicte des normes de protections sociales et d'éducation publique. En effet, l'État dit libéral a un rôle qui se borne à garantir les libertés individuelles et assurer la sécurité de ses citoyens. Cependant, on s'aperçoit qu'il n'y a pas de frontières, au sens Westphalien du terme, sur les réseaux sociaux. En effet, chaque citoyen du monde peut être ami(e), follower, utilisateur avec un autre. Mais dès lors qu'un État interfère dans cette cohésion sociale, la liberté n'est plus garantie ». T. Lanuel, Z. Simon et M. Payet, *Approche de droit comparé sur les réseaux sociaux*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 2014, p. 7.

⁴⁷ *Le numérique, une chance à saisir pour la France*, CGI, 2015, p. 13.

⁴⁸ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, op. cit., p. 5.

⁴⁹ Plaide en ce sens, à titre d'exemple, le fait que les recruteurs aient intégré les technologies au processus de recrutement, en atteste la publication désormais banale d'offres d'emploi via un réseau : au niveau interne, l'offre sera publiée sur l'Intranet de l'entreprise et au niveau externe, l'offre sera publiée sur Internet et les sites dédiés à la diffusion de telles annonces. De surcroît, lors de l'entretien d'embauche, le recruteur peut décider de recourir aux TIC. La référence est ici faite aux traitements informatisés de données ou encore aux tests psychotechniques.

⁵⁰ Le nombre d'adhésions à un groupe, ou de « j'aime » sur une page, vont mesurer l'intérêt porté à certaines revendications.

⁵¹ Quand émerge des innovations disruptives (généralement meilleur marché, plus simple ou ciblant des clients nouveaux) les entreprises établies sont paralysées. Elles sont presque toujours motivées à défendre leur marché qu'à en créer des nouveaux. A force, l'innovation disruptive qui améliore l'offre, vole des parts de marché et prend la place du produit dominant.

se repenser alors que s'opère une redistribution des pouvoirs entre les experts, les entreprises, les collectifs, et les internautes dans un espace dématérialisé⁵². Il bouleverse leurs modèles économiques et remplace de nombreuses structures physiques. Le numérique permet aux nouvelles organisations d'être « scalables », c'est-à-dire capables, grâce à des plateformes technologiques, de supporter des montées en charge très importantes⁵³. Loin d'être limité aux entreprises du secteur informatique, le numérique touche tous les acteurs économiques et tous les métiers⁵⁴. Phénomène nouveau, l'informatisation des emplois ne concerne plus seulement les métiers manuels mais également de nombreuses tâches cognitives grâce aux capacités de calcul et à la disponibilité de grandes bases de données.

7. L'entreprise face aux réseaux - Avant d'approfondir les conditions d'exercice d'un travail qui se trouve modernisé, il est important de saisir en quoi cette appréhension s'avère nécessaire. La « numérisation » de l'économie dépasse le simple emploi d'outils numériques. Ainsi, « le fonctionnement en réseau, l'usage de datas, la dématérialisation, non seulement des produits, mais aussi des processus de production et de livraison, sont autant de changements qui bouleversent l'économie, l'entreprise, et le travail des individus, tant dans les tâches et objectifs que dans la façon de travailler, les méthodes et contextes de leur activité »⁵⁵. L'essor du numérique facilite les interactions entre acteurs, et permet d'optimiser la prise de décision et les processus de production⁵⁶. La véritable puissance du web réside dans son architecture décentralisée qui lui permet de supporter des organisations et des modèles économiques en réseaux. La consommation dite « collaborative »⁵⁷, fait partie de ces tendances dynamisées par le développement des réseaux électroniques et des réseaux sociaux *via* la mutualisation, l'échange, le troc ou le partage⁵⁸. Ces procédés augmentent l'intensité d'usage des biens et les échanges directs entre particuliers sont facilités par internet⁵⁹. De manière inédite,

⁵² A. Marrec, *La gestion des nouvelles organisations virtuelles : un sport extrême*, Presses Université Laval, 2005, p. 148.

⁵³ *Le numérique, une chance à saisir pour la France*, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁴ Près de 47% des emplois aux États-Unis pourraient être informatisés dans une ou deux décennies. C.B. Frey et M.A. Osborne, « The Future of Employment : How Susceptible are Jobs to Computerisation? », 2013.

⁵⁵ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁶ Modifiant de façon irréversible la manière dont les consommateurs et les entreprises s'informent, communiquent, produisent et commercent.

⁵⁷ Terme inventé en 1978. M. Felson et J.L. Spaeth, « Community structure and collaborative consumption : a routine activity approach », *American Behavioral Scientist*, vol. 21, n° 4, mars 1978, p. 614.

⁵⁸ Elle s'inscrit plus globalement dans l'économie du partage comme l'atteste le foisonnement des termes gravitant autour d'elle : covoiturage, *cohousing*, *coworking*, *crowdfunding*, *crowdsourcing*...

⁵⁹ I. Robert, A.-S. Binninger et N. Ourahmoune, « La consommation collaborative, le versant encore équivoque de l'économie de la fonctionnalité », *Développement durable et territoires*, vol. 5, n° 1, 4 février 2014.

ces plateformes⁶⁰ créent de la valeur en rapprochant directement offre et demande, supprimant donc les anciens intermédiaires. Dans un premier temps, ces startups augmentent la taille du marché⁶¹. Dans un second temps, ces plateformes concurrencent fortement les modèles anciens, puisqu'en les « désintermédiant », elles finissent par cannibaliser les acteurs historiques⁶², où les emplois de services sont très nombreux⁶³.

8. Le modèle de la production numérique - « La mise en commun des connaissances, sa capitalisation dans l'entreprise à travers le développement de réseaux, l'identification, la collecte, le traitement des informations sur les clients et pour les clients, sont désormais au cœur du processus de création de richesse et signeraient la naissance d'une « nouvelle économie », dite encore électronique (*e-business, e-firms, e-communities*) ou numérique (*digital economy*) »⁶⁴. Ce nouveau modèle s'oppose de manière dualiste au modèle fordiste. La production nécessite flexibilité, rapidité et utilisation de toutes les compétences humaines quand le premier s'appuie sur la standardisation des produits, des tâches et des hommes⁶⁵. « Il faut voir dans l'open innovation (ou innovation participative) une démarche débouchant sur de nouveaux avantages compétitifs. Elle constitue en effet un moyen de répondre à la réduction de la mise [à disposition] sur le marché (*time to market*), à l'accroissement exponentiel des sources d'idées, à l'essor des modes de communication digitaux interactifs, et au besoin de réactivité et de différenciation »⁶⁶. Les réseaux sociaux d'entreprises symbolisent ce changement. Cette émulation de personnes forme un nouveau collectif de travail caractérisé par son horizontalité. L'intégration de la chaîne de production en est la dernière évolution. Quand l'entreprise fordiste était intégrée verticalement à ses fournisseurs externes⁶⁷, l'entreprise contemporaine se recentre sur sa fonction

⁶⁰ Airbnb, blablacar, kisskissbank, La ruche qui dit oui, etc.

⁶¹ Avec leurs modèles de particuliers à particuliers, ces services créent par la même de nouvelles sources de revenus pour les participants.

⁶² « Le mouvement d'externalisation qui avait semblé marquer le pas dans l'industrie semble s'accroître dans les services ; plus encore, l'apparition des plateformes qui créent de la valeur en mettant en relation clients et fournisseurs fait craindre un éclatement du collectif de travail, de l'entreprise elle-même et de la forme dominante d'emploi qu'est le salariat. La forme de travail et de création de valeur sera-t-elle celle d'une multitude d'entités aux formes d'emploi flexibles gravitant autour de quelques assembleurs ayant atteint une taille critique à l'instar des GAFA (Google, Apple, Facebook, Amazon) ? ». E. Prouet et C. Jolly, *L'avenir du travail : quelles redéfinitions de l'emploi, des statuts et des protections ?*, France Stratégie, 2016, p. 13.

⁶³ *Repenser la place des individus au travail dans une société numérique*, La Fing, 2013, p. 80.

⁶⁴ O. Bomsel et G. Le Blanc, « Qu'est ce que l'économie numérique? », *La Recherche*, n° 328, 2000, p. 82.

⁶⁵ Alors que le modèle initial suppose une supervision des employés assurée par une vaste hiérarchie et une communication verticale, dans les nouvelles organisations, l'information circule de manière horizontale à l'intérieur ou entre les équipes et de manière transversale entre des personnes de niveaux hiérarchiques différents. Finalement l'information circule dans tous les sens, sur divers axes et de façon non linéaire.

⁶⁶ CIGREF, *Les 10 tendances structurantes de la transition numérique*, <http://www.cigref.fr/les-10-tendances-structurantes-de-la-transition-numerique>, consulté le 30 octobre 2013.

⁶⁷ En ce qu'elle passait notamment des contrats de moyen terme.

principale⁶⁸. Les clients eux-mêmes participent parfois à l'élaboration du produit dont ils ont besoin⁶⁹.

9. **Dématérialisation des entreprises** - Les entreprises sont en mutation, une mutation qui ne concerne pas seulement la technologie mais concerne également, et sans doute davantage, la nature, la structure de l'organisation du travail, des collectifs⁷⁰ de travail et des emplois. « Pour rester compétitif, il devient essentiel d'innover et dans ce cas, il faut se surpasser avec une mobilisation accrue de l'intelligence et la mise en œuvre de nouveaux savoirs. Les technologies de l'information et de la communication construisent un monde virtuel et un fonctionnement en réseau »⁷¹. Bouleversant les conditions de travail, le numérique induit une remise en cause des modèles managériaux traditionnels. « D'abord, le système d'évaluation et de valorisation individuelles est contraire aux valeurs collectives, de partage, véhiculées par le numérique. Ensuite, la plupart des jeunes salariés ont plus de connaissance sur ce domaine que les équipes dirigeantes et managers expérimentés »⁷². L'Eurofound définit la notion de « *high involvement working organisation* »⁷³ comme une organisation du travail qui procure aux salariés un espace d'implication, de participation directe, de capacité d'influence et de décision sur leur travail, selon deux modalités : les tâches qu'ils ont à accomplir, et l'environnement organisationnel dans lequel ils évoluent. Or, dans l'ensemble des pays de l'Union Européenne, la majorité de la main d'œuvre travaille dans des organisations qui n'offrent aux salariés que des possibilités de participation à la prise de décisions et ce qu'il s'agisse de leur propre travail ou des aspects organisationnels plus généraux⁷⁴.

⁶⁸ Entretien des rapports étroits et à long terme avec ses fournisseurs.

⁶⁹ P. Askénazy et C. Gianella, « Le paradoxe de productivité : les changements organisationnels, facteur complémentaire à l'informatisation », *Économie et statistique*, n° 339-340, mai 2001, p. 222.

⁷⁰ E. Prouet et C. Jolly, *L'avenir du travail*, op. cit., p. 13.

⁷¹ L. Lambrichs et B. Schwartz, *Moderniser sans exclure*, La Découverte, 1994, p. 144.

⁷² FRANCE et P. Lemoine, *La nouvelle grammaire du succès - La transformation numérique de l'économie française*, op. cit., p. 276.

⁷³ « Employee involvement refers to the opportunities for employees to take part in decisions that affect their work. It is concerned with the capacity of employees to influence decisions as individuals rather than through representatives. It is often used synonymously with the term 'direct participation'. Opportunities can be provided which may or may not be taken up; employee involvement therefore includes not only effective influence but latent capacities for action. It is the common concept that underlies diverse notions of 'new forms of work organisation' – whether 'high involvement', 'high performance' or 'learning organisations' – and it provides a core theoretical dynamic of their arguments. In principle, it is possible to distinguish three levels of employee involvement: higher level decisions such as investment, workforce structure and product development; involvement in decisions about work organisation; involvement in decisions about the immediate job task ». G. Duncan et Z. Ying, *Work organisation and employee involvement in Europe*, Luxembourg, Eurofound, coll.« Publications Office of the European Union », 2013, p. 10.

⁷⁴ En 2010, 38% des salariés appartenait à des organisations à faible niveau d'implication, seulement 27% exerçaient leur activité dans des organisations à forte implication, les 35% restants étant employés dans des organisations à niveaux intermédiaires d'implication. Seuls se distinguent, les pays nordiques (Danemark, Finlande et Suède) qui présentent les niveaux les plus élevés d'implication, suivis, par les pays baltes (l'Estonie, la Lettonie et la Lituanie) avec des niveaux d'implication relativement élevés. Dans ce palmarès, la France figure en dessous de la moyenne européenne, en raison notamment de l'incapacité de ses entreprises à solliciter l'implication et la participation directe des salariés.

10. **Paradoxe de Solow** - Le numérique n'impose pas de solution unique en termes d'organisation du travail. Les entreprises peuvent tout aussi bien mobiliser les TIC dans le cadre de structures organisationnelles plus horizontales, que tenter grâce à ces technologies de maintenir une logique hiérarchique en renforçant les compétences de l'encadrement⁷⁵. La difficulté avec la transformation numérique n'est pas de s'équiper mais de se transformer. « L'innovation n'est pas seulement d'ordre technologique, technique, organisationnel ou managérial. Elle est également environnementale, sociale, écologique. Elle doit s'inscrire dans un contexte social compatible »⁷⁶. Robert Solow mis en exergue un tel paradoxe, selon lequel l'informatique serait partout, sauf dans les statistiques de productivité⁷⁷. En d'autres termes, le progrès technique apporté par les TIC n'aurait pas autant d'impact sur l'ensemble de l'économie que les précédentes révolutions industrielles, qui ont dégagé d'importants gisements de productivité. Seules les industries ayant adopté simultanément des pratiques de travail flexibles et ayant fortement investi en informatique ont enregistré une forte hausse de la productivité totale des facteurs. Le consensus établi par différentes disciplines révèle l'existence d'une complémentarité entre l'organisation de l'entreprise et les technologies de l'information. La décentralisation managériale et le recours massif à l'informatique vont de pair. Les innovations organisationnelle et technologique sont généralement associées dans le développement de nouveaux modes de production et d'organisation du travail⁷⁸. Mettant en branle ces deux types d'innovations, il apparaît que les entreprises qui les conjuguent ont une productivité supérieure⁷⁹. Les entreprises qui recourent aux nouvelles technologies et au changement organisationnel sont également plus aptes à développer de nouveaux produits et marchés⁸⁰.

11. **Environnement réglementaire hostile** - L'innovation organisationnelle conditionne la réussite de la nouvelle économie. « Pour l'économie européenne, et en

⁷⁵ N. Greenan et Y. L'Horty, « Le paradoxe de la productivité », *Travail et Emploi, DARES*, 2002, p. 37.

⁷⁶ D. Barroux, *Pourquoi la révolution technologique m'a « tué »*, http://www.lesechos.fr/22/10/2013/LesEchos/21548-035-ECH_pourquoi-la-revolution-technologique-m-a---tuer--.htm, consulté le 4 mai 2016.

⁷⁷ R. Hennion, A. Hawksworth et H. Tournier, *Architecture et transformation de l'entreprise et du SI*, Editions Eyrolles, 2014, p. 6.

⁷⁸ P. Askénazy et C. Gianella, « Le paradoxe de productivité : les changements organisationnels, facteur complémentaire à l'informatisation », *op. cit.*, p. 225.

⁷⁹ Il y a en effet une corrélation entre la productivité de la main-d'œuvre qualifiée et l'intégration concomitante dans l'entreprise des technologies de l'information, et d'une nouvelle organisation du travail. T.F. Bresnahan, E. Brynjolfsson et L.M. Hitt, « Information Technology, Workplace Organization, and the Demand for Skilled Labor: Firm-Level Evidence », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 117, 2012, p. 339-376.

⁸⁰ F. Mahr et T. Kretschmer, « Performance Effects of Aligning Information Technology with Organization and Product Market Strategy », 2009.

particulier l'économie française, qui sont nettement plus utilisatrices que productrices de TIC, l'enjeu de l'innovation organisationnelle est alors crucial »⁸¹. Pour autant, dans les usages et dans la capacité à se saisir du numérique pour faire évoluer les organisations, le retard de la France est patent⁸². Un décalage s'est créé entre l'adoption du numérique par les particuliers et un basculement qui se fait attendre pour les entreprises⁸³. En comparaison avec ses homologues européens, la population française apparaît plus connectée que les entreprises qui, elles accumulent en retard⁸⁴. Les entreprises françaises pourraient extraire des gains de productivité de leurs investissements dans les technologies de l'information... à la seule condition de modifier leur organisation. « Ce processus de *Destruction Créatrice* constitue la donnée fondamentale du capitalisme »⁸⁵. Le Forum économique mondial souligne que, pour créer un environnement réglementaire et commercial favorable avec des marchés concurrentiels, le leadership gouvernemental est une exigence fondamentale⁸⁶. L'État a donc un rôle primordial à jouer non seulement dans l'éducation, l'emploi, et la promotion des TIC auprès des citoyens et des entreprises mais aussi en créant un cadre législatif et réglementaire propice au développement des TIC et de l'innovation⁸⁷. Dans son rapport sur l'évolution de l'action publique, France Stratégie estime que la modernisation de l'économie française requiert des régulations stables, pragmatiques et efficaces, au service de l'intérêt général⁸⁸. Le processus de simplification engagé par le gouvernement montre très concrètement les progrès réalisables⁸⁹. À cet égard, le calcul qui consiste à protéger

⁸¹ P. Askénazy et C. Gianella, « Le paradoxe de productivité : les changements organisationnels, facteur complémentaire à l'informatisation », *op. cit.*, p. 237.

⁸² Classée à la 26ème place du classement annuel du Forum Économique Mondial sur les pays les plus aptes à tirer parti des nouvelles technologies de l'information, la France enregistre des performances mitigées pour se hisser au niveau des meilleures nations mondiales. S. Dutta, T. Geiger et B. Lanvin, *The Global Information Technology Report 2015*, Genève, World Economic Forum, 2015, p. 13.

⁸³ *Accélérer la mutation numérique des entreprises : un gisement de croissance et de compétitivité pour la France*, McKinsey, 2014, p. 18.

⁸⁴ Par exemple, si les consommateurs français sont classés 8ème dans l'Union Européenne en matière d'utilisation du numérique, les entreprises françaises sont seulement positionnées à la 15ème place. Eurostat, *enquêtes communautaires sur les TIC et le commerce électronique 2013*. S'agissant des conditions de travail, « les données disponibles sur la diffusion du télétravail soulignent que les entreprises françaises sont à la traîne sur la base d'un chiffre très approximatif de 5 à 10% de salariés estimé par l'OCDE et encore très loin des pays anglo-saxons et scandinaves (entre 20% et 35%) ». Le télétravail : où en est-on en 2014 ?, ANACT, octobre 2013.

⁸⁵ J.A. Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, traduit par Gaël FAIN, Payot, 1963, p. 117.

⁸⁶ S. Dutta, T. Geiger et B. Lanvin, *The Global Information Technology Report 2015*, *op. cit.*, p. 13.

⁸⁷ Jacques Barthélémy souligne justement que « le droit social est souvent vécu comme un mal nécessaire par les dirigeants et comme une arme d'opposition par les représentants syndicaux et du personnel ; de ce fait, les stratégies sont fréquemment arrêtées sans le concours de ce droit, généralement perçu comme un obstacle à l'innovation sociale. Ce droit est généralement déconnecté des autres disciplines ; pour autant il permet de contribuer à l'optimisation du fonctionnement de l'entreprise ; irriguant le droit de l'activité économique ». J. Barthélémy, *Droit social, technique d'organisation de l'entreprise*, p. 10.

⁸⁸ « En outre, les contraintes du droit du travail limitant la mobilité des ressources sont internalisées par les chefs d'entreprise qui restreignent leur niveau d'ambition en matière de transformation numérique ». *Accélérer la mutation numérique des entreprises : un gisement de croissance et de compétitivité pour la France*, *op. cit.*, p. 2.

⁸⁹ La loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 comprend des mesures de simplification en matière d'urbanisme et d'environnement, ainsi que des mesures de simplifications fiscales et comptables (simplification voire suppression de certaines obligations déclaratives). « Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses

quelques acteurs en place par des transpositions incomplètes, ou des sur-transpositions, conduit à retarder des réformes pourtant inévitables et en fait souhaitables : les rentes à court terme sont ainsi privilégiées par rapport à la croissance et à l'emploi⁹⁰.

12. **Travail numérique** - Avant d'aborder les relations numériques, il est indispensable de définir les concepts clés de « salarié numérique », de « travail numérique » sur lesquels reposent les relations numériques afin d'avoir une vue juste du présent sujet. Contrairement à une idée fortement répandue, la famille de professions et de métiers compris dans le monde numérique n'est pas faite que d'informaticiens, de développeurs et d'ingénieurs. En réalité, la variété des professions est beaucoup plus large et les niveaux de qualification plus diversifiés⁹¹. Il faut en effet distinguer d'une part les métiers numériques proprement dits, un concepteur de jeu par exemple et les métiers « stimulés » par le numérique, où l'on retrouve par exemple les professionnels des centres d'appel ou les chauffeurs de taxis⁹². On retrouve dès lors, des métiers issus de vastes champs professionnels, eux-mêmes dispersés dans une grande variété d'entreprises, grandes et petites, et non seulement des startup⁹³. Ainsi, les emplois jadis méthodiquement compartimentés par secteurs d'activités empruntent aujourd'hui, et par voie de conséquence, le chemin de la diversification⁹⁴.

dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives » (JO n°0295, 21 décembre 2014, p. 21647).

⁹⁰ D. Bureau et M.-C. Naves, *Quelle action publique pour demain ?*, France Stratégie, 2015, p. 35.

⁹¹ P. Veltz, « Le nouveau monde de la production », *Sciences Humaines*, n° 210, 2009.

⁹² « Les taxis parisiens, qui n'ont a priori pourtant rien à voir avec l'informatique et les réseaux sociaux, constatent ainsi, dépités, qu'ils sont les victimes collatérales du digital. Longtemps, le monopole des taxis était protégé par un numerus clausus imposé par la préfecture de police. Pas de plaque, pas de taxi... et donc pas le droit de marauder, c'est-à-dire d'attendre le client dans la rue. Aujourd'hui, n'importe qui peut devenir taxi. Il suffit de télécharger une application sur son smartphone permettant de mettre en relation un chauffeur et un client. Le privilège de la maraude est devenu un handicap. Les taxis attendent immobiles ou roulent à vide en cherchant le chaland alors que leurs nouveaux concurrents sont mis en relation directe avec leurs clients. La loi pourra tenter de freiner l'essor de cette concurrence. Mais, si une réglementation peut dresser des barrages temporaires sur la route du progrès technique, elle ne peut durablement espérer repousser le tsunami digital qui permet de faire émerger de nouveaux services plus performants. Car le taxi 2.0 est plus efficace. Les courses sont payées électroniquement (plus besoin d'avoir de monnaie), le prix est fixe (il varie en fonction de la distance et des heures pour ajuster offre et demande mais n'est pas impacté par les bouchons), le client est informé de la position de son véhicule en approche. Avec le Web, les particuliers qui sous-louent une chambre concurrencent les hôtels et les services de chauffeurs peuvent doubler les taxis ». D. Barroux, « Pourquoi la révolution technologique m'a « tuer » », *op. cit.*, p. 9.

⁹³ A.-F.S. Laurent-Kogan et J.-L. Metzger, *Où va le travail à l'ère du numérique ?*, Presses des MINES, 2013, p. 90-91.

⁹⁴ La désindustrialisation ne correspond pas seulement à un déplacement purement quantitatif des emplois, mais signale un tournant dans l'histoire du travail, les machines intelligentes sont également amenées à jouer un rôle dans tous les secteurs d'activités et dans toutes les activités de notre vie. L'agriculteur qui disposait encore hier de ses bras pour seule force de travail, conduit aujourd'hui de puissantes machines, demain il devra s'assurer de leur bon paramétrage et de la qualité de la production sans être physiquement présent sur l'exploitation. G. Babinet, *Pour un New Deal Numérique*, Paris, Institut Montaigne, 2013, p. 26.

13. **Appréhender le cerveau d'œuvre** - Comme le considère l'économiste Michel Volle, l'ère contemporaine est celle d'une troisième « révolution industrielle »⁹⁵, basée sur une économie dite de la connaissance. A l'instar du médecin salarié ou de l'avocat salarié, l'emploi a vocation à être de plus en plus consacré à des tâches qui demandent discernement et initiative. En atteste l'article 145 du TFUE assignant aux Etats membres la promotion « d'une main-d'oeuvre qualifiée, formée et susceptible de s'adapter ainsi que des marchés du travail aptes à réagir rapidement à l'évolution de l'économie »⁹⁶. Il ne s'agit plus pour les entreprises de mobiliser une « main-d'œuvre », mais du « cerveau-d'œuvre » pour produire des biens et des services⁹⁷. L'essor du capital intellectuel a de profondes implications pour l'emploi et l'inégalité des revenus du travail. « Si le travail en équipe et l'accumulation de savoir-faire codifiés sont indispensables dans les services aux entreprises externalisés (conseil ou logistique/entreposage) valorisant plutôt une forme entrepreneuriale classique et un emploi salarié, il n'en va pas de même dans les services aux particuliers (hôtellerie, services de mobilité ou à domicile) où le savoir-faire est individuel et la relation interpersonnelle prédominante, et qui ne nécessitent pas nécessairement de collectif de travail »⁹⁸. Une économie reposant sur le capital intellectuel récompense les compétences et les travailleurs qui accomplissent des tâches manuelles ou cognitives non routinières⁹⁹.

14. **Atomisation des emplois** - Du point de vue de l'emploi, la révolution numérique introduit une fracture supplémentaire. Malgré les espoirs qu'il porte, l'avènement du numérique peut aussi être considéré comme le « cheval de Troie » d'une précarisation et d'une atomisation accrues des individus ou encore d'un effritement de notre modèle social. En effet, « il contribue à un raccourcissement général des cycles d'emploi au détriment des contrats de travail longs (voire à durée indéterminée) et au profit de statuts temporaires, « intermittents », « auto-entrepreneurs » ou plus informels encore,

⁹⁵ M. Volle, « Le siècle de la troisième révolution industrielle », *Questions internationales, La Documentation Française*, n° 52, 2011, p. 128.

⁹⁶ Art. 145 : Les États membres et l'Union s'attachent, conformément au présent titre, à élaborer une stratégie coordonnée pour l'emploi et en particulier à promouvoir une main-d'oeuvre qualifiée, formée et susceptible de s'adapter ainsi que des marchés du travail aptes à réagir rapidement à l'évolution de l'économie, en vue d'atteindre les objectifs énoncés à l'article 3 du traité sur l'Union européenne. « Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » (JO 26 oct. 2012, n°C 326, p. 1).

⁹⁷ L'ouvrier Renault doit forcément se rendre sur la chaîne de production et ne peut pas rapporter son ouvrage à la maison lorsqu'il n'a pas suivi la bonne cadence, alors que le graphiste « travaille » partout et à n'importe quel moment, même s'il donne parfois l'impression de faire autre chose, notamment lorsqu'il écoute de la musique au bureau.

⁹⁸ E. Prouet et C. Jolly, *L'avenir du travail*, op. cit., p. 13.

⁹⁹ *New sources of growth : Knowledge-based capital*, <http://www.oecd.org/sti/inno/newsourcesofgrowthknowledge-basedcapital.htm>, consulté le 12 novembre 2013.

comme le travail « gratuit » des internautes sur les grandes plateformes du Net »¹⁰⁰. Si la très grande majorité des actifs sont salariés, la part des emplois non-salariés évolue positivement quand la première tend à décroître¹⁰¹. La généralisation de l'entreprise en réseaux, soulève aujourd'hui de nouvelles questions, quant aux frontières du travail. Les liens entre les travailleurs et l'entreprise se fragmentent. Un tel constat se déduit notamment de l'apparition de nouveaux intermédiaires. Dans ce nouvel ordre technologique connecté, la subordination ne disparaît pas mais prend de « nouveaux visages »¹⁰². « La vague de transformation digitale à l'œuvre depuis les années 2000 pourrait être aux cols blancs dans la décennie à venir, ce que la mondialisation et l'automatisation industrielle ont été aux cols bleus dans les années 1980-1990 »¹⁰³. Il serait inutile, et même dangereux, de combattre cette évolution technologique. Elle est déjà en marche. Il faut en revanche en prendre la mesure, dès maintenant¹⁰⁴. Il ne s'agit là que d'une première fêlure du modèle de l'entreprise. En réalité ces deux mouvements se nourrissent réciproquement, le perfectionnement des réseaux informatiques favorise la mise en réseau des entreprises, qui pousse en retour à un perfectionnement des techniques de l'information et de la communication¹⁰⁵.

¹⁰⁰ FRANCE, Premier Ministre et Conseil national du numérique, *Ambition numérique : pour une politique française et européenne de la transition numérique*, op. cit., p. 292.

¹⁰¹ On comptait ainsi en France : 23 791,9 milliers d'emplois salariés en 2010, 23 823,3 en 2011 et 23 733,2 en 2012 contre respectivement, 2 467,5 ; 2 529,9 et 2 560,4 milliers d'emplois non-salariés. Fait majeur, l'essentiel de cette hausse est induit par les secteurs tertiaires marchand et non marchand
Source : Insee, Estimations d'emploi localisées.

Emploi salarié et non salarié au 31 décembre en milliers - France Métropolitaine

Secteur d'activité en nomenclature agrégée (NA)	2000	2010	2011 (p)	2012 (p)
Emploi salarié total (AZ à RU)	22 842,3	23 791,9	23 823,3	23 733,2
<i>Emploi non salarié</i>				
Agriculture	549,3	435,6	426,9	420,6
Industrie	128,5	129,5	133,1	134,6
Construction	218,4	289,4	295,7	298,8
Tertiaire marchand	1 044,3	1 199,1	1 242,0	1 256,6
Tertiaire non marchand	323,2	413,9	432,2	449,8
Emploi non salarié total	2 263,6	2 467,5	2 529,9	2 560,4
Emploi total	25 105,9	26 259,4	26 353,1	26 293,7

(p) données provisoires

¹⁰² A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.*, n° 2, 2000, p. 131-154.

¹⁰³ *Les classes moyennes face à la transformation digitale*, Roland Berger Strategy Consultants, 2014, p. 25.

¹⁰⁴ En France, au-delà de la symbolique du million d'auto-entrepreneurs, on estime qu'un travailleur du numérique sur 10 exerce déjà aujourd'hui hors du champ du salariat et cela devrait continuer à augmenter. INSEE, *Emploi et revenus des indépendants*, juin 2015. Les freelances, personnes exerçant une activité comme travailleurs indépendants, représentaient, en 2014 et à titre d'exemple, 18% du secteur des services aux Pays-Bas, 11% en Allemagne et 7% en France, ce qui représente une augmentation de 8,6% sur cette même année. Données agrégées par le McKinsey Global Institute Analysis à partir d'études d'Eurostat, du US Bureau of Labor Statistics et de l'OCDE.

¹⁰⁵ A. Supiot, « Travail, droit et technique », op. cit., p. 17.

15. **Des relations hétérogènes** - A travers ce rapide état de la difficulté d'envisager le cerveau d'œuvre comme un ensemble homogène, il apparaît difficile d'élaborer une grille d'analyse aussi martiale que le droit du travail l'avait considérée à l'aune de la main d'œuvre. « Elle emporte un nouveau mode d'organisation du corps social fondé sur une division de la société entre ceux qui participent au « festin numérique » et ceux qui n'en sont que spectateurs. Ce sont deux modes de communication, de réflexion et d'action qui, déjà, se côtoient, deux mondes qui vont cohabiter. Entre eux, de plus en plus étrangers l'un à l'autre, les échanges s'affaibliront. Au principe d'universalité, un coup fatal va être porté »¹⁰⁶. Il ne s'agit pas d'élaborer une distinction entre les nouveaux et les anciens métiers, mais d'envisager à travers l'impact du numérique la pluralité des évolutions emblématiques de l'émergence de nouvelles logiques professionnelles¹⁰⁷. Logiques qui s'adressent « à des phénomènes de changement professionnel affectant des acteurs et leurs rapports particuliers au groupe professionnel, à l'organisation et au marché du travail »¹⁰⁸. Sans un accompagnement, sans des médiations au plus près des populations en souffrance, le numérique ne sera qu'un accélérateur des formes d'inégalités et d'exclusion. « La transformation numérique de l'ensemble des secteurs de l'économie française pose d'ores et déjà de nombreuses questions réglementaires. Une réflexion doit s'engager sur les réglementations sectorielles, notamment lorsque leur contournement déstabilise tout un secteur »¹⁰⁹.

16. **Confrontation entre deux logiques** – Bien avant la généralisation des ordinateurs, une évolution du même type était déjà à l'œuvre dans les statuts professionnels des travailleurs, qu'ils soient salariés ou indépendants, utilisateurs ou non d'ordinateurs¹¹⁰. En effet, « depuis le milieu des années soixante-dix, le droit du travail est en proie à l'individualisation des statuts. L'emploi salarié s'est diversifié avec l'érosion de l'emploi typique qui associait dépendance et sécurité ; le contrat individuel a

¹⁰⁶ B. Teyslié, *La communication numérique, un droit, des droits*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 55.

¹⁰⁷ Les technologies de l'information et de la communication réduisent l'asymétrie de l'information : elles permettent à un plus grand nombre de personnes d'accéder à un plus grand nombre d'informations n'importe où et n'importe quand. Cela a pour effet de bouleverser les relations économiques, la structure des marchés et des organisations, les comportements économiques. Les travailleurs intellectuels, ceux qui génèrent des idées et les transmettent électroniquement sous forme de produits intangibles, immatériels, tirent un bénéfice particulier des évolutions en cours car, grâce à Internet et à d'autres technologies du même type, ils ont accès à tout moment et en qualité illimitée à la matière première dont ils ont besoin. Toutefois, il y a une part de savoir dans tout travail et tout le monde a donc à gagner à un meilleur accès à l'information. Bureau international du travail, *Rapport sur l'emploi dans le monde 2001*, International Labour Organization, 2002, p. 3.

¹⁰⁸ F. Pichault, B. Rorive et M. Zune, *Etude « TIC et métiers en émergence »*, Direction générale de l'industrie, des technologies de l'information et des postes, 2002, p. 59.

¹⁰⁹ *Le numérique, une chance à saisir pour la France*, op. cit., p. 45.

¹¹⁰ « Dès les années soixante, le monde agricole expérimentait le travail autonome intégré à des réseaux contrôlés par les firmes agro-alimentaires ». J. Danet, *Droit et disciplines de production et de commercialisation en agriculture*, Thèse de doctorat, Université Paris 1, 1982.

pris une importance nouvelle ; les frontières entre salariat et indépendance, vie privée et vie professionnelle, se sont brouillées »¹¹¹. L'individualisation du rapport au travail s'accompagne du délitement des collectifs de travail et du lien entre les droits sociaux et le travail subordonné mais « si les travailleurs se veulent plus autonomes, moins contraints par une hiérarchie, le désir de protection qui a accompagné la montée du salariat demeure à la fois un souci individuel et collectif. C'est tout l'enjeu des nouvelles formes de travail plus « indépendantes », développées notamment dans certains segments de l'économie, qu'il s'agisse (historiquement) des arts et spectacles ou désormais des plateformes numériques : les travailleurs y trouvent un sens, une forme de « désaliénation », mais cherchent aussi à sécuriser leurs revenus et leur parcours »¹¹².

17. Innovations ou régressions sociales – « Ce qui n'était encore que des craquements est devenu aujourd'hui un problème central du droit du travail avec la généralisation du modèle de l'entreprise en réseaux et la masse de difficultés juridiques qu'il soulève : l'extériorisation de l'emploi, la sous-traitance et les problèmes de frontières de l'entreprise, etc. »¹¹³. Pourtant, le numérique peut participer d'une croissance économique durable, être mis au service d'une solidarité qui s'exprime aussi bien entre territoires qu'entre générations et groupes sociaux¹¹⁴. « L'innovation dans l'organisation de la production est susceptible de révolutionner les modes de gestion de l'entreprise et de bouleverser la vie quotidienne du salarié. Elle porte en germe des risques d'atteintes à ses libertés¹¹⁵ mais aussi des potentialités d'innovation sociale. C'est là que l'apport du droit peut se révéler important »¹¹⁶. Du point de vue des conditions d'emploi, « le numérique produit au quotidien une tension de plus en plus forte entre, d'un côté, un mouvement de rationalisation, de contrôle, voire de « prolétarianisation » de certains postes devenus simples terminaisons du système d'information ; et de l'autre, une demande managériale d'engagement, d'autonomie, de réactivité et de disponibilité. Cette contradiction se renforce par le fait que les individus

¹¹¹ A. Supiot, « Travail, droit et technique », *op. cit.*, p. 22.

¹¹² *L'avenir du travail et de la qualité dans la société de l'information : le secteur des médias, de la culture et des arts graphiques. Réunion tripartite sur l'avenir du travail et de la qualité dans la société de l'information: le secteur des médias, de la*, International Labour Organization, 2004, p. 16.

¹¹³ A. Supiot, « Travail, droit et technique », *op. cit.*, p. 22.

¹¹⁴ *Avis n°2015-3 du Conseil national du numérique relatif au projet de loi pour une République numérique*, p. 2.

¹¹⁵ A l'ère du numérique, le régime gouvernant les droits et libertés peut, dès lors, sembler être potentiellement battu en brèche. Toutefois, la remise en cause des règles applicables ou le questionnement sur les lacunes juridiques en matière de TIC ne sont pas nécessairement synonymes de violation des libertés individuelles reconnues aux individus, étant susmentionné qu'adaptation, limitation et conciliation ne sont pas antinomiques.

¹¹⁶ M. Richevaux et B. Wallon, « Innovation et droits des travailleurs, quelles obligations pour l'employeur ? », *Innovations*, vol. n°19, n° 1, 1 mars 2004, p. 131.

apportent également dans l'entreprise leurs pratiques et même leurs outils, gagnant ainsi de nouvelles capacités d'action, d'organisation, d'autodétermination »¹¹⁷. Pour les entreprises françaises utilisatrices de TIC, il est nécessaire d'adopter des pratiques qui valorisent leurs potentialités. « L'enjeu peut être, pour les entreprises de mettre en place une nouvelle organisation permettant de répondre aux besoins et demandes de chaque salarié et, de ce fait, personnaliser la structure de travail »¹¹⁸. Mais ce mouvement organisationnel est freiné par un droit du travail pensé pour une autre économie. Comme le soulignent plusieurs rapports récents, il serait toutefois erroné de penser que le numérique à lui seul est une garantie de progrès. « Il suffit de voir la prolifération des nouvelles formes de criminalité sur les réseaux, l'utilisation d'internet pour promouvoir le racisme et la barbarie, le levier que représente le numérique pour tracer, pour fichier, pour traquer ! »¹¹⁹. En effet, « l'internet est devenu un prodigieux espace de liberté et un instrument stupéfiant et inattendu d'enrichissement culturel, humain et économique »¹²⁰ pour autant « qui ne rêve pas aujourd'hui, parmi nos politiques, de pouvoir réguler un jour cette toile mondiale qui, siège de toute liberté, n'en est pas moins le lieu de tous les excès »¹²¹. « La naïveté consisterait à penser que l'autorégulation, l'équilibre des relations sociales et le droit du travail existant suffisent à assurer une transition harmonieuse. Le conservatisme consisterait à prétendre qu'il suffit de transposer, voire de renforcer les règles existantes pour gérer l'ensemble des nouvelles situations créées par cette révolution numérique »¹²². Encadrer juridiquement ce processus, permettrait finalement d'accompagner les entreprises dans cette mutation, en limitant les dégradations éventuelles des conditions de travail des salariés et ainsi faciliter la pérennisation du travail numérique. Face aux innovations, « le droit a souvent une tendance à être en retard. Ou alors, inversement, le droit s'emballe et l'on voit surgir une multiplication incessante des législations qui produit également un effet délétère puisque les investisseurs qui cherchent la sécurité juridique, la constance et la stabilité, se méfient de cette impossibilité du droit à se stabiliser »¹²³. C'est ainsi que si les nouveaux procédés intégrés par la technologie peuvent conduire à une obsolescence

¹¹⁷ FRANCE, Premier Ministre et Conseil national du numérique, *Ambition numérique : pour une politique française et européenne de la transition numérique*, op. cit., p. 292.

¹¹⁸ J.-L. Cerdin, R. Colle et J.-M. Peretti, « La fidélisation des salariés par l'entreprise à la carte », *Revue Gestion des Ressources Humaines*, n° 55, 2005, p. 3-19.

¹¹⁹ FRANCE et P. Lemoine, *La nouvelle grammaire du succès - La transformation numérique de l'économie française*, op. cit., p. 13.

¹²⁰ J. Larrieu, *Droit de l'Internet*, Ellipses, 2010, p. 3.

¹²¹ S. Chatry, *La régulation d'Internet ; regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle*, Mare et Martin, 2016, p. 7.

¹²² B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, op. cit., p. 9.

¹²³ P.-D. Cervetti, « L'innovation à l'épreuve de la mondialisation », 2015, p. 420.

prématurée du droit, l'encadrement et plus précisément la réglementation dans ce domaine doit s'apparenter à « des institutions qui permettent de surmonter les effets paralysants des incertitudes sur les marchés »¹²⁴. Pour Philippe Lemoine, rapporteur de la mission pour la « transformation numérique de l'économie française »¹²⁵ : « il faut définir vers quel type de société on veut aller, et c'est là qu'intervient le politique. Il faut dégager des valeurs, imprimer une marque. L'avenir numérique n'est pas écrit une fois pour toute »¹²⁶.

18. L'origine industrielle du droit du travail – Le droit du travail pourrait schématiquement être la traduction juridique de la relation de travail entre l'homme, le système productif, et l'entreprise. La règle de droit ne procède pas uniquement de la raison logique, elle procède également de choix philosophiques, sociaux et techniques¹²⁷. Dans la société romaine antique, le recours au *locatio operarium* et au *locatio operis*, pour désigner respectivement les contrats de travail et d'entreprise, représente les prémices du droit du travail actuel. Puis, de la désaliénation à la place toujours plus importante dédiée à la question sociale, la référence est ici faite aux grandes réformes du XXe siècle relatives aux droits sociaux¹²⁸. Le regroupement des salariés dans des structures importantes lors de la révolution industrielle a permis de générer des structures syndicales facilitant la mise en place d'une législation sociale. En effet, « d'abord construit autour de l'objectif de sécurité du travail, relativement riche encore de dispositions concernant les machines et substances utilisées pour la fabrication des produits, il a une vocation congénitale à réagir ces « innovations de procédés plutôt que de produits » que sont les « nouvelles technologies » au sens actuel de l'expression »¹²⁹. Qui plus est, « sans main ni cerveau, la machine avait besoin d'être nourrie et guidée par l'homme. L'usine industrielle s'est donc définie à la fois comme la

¹²⁴ P. Coppens, « Le temps en droit et en économie », dans Gilberte Closset-Marchal (dir.), *Le temps et le droit: hommage au professeur Closset-Marchal*, Bruxelles, Éd. Bruylant, 2013, p. 43.

¹²⁵ FRANCE et P. Lemoine, *La nouvelle grammaire du succès - La transformation numérique de l'économie française*, op. cit.

¹²⁶ *Accélérer la transformation numérique : les préconisations du rapport Lemoine*, <http://www.franceculture.fr/2014-11-10-acceler-la-transformation-numerique-les-preconisations-du-rapport-lemoine>, consulté le 2 mars 2015.

¹²⁷ « Le Droit n'est pas l'expression d'une Vérité révélée par Dieu ou découverte par la Science ; il n'est pas non davantage un simple outil qui pourrait se juger à l'aune de l'efficacité (efficace pour qui ?). Comme les instruments de mesure de la Melancholia de Dürer, il sert à approcher, sans jamais pouvoir l'atteindre, une représentation juste du monde ». A. Supiot, *Homo juridicus*, op. cit., p. 18.

¹²⁸ A titre d'exemple la réglementation de « la durée de travail, au sens le plus large du terme, pour des raisons d'ordre technique (nécessité de rendre synchrones les opérations) et d'équité sociale (la condition des employés est sous le rapport de la durée de travail sensiblement voisine de celle des ouvriers), mais le signifié (je dois ma protection au fait que je suis ouvrier ou employé, à mon âge et à mon sexe) s'effacera devant le signifiant (je suis protégé par le seul fait de travailler ou d'appartenir au salariat) ». J.-P.L. Crom, *Deux siècles de droit du travail: l'histoire par les lois*, Editions de l'Atelier, 1998, p. 52.

¹²⁹ Centre de Recherches Critiques sur le Droit (CERCRID), « Le droit au contact de l'innovation technologique. Colloque de mai 1987 », *Droit et société*, vol. 11, n° 1, 1989, p. 288.

concentration d'un grand nombre de travailleurs et par la séparation d'avec l'habitat et la Cité »¹³⁰. Cette concentration est à l'origine de nombreux textes relatifs à l'hygiène, à la sécurité, à la discipline ou encore les libertés collectives dans l'espace de travail. L'entreprise moderne se trouve en effet conçue comme une collectivité réunissant autour d'une même activité économique et sous la direction d'un même employeur des travailleurs de différents métiers. C'est le modèle « fordiste »¹³¹. Terme inventé dans les années 1920, il fait référence à un système de production basé sur une technologie donnée et une manière d'organiser le processus de travail basé sur le concept d'une chaîne de montage à l'intérieur d'une unité de production unique. Ce modèle économique est basé non seulement sur la production de masse mais également sur la consommation de masse, il implique ainsi un système social et politique. Le droit du travail est ambivalent : s'il protège le salarié, c'est également afin de permettre le développement des entreprises¹³². « Le système politique a soutenu et encouragé la production et la consommation de masse. Les institutions et les autorités publiques étaient censées travailler pour que le travail soit disponible, pour distribuer la richesse et acheminer cette richesse jusqu'aux différentes classes sociales qui allaient consommer »¹³³. Le fordisme a mis en évidence l'efficacité d'un État providence régulateur, fournissant un cadre juridique stable et des services d'assistance sociale telle que la protection sociale. Ce sont ces règles, qui sont à l'origine de l'élaboration d'un droit du travail, appelé à l'origine « législation industrielle »¹³⁴, dans la plupart des États européens¹³⁵.

19. Périmètre du droit du travail – En France, le droit du travail doit être entendu depuis l'arrêt Bardou¹³⁶ du 6 juillet 1931 comme un corps de règles applicables au « travail subordonné », « celui qui s'exécute sous l'autorité, sous le pouvoir

¹³⁰ A. Supiot, « Travail, droit et technique », *op. cit.*, p. 21.

¹³¹ Le fordisme désigne le mode d'organisation du travail mis en place par l'industriel américain Henry Ford (1863-1947) dans ses usines d'automobiles de Détroit, notamment pour la production de la Ford T, noire, à partir de 1907. Le fordisme s'inspire lui-même des travaux de Frederick Winslow Taylor (1856-1915) sur l'Organisation scientifique du travail (OST). La division du poste de travail a pour fondement l'exécution d'une tâche. Dans cette approche, l'individu est considéré comme un rouage, comme l'est la machine qui lui sert à fabriquer des biens. F. Danvers, *S'orienter dans la vie : une valeur suprême ? Dictionnaire de sciences humaines*, Presses Univ. Septentrion, 2009, p. 545.

¹³² J.-E. Ray, *Droit du travail, droit vivant : 2008-2009*, Wolters Kluwer France, 2008, p. 20.

¹³³ E. Cairola et M. Revelli, *Manuel de formation sur le fordisme et le post-fordisme : organisation des travailleurs sur le lieu de travail*, Turin, Centre international de formation de l'OIT, 2004, p. 4.

¹³⁴ « On doit (ainsi) rattacher à la législation industrielle tous les règlements propres à assurer l'hygiène et la sécurité de l'ouvrier, sans distinction entre l'ouvrier mineur et l'ouvrier d'usine ». P. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*, A. Rousseau, 1894, p. 8.

¹³⁵ G. Bry, *Cours élémentaire de législation industrielle : travail industriel et questions ouvrières, propriété industrielle, délits de contrefaçon et concurrence déloyale*, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1902, p. 9.

¹³⁶ Cass. soc., 6 juillet 1931.

d'autrui »¹³⁷, et la subordination est en quelque sorte la « clé de voûte de cette branche du droit »¹³⁸. L'intégration des métiers de service s'est ensuite opérée tout au long du XX^e siècle. Il « apparaît comme le résultat de l'évolution d'une société libérale dans ses fondements économiques vers un État social garantissant aux salariés, puis à des fractions de plus en plus larges de la société des protections collectives contre les aléas de la vie au travail ou les risques de l'existence »¹³⁹. Pour l'essentiel la relation de travail s'organise donc autour du contrat de travail¹⁴⁰. L'idée-force est de se libérer du besoin en aliénant sa force de travail, cette relation contractuelle est encadrée par des dispositions négociées et des dispositions législatives et réglementaires. Le droit du travail repose ainsi sur une conception à la fois hiérarchique et collective des relations de travail. « Il explique l'importance donnée aux contacts de travail à temps plein et à durée indéterminée, fondés sur un équilibre constamment recherché entre un haut niveau de subordination au profit de l'employeur et un haut niveau de stabilité et de garanties sociales pour le salarié »¹⁴¹. Franchir les portes de l'entreprise c'était alors changer de statut, le citoyen dans la cité devenait salarié dans l'entreprise. Réalisant un « accouplement surréaliste de l'expression d'une des formes d'ordonnement, la plus aboutie, en démocratie - le droit du travail n'est-il pas, souvent, le fruit de la conjugaison de revendications des populations et de décisions de leurs représentations politiques, économiques et sociales ? - et de celle traduisant la vision d'un nouveau monde globalisant - celui de la communication et de l'information par l'entremise d'ondes et de machines infiniment grandes ou petites »¹⁴². Les spécificités de la relation de travail portent en elles un paradoxe relatif au traitement et au statut juridiques du corps au travail : le corps du travailleur est à la fois l'objet de la prestation de travail et l'objet de la protection du droit. L'enjeu est d'assurer une protection des droits et libertés de la personne dans sa globalité sans pour autant étendre indéfiniment les limites spatio-temporelles de la subordination du travailleur¹⁴³. Mais cet équilibre ne cesse d'être fragilisé du fait de l'accroissement des compétences d'une partie des

¹³⁷ G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, 29e édition., Paris, Dalloz, 2014, p. 3.

¹³⁸ C. Wolmark, « L'émergence de la subordination », *Semaine sociale Lamy Supplément*, n° 1576, 18 mars 2013, p. 7.

¹³⁹ J.-P. Chauchard et J.-P.L. Crom, « Les services entre droit civil et droit du travail », *Le Mouvement Social*, n° 211, 1 avril 2005, p. 51.

¹⁴⁰ A titre subsidiaire et forte de sa particularité, il est à noter que « la France est un des rares pays à avoir fortement institutionnalisé la formation professionnelle continue ». Permettant, en somme, une meilleure adaptation aux évolutions des techniques et aux conditions de travail. M. Thévenet, C. Dejoux et É. Marbot, *Fonctions RH: politiques, métiers et outils des ressources humaines*, Pearson Education France, 2012, p. 172.

¹⁴¹ H. Ouaisi, *Le travail de demain : rénovation ou révolution ?*, Paris, LGDJ, 2014, p. 56.

¹⁴² A. Nayer, « Droit du travail et cyberspace : du vestige au vertige ? », dans *Les Droits de l'homme dans le cyberspace*, Paris, UNESCO : Economica, 2005, p. 131.

¹⁴³ E. Mazuyer, « Le corps et le droit du travail : au cœur d'un paradoxe », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, n° 8, 30 novembre 2015.

salariés et de l'autonomie qu'ils revendiquent, mais également des nouveaux modèles d'organisation qui découlent de l'usage des technologies de l'information et de la communication.

20. **Confrontation entre deux logiques** - L'entrée du monde du travail dans une économie en réseau se traduit par de profonds changements qui interrogent sur l'adéquation entre un droit du travail forgé sous l'empire d'une croissance industrielle, et les nouvelles formes d'organisations émergentes. En effet, parfaitement adaptée à la production industrielle de masse, « cette subordination collective de bras bien visibles et contrôlables est-elle applicable à nos neurones qui n'en font qu'à leur tête ? »¹⁴⁴. Dans la rue, chez soi, ou au bureau, dès lors que le travail peut être effectué sans considération de lieu, les travailleurs ne forment plus une communauté de travail soudée par l'unité d'action. La transformation numérique n'est pas à l'origine d'une réduction d'emplois mais son effet pervers est celui de désagréger le marché en concentrant toujours davantage d'argent dans les mains d'une minorité. Parachevant l'abandon d'une production ainsi que d'une consommation de masse, c'est par cette transition que « les infrastructures de transport et les infrastructures énergétiques sont remplacées par les réseaux, Internet, les objets connectés »¹⁴⁵. Par ailleurs, le rapport du salarié à son travail, dans une entreprise numérique, qui pour reprendre Gartner désigne « la création de nouveaux modèles économiques qui brouillent les frontières entre le monde physique et le monde numérique »¹⁴⁶, est remanié. La logique horizontale des relations numériques heurte de front la logique verticale du droit du travail et c'est la confrontation de ces deux logiques qui sera au cœur de cette recherche. La question du rapport entre les nouvelles technologies et le droit du travail n'est pas nouvelle, elle date de l'introduction de l'informatique dans le monde du travail, notamment dans les relations collectives¹⁴⁷. Pour autant, l'examen des nouvelles pratiques de travail témoigne largement de nouvelles problématiques juridiques illustrées par l'utilisation des médias sociaux sans notion de temps, d'espace ou de ligne hiérarchique. « La diffusion des TIC modifie en profondeur ce qui caractérise, pour la grande majorité des salariés, la relation de travail et d'emploi : unicité du lieu d'exercice de l'activité

¹⁴⁴ J.-E. Ray, « Métamorphoses du droit du travail », *Dr. soc.*, n° 12, 2011, p. 1165.

¹⁴⁵ S. Veazey, *L'impact de la main invisible de la technologie*, [L'impact de la main invisible de la technologie](#), consulté le 22 janvier 2017.

¹⁴⁶ S. Vugier, *Que signifie l'entreprise numérique ?*, <http://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-132798-que-signifie-lentreprise-numerique-1117660.php>, consulté le 21 janvier 2017.

¹⁴⁷ T. Grumbach, « Nouvelles technologies et relations collectives du travail, syndicat et comité d'entreprise, une nouvelle répartition des rôles », *Dr. soc.*, 1992, p. 544.

professionnelle, durée et horaires de travail collectifs, collaboration et échanges avec les collègues, contrôle direct de la hiérarchie »¹⁴⁸. Capable de collaborer n'importe où et à n'importe quelle heure, le travailleur numérique est un travailleur « atypique »¹⁴⁹. Il est inutile d'avoir un bureau pour avoir une bonne idée. Plus ennuyeux toutefois il est difficile d'imaginer pouvoir débrancher son cerveau comme le pourrait l'être la machine à coudre de la couturière. Cette mutation si peu évoquée dans son ensemble économique, politique, juridique et social est analysée de manière remarquable par le sociologue Roger Sue : « la performance au travail se rapproche de la performance de l'artiste, demandant implication totale de la personne, intelligence des situations, innovation »¹⁵⁰. L'économie n'est désormais plus uniquement fondée sur le travail reproductif comme dans les sociétés industrielles, mais repose de plus en plus sur la capacité de chaque individu à réaliser. Le savoir ne se transmet plus le long d'une ligne hiérarchique, mais doit être capable de créativité, d'imagination et de relations. Alors que la plus-value ne se concevait qu'à titre exclusivement matérielle, son acception devient culturelle et immatérielle. De même, la connaissance ne se borne désormais plus au scientifique mais s'ouvre également au champ de l'émotionnelle, de la sensibilité et de l'art. Tous ces changements indiquent la substitution progressive d'une société hiérarchisée à une société intelligente collectivement et horizontalement. Si la protection de l'individu au travail fut à l'origine de la création même du droit du travail et de nombreuses normes européennes et internationales, il convient désormais de s'interroger sur son adéquation avec l'émergence des relations numériques. Ainsi, la nature du travail est questionnée tout comme son organisation et sa régulation. « Une des difficultés est de penser cette régulation non pas dans une logique collective telle qu'elle a été pensée précédemment, mais dans une logique collaborative »¹⁵¹.

21. « **L'ubérisation** » du droit du travail en question - Le droit social se trouve bousculé par les évolutions socio-économiques et par l'évolution du « partage des risques » au sein de la relation de travail. En effet, « si dans le droit il s'agit de tisser des

¹⁴⁸ J. Rosanvallon, N. Greenan, S. Hamon-Cholet et F. Moatty, « TIC et lieux de travail multiples », *CEE*, n° 78, mars 2011, p. 4.

¹⁴⁹ Le travail atypique est une notion utilisée par l'Union européenne pour envisager toutes les formes de travail qui ne sont pas « typiques », c'est-à-dire formalisées par un contrat à durée indéterminée pour un travail à temps plein effectué dans les locaux de l'entreprise, à savoir le travail à temps partiel, le travail à durée indéterminée, le travail intérimaire et le télétravail. Ces formes d'emploi s'inscrivent dans le cadre de la flexibilisation des relations de travail. E. Mazuyer, « Les mutations des droits du travail sous influence européenne », *Revue de la régulation. Capitalisme, institutions, pouvoirs*, n° 13, 18 avril 2013.

¹⁵⁰ R. Sue, *Sommes-nous vraiment prêts à changer ? le social au coeur de l'économie*, Paris, LLL, les Liens qui libèrent, 2011.

¹⁵¹ Des formes nouvelles de production apparaissent également, comme le logiciel libre produit par une communauté de développeurs, ou des œuvres collectives comme l'encyclopédie Wikipédia, produite par une communauté mondiale. Des logiques de pair à pair (P2P) organisent donc la production, sans recourir à des entreprises classiques, ni des marchés pour l'échange et la gestion des transactions. H. Isaac, *La question du travail à l'ère digitale*, Renaissance numérique, 2016, p. 7.

liens et d'assigner des actes, des paroles et des biens à des personnes, dans les sciences il s'agit de production collective de connaissances robustes, fiables et résistantes, à travers un travail collectif dans lequel la mise à l'épreuve réciproque et la construction de références sont systématiques et essentielles »¹⁵². Avec le numérique, la remise en cause de l'unité de temps (forfait-jour par exemple), de lieu (télétravail notamment), d'action (pluriactivité) accroît la difficulté à normer, encadrer le travail, y compris l'activité salariée « classique »¹⁵³. Il est légitime de se demander si le droit du travail n'est pas en train de se faire « ubériser »¹⁵⁴ ? De manière générale, c'est l'économie à la demande qui est à l'origine de la transition actuelle s'opérant actuellement dans la sphère sociale, celle de l'ubérisation du travail¹⁵⁵. Dans un monde où l'information circule avec une célérité sans cesse accrue et de manière transversale l'organisation hiérarchique, verticale¹⁵⁶, fordiste est-elle supplantée ? L'appareil normatif français permet-il de répondre aux questions que posent les usages numériques ? Peut-on concilier la vocation protectrice du droit du travail et le besoin des entreprises de s'adapter aux mutations économiques et sociales ? La collaboration numérique est-elle compatible avec les principes qui découlent de la subordination et qui ont construit notre droit ? Est-ce que le droit du travail doit évoluer ou bien est-ce aux utilisateurs des technologies de s'en accommoder ? L'introduction du numérique dans la vie des salariés et dans les processus de travail suggère également des questionnements sur le devenir de la dimension tant individuelle que collective du travail. En effet, « l'évolution du contexte social, économique et politique participe assurément de la force de la norme économique, même s'il convient d'éviter toute affirmation péremptoire d'une instrumentalisation nouvelle du droit »¹⁵⁷. Les pratiques collaboratives, de la multiactivité et du travail gratuit des internautes, évoquent des questions essentielles de la rémunération, du rapport au temps, et de la protection sociale des travailleurs à l'ère

¹⁵² D.L. Métayer et Collectif, *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruxelles, Emile Bruylant, 2010, p. 32.

¹⁵³ « Le travail se déroule dans un nouveau contexte entièrement marqué par des conditions de travail qui lui sont propres et sur lequel on ne peut donc plaquer les dispositions développées en lien avec l'industrialisation. Qu'il s'agisse de l'organisation du travail, des possibilités qu'ont les travailleurs à défendre leurs intérêts, des modèles de temps de travail, de la prévention et de la réduction des risques de travail, spécifique à chaque activité, ou de l'ampleur des contraintes et de leurs effets sur la capacité de travail, aucun des mécanismes de réglementation existant ne se laisse tout simplement transposer chacun d'eux est remis en question ». S. Simitis, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », *Dr. soc.*, vol. 2, 1997, p. 657.

¹⁵⁴ Fin de l'ubérisation : déstabiliser et transformer avec un modèle économique innovant tirant parti des nouvelles technologies. Collectif, *Le Petit Robert*, Édition 2017., Le Robert, 2016.

¹⁵⁵ A. Duthoit, *Petit manuel d'économie collaborative: A l'usage des entreprises*, Editions Eyrolles, 2015, p. 18.

¹⁵⁶ Division verticale du travail : principe énoncé par Frederick Winslow Taylor qui consiste à effectuer une division entre les concepteurs du travail (ingénieurs) et les exécutants.

¹⁵⁷ Gardons-nous d'affirmer que le changement des règles existantes ou l'adoption de normes juridiques nouvelles en vue d'obtenir certains résultats économiques, sociaux ou sociétaux, est le propre de l'époque contemporaine. G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, LGDJ, 2014, p. 46.

numérique¹⁵⁸. Transparaît alors « une précarité des constructions juridiques classiques face aux débordements des techniques et de leurs usages »¹⁵⁹. Pour résumer, comment penser et encadrer les relations de travail numériques ? « Il s'agit d'imaginer les tensions et les transformations qu' [elles] pourraient occasionner, en partant des individus et de ce qu'ils souhaitent, dans leur relation aux collectifs de travail et aux organisations afin de prendre conscience de toutes les conséquences d'une société « ultra-numérique »¹⁶⁰. Cette question soulève les enjeux autour de l'agilité du droit du travail à appréhender des disponibilités et des mobilités nouvelles.

22. L'appréhension par le droit d'un phénomène transnational - A titre liminaire et avant d'établir une analyse comparée des systèmes étrangers dans la régulation opérée par le droit à l'ère du numérique, une précision s'impose. La tendance à la dématérialisation, entendue comme un vecteur de la croissance économique, « est consubstantielle aux activités numériques dont les Etats les plus industrialisés ont pris conscience pour favoriser des politiques incitatives »¹⁶¹. C'est le cas en France où existe un modèle propre de soutien à l'économie numérique, tel le révèle le rapport de l'inspection générale des finances rendu en janvier 2012¹⁶². De surcroît, en droit du travail, l'influence de la politique est tendancieuse, en atteste à titre d'exemple et dans le cadre des relations collectives les divergences existantes entre les Etats dits socialistes et ceux qualifiés de libéraux. Classiquement, les premiers encadrent et contrôlent le mouvement syndical lorsque les seconds permettent l'émergence d'autant de confédérations opposées qu'il n'y a d'oppositions d'idées¹⁶³. Cette « politisation » n'est pas sans incidence en termes de régulation juridique. Chaque Etat, souverain, légifère sur l'évolution des techniques et la réponse juridique qu'il souhaite y apporter. Il en résulte une intervention du droit à géométrie variable selon les Etats considérés et la vision qu'ils peuvent avoir, notamment des données personnelles et de leur protection. Cela se traduit par un éventail de législations différentes.

¹⁵⁸ Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle, et du dialogue sociale, saisine du 8 décembre 2014, groupe de travail du CNum sur le travail, <http://www.cnummerique.fr/saisines/>.

¹⁵⁹ B. Warussel, « Le droit des nouvelles technologies : entre technique et civilisation », *La lettre de la rue saint guillaume, Revue des Anciens élèves de Sciences-Po*, n° 127, juin 2002, p. 52.

¹⁶⁰ La Fing, *Digiwork - Les scénarios extrêmes, Compte-rendu des ateliers du 24 avril 2013*, <http://fr.slideshare.net/slidesharefing/digiwork-scenarios-extremes-comptereendu>, consulté le 31 octobre 2013.

¹⁶¹ P.-D. Cervetti, « L'innovation à l'épreuve de la mondialisation », *op. cit.*

¹⁶² Le succès d'une stratégie publique de financement de l'innovation dépend de l'adéquation entre les dispositifs utilisés et les besoins de l'économie nationale concernée, c'est-à-dire davantage de l'efficacité des dispositifs par rapport à la situation initiale de l'économie donnée. FRANCE, Inspection générale des finances, A. Siné, P. Hausswalt et C. Garcin, *Le soutien à l'économie numérique et à l'innovation*, Inspection générale des finances, 2012, p. 12.

¹⁶³ B. Teyssié, *Droit du travail - Relations collectives*, LexisNexis., 2016, p. 27.

23. **Approche de droit comparé de la liberté d'expression sur internet** - Pouvoir dire librement ce que l'on pense, faire valoir son point de vue, défendre ses opinions, communiquer ses idées, sans crainte pour sa vie, sa liberté ou ses biens, est un bien précieux que les Etats-Unis et l'Europe partagent en commun. Les synergies entre les deux continents sont nombreuses en matière de liberté d'expression, mais il n'y a pas mimétisme ; chacun a ses particularités¹⁶⁴. Si Internet peut servir de vecteur à tous les droits fondamentaux, la promotion de l'expression sur internet y revêt une importance fondamentale¹⁶⁵. Le 29 juin 2016, le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a reconnu, la liberté d'expression sur Internet¹⁶⁶. Cependant, la liberté d'expression n'est pas appréhendée partout de la même façon. Le Conseil de l'Europe a commandé à l'Institut suisse de droit comparé une étude comparative sur le filtrage, le blocage et la suppression de contenus illégaux sur l'internet dans ses 47 Etats membres¹⁶⁷. Cette étude décrit et évalue les cadres législatifs ainsi que la jurisprudence et la pratique dans le domaine. Elle comprend une analyse comparative des rapports nationaux qui permet de révéler des tendances. Dans les différents Etats examinés, le blocage et la suppression de contenus en ligne sont souvent traités de façon similaire, et, dans les pays disposant d'un cadre législatif ciblé, ils sont souvent réglementés par le même ensemble de règles. On distingue deux catégories générales de « modèle » réglementaire. Premièrement, les états qui ne se sont pas dotés d'un régime législatif ou réglementaire définissant les conditions et les procédures à respecter par ceux qui pratiquent le blocage, le filtrage ou le retrait de contenus en ligne. Un des arguments souvent avancés dans ce contexte est l'impossibilité pour le législateur de suivre le rythme des évolutions technologiques¹⁶⁸. Cependant, la raison sous-jacente à l'absence d'un cadre législatif peut également se trouver dans la tradition juridique du pays concerné. En l'absence d'un cadre juridique spécifique ou ciblé, ces pays s'appuient sur un cadre juridique « général » existant non spécifique à Internet ce qui constitue en général un blocage ou retrait limité de contenus illégaux en ligne¹⁶⁹. Deuxièmement, dans de nombreuses juridictions, le législateur est

¹⁶⁴ É. Zoller, *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, 2008, p. 256.

¹⁶⁵ W. Benedek et M.C. Kettemann, *Liberté d'expression et internet*, Council of Europe, 2014, p. 145.

¹⁶⁶ « UNHRC, 29 June 2016, Resolution on The Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet (A/HRC/32/L.20) ».

¹⁶⁷ Direction générale des politiques internes, *Etude comparative sur le blocage, le filtrage et le retrait de contenus illégaux sur Internet*, Lausanne, Institut suisse de droit comparé, 2015.

¹⁶⁸ W. Benedek et M.C. Kettemann, *Liberté d'expression et internet*, *op. cit.*, p. 148.

¹⁶⁹ C'est notamment le cas en Allemagne, en Autriche, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Irlande, en Pologne, en République tchèque et en Suisse. Ces pays étant de plus en plus confrontés à la réalité des différends relatifs à des contenus Internet, l'absence d'intervention du législateur s'y est avérée être problématique. Ces dernières années, différents mécanismes ont été

intervenu afin de mettre en place un cadre juridique visant à réglementer Internet et d'autres médias numériques, y compris le blocage, le filtrage et la suppression de contenus en ligne. La Finlande, la France, la Hongrie, le Portugal, la Fédération de Russie, l'Espagne et la Turquie sont des exemples de juridictions qui ont opté pour cette approche réglementaire¹⁷⁰.

24. **L'approche américaine** - La législation en Europe est sensiblement différente de celle des Etats-Unis où cette liberté est consacrée par le premier de la Constitution au travers d'une interdiction totale de légiférer en ce domaine. « Le Congrès ne fera aucune loi relative à l'établissement d'une religion, ou à l'interdiction de son libre exercice ; ou pour limiter la liberté d'expression, de la presse ou le droit des citoyens de se réunir pacifiquement ou d'adresser à l'Etat des pétitions pour obtenir réparations des torts subis »¹⁷¹. Le principe de liberté d'expression aux Etats-Unis semble donc plus fort puisqu'il n'est pas suivi d'un ensemble de limite. Ce principe est également applicable à Internet, à travers le Global Internet Freedom Act¹⁷². Cette loi permet de protéger la liberté d'expression sur internet pour les citoyens américains, mais elle comporte également un volet international puisqu'elle prévoit que des accords internationaux devront être pris pour garantir la liberté d'expression sur internet. Le Global Internet Freedom Act prévoit également que les entreprises américaines qui s'implantent à l'étranger doivent garantir un accès aux sites américains dans ces pays, promouvoir la sécurité des utilisateurs d'Internet et limiter la censure du discours politique, religieux et de l'information¹⁷³. Le Canada bénéficie d'une conception similaire de la liberté

employés pour pallier le vide réglementaire et pour résoudre des problèmes particuliers. Certaines juridictions ont même choisi de combiner des approches différentes, autrement dit de maintenir un cadre en grande partie non réglementé tout en intervenant sur le plan législatif ou politique dans des domaines spécifiques. De même, dans certains pays, comme le Royaume-Uni le secteur privé a adopté une autorégulation pour combler le vide laissé par le choix du législateur de ne pas intervenir dans le domaine en question. D'autres pays, comme les Pays-Bas s'en remettent aux tribunaux municipaux pour préserver, autant que possible, le nécessaire équilibre entre liberté d'expression, d'une part, et sûreté d'Internet et protection d'autres droits fondamentaux, d'autre part.

¹⁷⁰ Un tel régime législatif définit généralement les fondements juridiques du blocage ou de la suppression, l'autorité administrative ou judiciaire habilitée à prendre les mesures pertinentes et les procédures à suivre. Alors que les motifs les plus courants d'adoption de mesures de blocage, filtrage ou retrait sont définis de manière exhaustive et explicite dans la législation de la plupart des pays qui optent pour ce modèle réglementaire, certaines juridictions ont, dans les faits, étendu le champ des motifs pour lesquels une décision de blocage ou de suppression peut être légitimement prise souvent par une modification de la législation ou une interprétation créative par l'autorité judiciaire.

¹⁷¹ « Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances ». L.I.I. Staff, *First Amendment*, https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment, consulté le 24 janvier 2017.

¹⁷² C. Smith, *H.R.491 - 113th Congress (2013-2014): Global Online Freedom Act of 2013*, 2 avril 2013, <https://www.congress.gov/bills/113th-congress/house-bill/491/text>, consulté le 24 janvier 2017.

¹⁷³ I. Brown, « The Global Online Freedom Act », *Georgetown Journal of International Affairs*, vol. 14, n° 1, Winter/Spring 2013, p. 153.

d'expression. La Cour suprême canadienne, dans sa décision *R. c. Sharpe*¹⁷⁴ a affirmé que : « Le droit à la liberté d'expression repose sur la conviction que la libre circulation des idées et des images est la meilleure voie vers la vérité, l'épanouissement personnel et la coexistence pacifique dans une société hétérogène composée de personnes dont les croyances divergent et s'opposent. Si nous n'aimons pas une idée ou une image, nous sommes libres de nous y opposer ou simplement de nous en détourner. En l'absence de justification constitutionnelle suffisante toutefois, nous ne pouvons empêcher une personne de l'exprimer ou de la présenter, selon le cas. La liberté d'expression n'est cependant pas absolue »¹⁷⁵. La liberté d'expression quasi totale, prévue aux Etats-Unis et au Canada, s'explique par le fait que chacun a le droit d'entendre l'ensemble des opinions. En contrepartie toute personne peut s'opposer, contredire les propos qu'elle ne considère pas comme justifiés. C'est sur cette possibilité de contradiction que se fonde cette conception de la liberté¹⁷⁶. Or, la majorité des réseaux sociaux ont leur siège social aux Etats-Unis mais sont également implantés dans d'autres pays. La conception de la liberté d'expression est un frein majeur à une uniformisation de la législation concernant les propos tenus sur les réseaux sociaux mais aussi des pratiques numériques qui en découlent¹⁷⁷. En dehors de la liberté d'expression, les exemples sont nombreux : le droit à l'image, le temps de travail, la protection des données, les délais de prescription, les présomptions, quand à la responsabilité du fournisseur d'accès, etc. Ce qui est commun à l'ensemble des pays, c'est que des acteurs sociaux expriment la crainte que certaines grandes entreprises de technologie se soient engagées dans des pratiques anti-concurrentielles, abusant de leur position dominante, pour favoriser l'utilisation de leurs propres services au détriment de ceux des concurrents potentiels contribuant à fragiliser l'emploi¹⁷⁸.

25. Illustration d'un droit à géométrie variable - Une analyse de droit comparé quant à l'utilisation et au contrôle des messageries des employés permet également de

¹⁷⁴ SCC, *R. v. Sharpe*, 26th January 2001.

¹⁷⁵ *Canada Supreme Court Reports*, Registrar, Supreme Court of Canada, 2001, p. 70.

¹⁷⁶ T. Lanuel, Z. Simon et M. Payet, *Approche de droit comparé sur les réseaux sociaux*, op. cit., p. 16.

¹⁷⁷ Centre universitaire de droit comparé (Lausanne Suisse), *Le droit au défi d'Internet: actes du colloque de Lausanne*, Librairie Droz, 1997, p. 92.

¹⁷⁸ Représentant, en 2015, 350 milliards de dollars de ventes, 1500 milliards de capitalisation boursière, 468 milliards d'actifs et 317 000 salariés, les quatre géants étasuniens - dits les Gafa, pour Google, Apple, Facebook, Amazon - symbolisent le dynamisme de l'innovation et l'hégémonie mondiale de la high-tech américaine dans l'économie numérique. Mettant en place une stratégie tentaculaire d'extension de leurs compétences à des champs toujours nouveaux (culture, audiovisuel et médias, santé, transports, commerce en ligne, etc.), d'interconnexion croissante entre secteur secteurs (par exemple Internet et les télécoms) et entre produits supports et services, leur pouvoir d'influence mondial ne cesse de croître. F. Bost, L. Carroué, S. Colin, C. Girault, A.-L. Humain-Lamoure, O. Sanmartin et D. Teurtrie, *Images économiques du monde 2016: Le monde sous tension(s)*, Armand Colin, 2015, p. 170.

révéler cette disparité dans la mesure où « l'internet étant un réseau mondial par nature, la question des flux transfrontalières de données nominatives revêt un intérêt particulier en la matière ». Aux Etats-unis, la correspondance des employés « est protégée par l'Electronic Communications Privacy Act of 1986, l'employeur peut mettre sous surveillance le réseau de l'entreprise, ce qui, concrètement, lui donne le droit d'écouter en toute légalité les conversations téléphoniques de ses employés ou de consulter leurs emails, encore que ces dérogations ne sont possibles que pour les besoins de l'entreprise et sous réserve que l'employé ait été préalablement prévenu de cette surveillance »¹⁷⁹. Par ailleurs, en Angleterre il existe une commission en charge de la protection des données personnelles et le Data Protection Act of 1998 ne permet une surveillance des employés que si cette dernière s'avère transparente et proportionnelle « Aussi l'employeur doit-il non seulement prévenir ses employés des mesures de surveillance mises en place, mais il doit également éliminer toutes les informations personnelles « inutiles ou excessives », compte tenu de la relation de travail les liant »¹⁸⁰.

26. Spécificité du numérique - Pour autant, la spécificité du numérique, des réseaux, en somme des objets connectés posent des enjeux dépassant les seules frontières étatiques. Le droit du travail dont la régulation relève, *prima facie*, du droit interne s'enchevêtre avec les libertés qui, elles font l'objet d'une protection internationale. Ainsi, la protection des correspondances de l'employé a été affirmé à plusieurs reprises par la Cour Européenne des Droits de l'Homme¹⁸¹. Cette standardisation reposant sur un patrimoine commun de valeurs entre les Etats membres de la petite et de la grande Europe¹⁸² se traduit également dans l'adoption d'un certain nombre de textes afin de « faire en sorte que le droit européen ne puisse être contourné lorsque les données des Européens sont en cause constitue donc un élément fondamental de souveraineté, de crédibilité de l'action européenne, mais aussi de promotion d'un système qui concilie protection des droits et développement harmonieux du numérique, et qui peut donc incarner un cadre juridique propice au développement économique »¹⁸³.

¹⁷⁹ C. Féral-Schuhl, *Cyberdroit le droit à l'épreuve de l'internet*, Paris, Dalloz, 2010, p. 275.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 276.

¹⁸¹ CEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz c. Allemagne*, n°13710/88 ; CEDH, 25 juin 1997, *Halford c/ Royaume-Uni*, n°20605/92 ; CEDH, 3 avril 2007, *Copland c/ Royaume-Uni*, n°62617/00.

¹⁸² L'Union européenne et le Conseil de l'Europe représentent deux ordres juridiques différents, aux objectifs divergents, ceux-ci se rejoignent largement dans le socle de valeurs proclamé, générant alors « un tissu normatif de références communes et réciproques ». M. Blumberg-Mokri et Institut de droit comparé, « Vers un droit européen de la bioéthique ? Les institutions productrices en matière de reproduction humaine », *La Documentation Française*, février 1999, p. 84.

¹⁸³ É. Geffray, « Comment assurer l'effectivité de la protection des droits à l'ère post-snowden ? », dans *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, Éditions Larcier, 2016, p. 20.

Bien que la tendance soit à l'harmonisation¹⁸⁴, en atteste l'accord cadre européen du 16 juillet 2002 relatif au télétravail¹⁸⁵ et visant « à préserver l'environnement par la diminution des déplacements quotidiens, à trouver un meilleur équilibre entre vie familiale et vie professionnelle, mais aussi une nouvelle conception des rapports hiérarchiques qui, par la distance, sont rééquilibrés vers plus de délégation et moins de présentéisme »¹⁸⁶, le degré de protection n'est pas le même suivant les Etats¹⁸⁷. Il est par ailleurs certains que la configuration territoriale des Etats peut avoir une incidence dans la protection des droits sociaux. A l'instar des divergences existantes entre les Etats souverains, il peut également apparaître des divergences dans la mise en oeuvre de politiques à l'échelle infraétatique de telle manière que « les diversités historiques, culturelles et politiques peuvent constituer une entrave à l'exigence d'homogénéité »¹⁸⁸. De surcroit, face aux considérations susmentionnées et à l'audience universelle des informations permis par Internet, il apparaît qu'une approche juridique exclusivement interne ou régionale peut s'avérer partiellement inopérante en sorte que « les questions de compétence juridictionnelle internationale et de droit applicable aux réseaux ont, dès lors, pris une place centrale dans la réflexion juridique relative à l'internet »¹⁸⁹. La recommandation du Bureau international du travail du 7 octobre 1996 traduit cette volonté d'harmonisation et de protection. Ainsi, « le droit du travail a obtenu l'uniformisation de certaines règles dans plusieurs pays, sous l'influence et sous l'orientation du Bureau international du Travail, dont le siège est à Genève. Pour le Droit aérien, les normes sont approximativement les mêmes dans tout le monde, ce qui révèle la possibilité pour le Droit de l'Information ou, au moins pour la classification des infractions et l'harmonisation des systèmes juridiques du Droit de Réponse,

¹⁸⁴ La gouvernance des systèmes techniques est une composante majeure de la gouvernance des sociétés modernes. Le Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI ou WSIS) qui s'est tenu entre 2003 et 2005 sous les auspices des Nations-Unies a eu pour ambition de trouver les voies et moyens d'une gouvernance « transparente, multilatérale et démocratique » de l'Internet. Mais il n'y est pas encore parvenu malgré la poursuite du dialogue entre les parties prenantes (Etats, entreprises, société civile) au sein de l'Internet Governance Forum. P.-J. Benghozi, S. Bureau et F. Massit-Folea, *L'Internet des objets. Quels enjeux pour les Européens ?*, HAL Archives Ouvertes, 2008, p. 49.

¹⁸⁵ *Accord cadre européen du 16 juillet 2002 relatif au télétravail*, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV:c10131> ; Télétravail sur un site distant de celui de l'entreprise car, « malgré certains freins économiques mais aussi psychologiques et organisationnels, le télétravail connaît un essor incontestable dans beaucoup d'entreprise grâce notamment à la forte augmentation des emplois qualifiés (au détriment des autres emplois non qualifiés) et surtout grâce à la « tertiarisation » de l'activité économique (au détriment des activités agricoles et même industrielles), laquelle agit comme un catalyseur de cette montée en puissance du télétravail ». P. Burnel, *Travail à domicile, télétravail : Droits et obligations de l'entreprise et du salarié*, Rueil-Malmaison, Editions Liaisons, 2012, p. 21.

¹⁸⁶ F. Mattatia et A. Bobant, *Internet et les réseaux sociaux : Que dit la loi ? Liberté d'expression, données personnelles, achats en ligne, Internet au bureau*, 2e édition., Paris, Eyrolles, 2015, p. 195.

¹⁸⁷ En effet, inspirés ou liées par des accords cadres, des directives et des recommandations, les Etats jouissent néanmoins d'une marge de manoeuvre dans leurs applications.

¹⁸⁸ O. Lecucq (dir.), *État, collectivités territoriales et droits sociaux: étude de droit comparé*, L'Harmattan, coll.« Bibliothèques de droit », 2015, p. 21.

¹⁸⁹ J. Huet et E. Dreyer, *Droit de la communication numérique*, Paris, LGDJ, 2011, p. 188.

l'adoption comme première étape d'un texte presque commun, permettant de mettre à l'épreuve le Droit International de Réponse »¹⁹⁰.

27. **De nouvelles institutions** - Confrontés à des systèmes essentiellement nationaux, il s'avère que, « du point de vue législatif, les règles qui réglementent spécifiquement les activités sur l'Internet sont relativement rares, même si le corpus commence à s'étoffer »¹⁹¹. Pour autant, les questions de compétences et de droit applicable sont légions dans un contexte de contractualisation à l'échelle internationale. Aussi, « au delà de la nécessaire harmonisation des règles substantielles, il reste surtout à inventer les institutions compétentes pour réguler l'espace sans frontières de l'Internet »¹⁹². Souvent, « le droit applicable sur le réseau est donc le droit commun des différents Etats de la communauté internationale, ceux-ci n'ayant pas réussi, à créer un véritable droit international de l'internet »¹⁹³ ce qui n'est pas sans poser de difficultés lorsqu'« interviennent des parties établies dans des pays différents, la localisation de chacune de ces parties doit être clairement déterminée afin de régler les éventuels conflits de loi. En cas de litige, il conviendra de rechercher les responsables. Or l'utilisation d'un réseau de dimension mondiale contribue à accroître la difficile localisation des responsables »¹⁹⁴. Au-delà d'envisager l'adoption de règles universelles, s'invite à la réflexion celle de la mise en place d'organismes régulateurs internationaux¹⁹⁵.

28. **L'autorégulation** - « Qu'elle s'exprime en technologie ou en droit, l'idée de régulation expose, si on la pousse à l'extrême, à l'utopie d'un monde entièrement purgé de conflits et susceptible de se passer de la figure du Tiers »¹⁹⁶. Le Code du travail oppose la relation individuelle à la relation collective. La relation de travail peut ainsi donner lieu à des conflits individuels, qui sont tranchés par les prud'hommes, ou

¹⁹⁰ F. Nobre, *Le droit de réponse et la nouvelle technique de l'information*, Nouvelles Éditions latines, 1974, p. 126.

¹⁹¹ J. Larrieu, *Droit de l'Internet*, *op. cit.*, p. 195.

¹⁹² A. Strowel et P. de : J.-N. Jeanneney, *Quand Google défie le Droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, Première Édition., Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2011, p. 228.

¹⁹³ M. Ruano-Philippeau et P.-A. Gourion, *Le droit de l'Internet dans l'entreprise*, LGDJ., 2003, p. 12.

¹⁹⁴ V. Fauchoux et P. Deprez, *Le droit de l'Internet: lois, contrats et usages*, LexisNexis Litec, 2008, p. 301.

¹⁹⁵ « Au début des années 1990, c'est-à-dire au moment de son ouverture au grand public, Internet était un réseau particulièrement désorganisé. Compte tenu de l'absence d'institution publique de contrôle, une poignée de sociétés privées de droit américain, s'en sont autoproclamées régulatrices, comme par exemple, le W3C (...) plus récemment des organismes internationaux comme l'Office mondial de la propriété intellectuelle (OMPI). Tous ces organismes ont ainsi participé, chacun à leur niveau, depuis plus d'une dizaine d'années, à la régulation des comportements sur le réseau Internet » mais « A l'heure actuelle, il n'existe toujours pas à proprement parler d'organe supranational qui contrôlerait la circulation des informations sur le réseau Internet. Chacun de ces organismes, nationaux ou internationaux, dispose d'une mission et de pouvoirs précis dans les domaines qui lui sont respectivement attribués ». *Ibid.*, p. 319.

¹⁹⁶ A. Supiot, « Travail, droit et technique », *op. cit.*, p. 24.

collectifs de travail, la grève. Or, la transformation numérique modifie considérablement le monde du travail tant dans l'usage généralisé des outils numériques que l'espace de travail, les modalités d'exercer son activité ou les conflits au travail¹⁹⁷. « Dans l'univers des technologies de l'information et de la communication les notions d'information et de connaissances tendent à se confondre. (...) Mais il ne suffit pas de communiquer pour s'entendre, et ni d'être informé pour connaître. Le lien nécessaire entre formation et information renvoie à l'intérieur de l'Homme et à son identité professionnelle et montre qu'on ne saurait le réduire, à la manière béhavioriste, à l'état de particule communicante »¹⁹⁸. « Si l'entreprise est le lieu naturel d'expression des relations individuelles de travail, elle est aussi celui d'un rapport collectif entre l'employeur et l'ensemble des salariés »¹⁹⁹. Viser à une harmonie pure en relations du travail est une utopie. La réalité c'est que l'on est face à des rapports qui ne peuvent se maintenir que dans une « harmonie conflictuelle »²⁰⁰. Les acteurs de l'entreprise sont ainsi condamnés à coopérer. La critique de la rigidité de la réglementation, et un appel à une régulation qui permette aux organisations de s'adapter elles-mêmes aux variations de leur environnement, n'ont pas été le propre de la cybernétique et des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Depuis plus de 50 ans²⁰¹, la même idée s'est traduite en droit du travail par une montée irrésistible de la négociation collective, dont les objets, les sujets et les fonctions ont été profondément transformés²⁰².

29. Une transition numérique à deux faces - Le terme même de transition numérique ne reçoit pas d'acception unique. Les incompréhensions et les imprécisions de cette notion rendent ainsi opaque le saisissement de ses tenants et de ses aboutissants. *Prima facie* et à l'aune d'envisager sa traduction et sa régulation juridique, une approche conceptuelle s'avère donc nécessaire. La présente étude retiendra la transition numérique comme l'introduction d'éléments numériques dans les pratiques

¹⁹⁷ « Les mutations de l'emploi et du travail, en déstructurant les collectifs de travail traditionnels ou en redessinant de nouveaux espaces de collaboration, autour de plateformes numériques par exemple, participent à une remise en question profonde des relations professionnelles entre les travailleurs, leurs instances représentatives, les organisations syndicales et les employeurs ». E. Prouet et C. Jolly, *L'avenir du travail*, *op. cit.*, p. 44.

¹⁹⁸ A. Supiot, « Travail, droit et technique », *op. cit.*, p. 24.

¹⁹⁹ H. Ouaisi, *Le travail de demain*, *op. cit.*, p. 56.

²⁰⁰ Les conventions collectives sont un exemple de participation conflictuelle. Elles entérinent des rapports de collaboration dans un contexte de conflits d'intérêts et de confrontation. Elles engendrent une harmonie conflictuelle qui finalement débouche sur la paix sociale. L. O'Neill, *Initiation à l'éthique sociale*, Les Editions Fides, 1998, p. 187.

²⁰¹ La loi n°71-561 du 13 juillet 1971 doit être retenue comme celle qui, pour la première fois, reconnaît l'existence d'un véritable droit des travailleurs à la négociation collective. « Loi n° 71-561 du 13 juillet 1971 instituant un droit à la négociation collective et promouvant les conventions collectives d'entreprise » (JO 14 juillet 1971, p. 6939).

²⁰² A. Supiot, *Au-delà de l'emploi : transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Union européenne. Commission européenne et Universidad Carlos III, 1999, p. 140.

professionnelles²⁰³. Le droit du travail peut-il, mieux doit-il, jouer un rôle dans la création de valeur numérique ? Répondre par la positive suppose, le cas échéant et de manière sous-jacente, de s'interroger sur les moyens de cette implication²⁰⁴. « Les structures et hiérarchies héritées du XXe siècle sont bousculées, tout un monde de verticalité se défait sous nos yeux. Mais comment combiner changement économique et affirmation des préférences sociales ? Deux tentations se font face : l'une est d'enchâsser le nouveau dans l'ancien, au risque d'étouffer l'innovation ; l'autre est de dénier à la collectivité la capacité à faire valoir ses préférences. Il faut concilier fermeté sur l'essentiel et souplesse dans l'adaptation à la variété des situations »²⁰⁵. Dans un monde numérique, où l'innovation vient des comportements, les sciences humaines et sociales se replacent au cœur du jeu économique et industriel, au cœur de la société numérique. L'encadrement législatif dans le domaine des TIC se révèle délicat car il implique la maîtrise de problèmes techniques, difficiles à appréhender, derrière lesquelles se dissimulent des enjeux importants (intérêts économiques et politiques liés à la société de l'information). Le processus législatif devant guider l'adoption de la régulation des TIC se dévoile de manière tumultueuse en ce que les questions posées suscitent « au mieux des débats assez ardues, au pire des polémiques assez stériles »²⁰⁶. Les évolutions créent à la fois des souplesses nouvelles et des risques de dérives accrus. La tension liant le travail au numérique trouve sa source dans ce que le numérique, s'il offre davantage d'autonomie et de flexibilité aux individus dans leur sphère professionnelle d'une part, institue, d'autre part, un contrôle renforcé des employés par leurs organisations. Qu'il s'agisse de la dimension spéciale de « protection sociale » ou générale de « droit du travail », la question que soulève les mutations de l'économie et du travail est celle de l'adoption et/ou de l'utilisation d'instruments juridiques appropriés pour les accompagner²⁰⁷. La transition numérique, dans ses effets, ses risques mais aussi ses opportunités, s'analyse de manière binaire. Dans un premier temps, sous l'angle des relations individuelles, à travers l'impact de cette dernière sur le contrat de travail ainsi que sur l'un de ses critères, le lien de subordination, critère du contrat de travail. Cette étude sera l'occasion d'aborder l'imbroglio juridique de la régulation des

²⁰³ A. Bensoussan, *Les enjeux juridiques de la transition numérique*, <http://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-124158-les-enjeux-juridiques-de-la-transition-numerique-1094807.php#Xtor=AD-6000>, consulté le 28 février 2015.

²⁰⁴ les problèmes juridiques comportent presque toujours une dimension axiologique que seul l'homme est en état d'appréhender. L. Mehl, « Informatique, juridique et droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 20, n° 4, 1968, p. 627.

²⁰⁵ FRANCE et J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, op. cit., p. 3.

²⁰⁶ Université Numérique Juridique Francophone, « Référentiel de compétences issu de la circulaire n°2011-0012 du 9 juin 2011. Module : appréhender les enjeux de la régulation des technologies de l'information et de la communication ».

²⁰⁷ FRANCE, Conseil d'orientation pour l'emploi, *L'évolution des formes d'emploi*, 2014, p. 13.

usages numériques (Partie 1). Dans un second temps, l'étude abordera l'évolution des relations collectives). Le numérique représente à la fois un enjeu de dialogue pour les organisations représentatives et un espace de participation du salarié. Plaçant effectivement les travailleurs au centre des collectifs professionnels, ces derniers tendent à revêtir le costume potentiel des acteurs du changement (Partie 2).

PARTIE 1. LES RELATIONS NUMERIQUES INDIVIDUELLES

30. **Une période de transformations** - « Nous vivons à une époque de transformations profondes de la vie juridique dans ses fondements les plus intimes (...) les vieux cadres juridiques ont craqué et continuent à se désagréger de jour en jour et on n'en aperçoit que les premières ébauches ; les cadres nouveaux sont encore dans le devenir et on n'en aperçoit que les premières ébauches »²⁰⁸. La question de savoir qui se trouve dans une relation de travail et quels sont les droits et la protection qu'implique ce statut, est devenue particulièrement problématique au cours des deux dernières décennies en raison des changements importants dans l'organisation du travail du fait de l'apparition de nouvelles pratiques de travail. Il s'agit de montrer en quoi les pratiques numériques des salariés brouillent l'existence même du contrat de travail (titre 1) et comment elles modifient durablement les conditions de travail (titre 2).

TITRE 1 L'EXISTENCE DU CONTRAT DE TRAVAIL

31. **Le contrat de travail** - Identifier la relation de travail revient à identifier l'existence d'un contrat de travail²⁰⁹. En effet, la relation individuelle de travail se fonde sur le contrat de travail qui constitue le support du rapport d'emploi qui se noue entre l'employeur et le salarié²¹⁰. Le contrat de travail est un contrat particulier puisqu'il appelle à la recherche de certains critères permettant d'en déduire l'existence et d'en déterminer le régime applicable. Le secteur des nouvelles technologies, ou plutôt les domaines emprunts de numérique, sont marqués par un renouvellement permanent des techniques et des concepts qui interrogent tant les éléments de qualification (chapitre 1) que le droit de l'existence du contrat (chapitre 2).

²⁰⁸ G. Gurvitch et M. Leroy, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, J. Vrin, 1932, p. 17.

²⁰⁹ G. Cornu, P. Malinvaud et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Quadrige., Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 844.

²¹⁰ « L'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ». *Cass. soc.*, 19 déc. 2000, pourvoi n°98-40.572, *Bull. civ.*, V, n°437.

Chapitre 1 La qualification du contrat de travail

32. **La relation de travail numérique** - Dans le domaine des nouvelles technologies, déterminer l'existence d'un contrat de travail, plus qu'ailleurs, peut ainsi soulever des difficultés. Comme le soulignait déjà un rapport de l'OIT en 2007, « il est de plus en plus difficile, dans la plupart des pays, d'établir s'il existe ou non une relation de travail lorsque les droits et obligations des parties concernées ne sont pas clairs, ou lorsqu'on est en présence d'une tentative de déguiser la relation de travail, ou encore lorsque la législation, son interprétation ou son application présentent des insuffisances ou des limites »²¹¹. La France ne fait pas exception à la règle, et ce d'autant que la relation de travail, faute d'indication claire dans la loi, n'est pas aisée à définir. Le contrat de travail n'ayant pas de définition légale, la doctrine et la jurisprudence ont pallié cette absence et défini ce contrat comme la réalisation d'une prestation de travail subordonnée pour le compte d'autrui moyennant une rémunération²¹². Il y aurait alors trois éléments indispensables à l'économie générale du contrat de travail : une prestation de travail, une rémunération (section 1) et un lien de subordination (section 2). Il convient d'interroger ces éléments à l'aune des nouvelles pratiques numériques de travail.

Section 1 La rémunération de la prestation immatérielle de travail

33. **Laboratoire des nouvelles formes du travail** – L'économie collaborative peut difficilement se définir comme un secteur spécifique, nécessitant une régulation propre. En revanche elle peut être abordée en tant que laboratoire des nouvelles formes du travail et des nouvelles problématiques qu'elles soulèvent. D'une part, les plateformes numériques qui proposent une mise en relation entre donneurs d'ordre et prestataires indépendants ou particuliers se multiplient : « jobbing »²¹³, plateformes de services²¹⁴, plateformes de *freelancing*²¹⁵ et de micro-production²¹⁶ attirent de nombreux travailleurs

²¹¹ *La relation de travail : Guide annoté sur la recommandation n°198*, Genève, OIT, 2007, p. 3.

²¹² N. Collet-Thiry, *L'encadrement contractuel de la subordination*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas Paris II, 2012, p. 29.

²¹³ Par ex. TaskRabbit, Youpijob, etc. Le terme désigne des services rémunérés entre particuliers. Certains sites prélèvent une partie du salaire versé à la personne qui effectue le job, alors que d'autres sont entièrement gratuits.

²¹⁴ Par ex. le Cab, Uber, Deliveroo, Foodora, TokTokTok, Take Eat Easy, etc. Ces plateformes d'intermédiation sont des sites qui ont mis en ligne une interface permettant aux demandeurs de trouver facilement ce qu'ils recherchent dans un domaine particulier.

²¹⁵ Par ex. Hopwork, Freelance.com, TaskMaster, etc.

²¹⁶ Par ex. Amazon Mechanical Turk.

qui réalisent des micro-tâches payées quelques dizaines d'euros ou quelques centimes. Ainsi apparaît une tendance à l'éclatement du travail traditionnel en une myriade de tâches individuelles, rémunérées pour elles-mêmes²¹⁷. Par ailleurs, dans le cadre du développement de l'économie numérique et en particulier de l'économie de la donnée, la contribution des utilisateurs de services en ligne est source de valeur. Cette participation gratuite à une activité pourtant profitable soulève la question de la rémunération de ces formes d'activité numérique et de création de valeur. En définitive, le développement des plateformes pose la question de la délimitation entre activité professionnelle et non professionnelle. Aussi, il convient de savoir si on peut réellement délimiter la relation de travail numérique aux travers des critères de la prestation (I) et de la rémunération (II) ?

I. La prestation immatérielle de travail

34. **Prestation de travail** - Comment appréhender les relations numériques de travail sans s'intéresser à la prestation. Malgré son importance, la prestation objet du contrat de travail ne trouve pas de définition précise. En proposer une définition juridique est relativement difficile. Tout d'abord, le mot « prestation » désigne l'acte par lequel une personne dite « le prestataire » fournit un objet matériel ou s'acquitte d'une créance envers le « bénéficiaire de la prestation ». Ainsi le vendeur (le salarié) s'acquitte d'une prestation au moment où il livre à l'acquéreur (l'employeur) ce qui a fait l'objet de la vente (sa main d'œuvre). « La prestation personnelle de travail (...) se compose elle-même de trois éléments : nature du travail, durée du travail et lieu de travail »²¹⁸. Le droit communautaire n'est pas plus précis sur le sujet. Dans le cadre de la directive du 29 avril 2004²¹⁹ proclamant la libre circulation des travailleurs, la prestation de travail n'est définie qu'indirectement. Selon la Cour de justice des Communautés européennes « la caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération »²²⁰.

²¹⁷ FRANCE et Conseil national du numérique, *Travail, emploi, numérique : les nouvelles trajectoires*, op. cit., p. 41.

²¹⁸ J. Pélissier, « La détermination des éléments du contrat de travail », *Droit ouvrier*, n° 680, 2005, p. 92.

²¹⁹ « Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE ».

²²⁰ CJCE, 26 fév. 1992, aff. C-3/90.

35. **Prestation numérique** - Qu'est-ce qu'une prestation de travail numérique ? Du point de vue du Code général des impôts tous les services fournis par voie électronique forment désormais une classe à part de prestations immatérielles, avec les prestations de télécommunication et de radiodiffusion²²¹. Leur définition consiste de prime abord en une liste non exhaustive d'exemples, prévue dans la directive du 12 juillet 2002 sur les communications électroniques²²² et à l'article 98 C de l'annexe III du Code général des impôts. On retrouve notamment au sein de cette liste « la fourniture de logiciels et la mise à jour de ceux-ci ». En extrapolant cette définition, on peut dès lors considérer qu'une prestation de travail est numérique dès lors qu'elle est mise en service ou délivrée par le biais des technologies de l'information et de la communication. A partir de ces définitions préalables, la prestation numérique (ou immatérielle) est-elle un nouvel élément dans la relation de travail que le droit social doit appréhender ? Il convient d'évaluer les critères déterminant l'exécution de la prestation de travail (A) et d'interroger la nature de la prestation de travail numérique (B).

A. L'exécution de la prestation de travail

36. **Caractéristiques de la prestation de travail** - L'existence d'un contrat de travail implique, en premier lieu, que le travailleur en cause exécute une prestation de travail²²³. Or, selon la jurisprudence, cette condition du salariat n'est satisfaite que lorsque les tâches confiées au travailleur sont accomplies par lui personnellement (1) et de manière effective, à titre professionnel (2). À défaut de l'un de ces caractères, que la jurisprudence tient, en principe, pour cumulatifs, l'existence d'un contrat de travail ne saurait être caractérisée, faute de prestation de travail²²⁴.

1) Un travail personnel

37. **L'intuitu personae dans la prestation de travail** - « Il y a considération de la personne dans un contrat lorsque le cocontractant, au lieu de considérer uniquement la

²²¹ CGI art. 259 B-10, 11 et 12.

²²² Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0058>, consulté le 26 janvier 2017.

²²³ Y. Aubrée, « Contrat de travail (existence - formation) », dans *Rép. trav.*, 2014, .

²²⁴ Cass. soc., 20 oct. 2010, pourvoi n°09-40.117, inédit.

prestation qu'il attend de ce contrat, considère également la personne qui doit lui fournir ladite prestation »²²⁵. Le contrat de travail est ainsi un contrat conclu *intuitu personae* et le prestataire de travail ne peut être qu'une personne physique individuellement déterminée. « En raison de la dimension humaine des relations de travail et de la responsabilité de l'entreprise pesant sur l'employeur, il ne saurait être question de définir le contrat de travail comme un contrat conclu *intuitu rei*, qui supposerait que l'employeur traiterait avec quiconque accepterait son offre, sans avoir égard à la personne de son contractant »²²⁶.

38. L'exécution personnelle de la prestation - La prestation de travail doit être exécutée par le travailleur lui-même, c'est-à-dire de manière personnelle. Le caractère *intuitu personae* du contrat de travail exclut que le salarié puisse « sous-traiter », au profit d'un tiers, l'exécution de la prestation de travail que lui a commandée le donneur d'ouvrage²²⁷. Ainsi, il n'y a pas contrat de travail si le prestataire de travail, pour exécuter celui-ci, emploie du personnel salarié par lui. Le salarié n'est pas en droit de se substituer un tiers dans l'exercice de son travail²²⁸. La difficulté c'est qu'une prestation numérique du fait de son immatérialité est beaucoup plus facile à déléguer qu'une prestation « classique ». Il est ainsi quasiment impossible de s'assurer qu'un traducteur qui travaille à distance a effectivement traduit un texte tout seul et qu'il n'a pas fait appel à un tiers pour l'aide. Ce tiers est généralement peut être un ami mobilisé par l'intermédiaire des réseaux sociaux, mais il peut aussi s'agir d'un véritable sous-traitant²²⁹.

39. Notion de travail pour le compte d'autrui - Il y a travail dès lors qu'on est obligé (au sens juridique du terme) de faire quelque chose pour autrui²³⁰. La prestation de travail doit être accomplie par le travailleur concerné pour le compte d'autrui, et non pas pour son propre compte. En effet, le salariat implique, par définition, l'accomplissement de tâches qui profitent directement, non pas au travailleur à qui incombe la charge de leur exécution (en tant que débiteur de cette obligation de faire),

²²⁵ M. Contamine-Raynaud, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas Paris II, 1974, p. 33.

²²⁶ M.-A. Peano, « L'intuitus personae dans le contrat de travail », *Dr. soc.*, 1995, p. 129.

²²⁷ Y. Aubrée, « Contrat de travail (existence - formation) », *op. cit.*

²²⁸ *Cass. soc.*, 22 sept. 2009, pourvoi n°08-42.304, inédit.

²²⁹ *Un développeur salarié sous-traitait son travail en Chine*, <http://www.lemondeinformatique.fr/actualites/lire-un-developpeur-salarie-sous-traitait-son-travail-en-chine-52107.html>, consulté le 23 novembre 2015.

²³⁰ « Le couple travail et protection sociale confronté à la notion de salarié », *LPA*, n° 190, 21 septembre 2012, p. 12.

mais à la personne qui les a commandées : le donneur d'ouvrage (créancier de cette même obligation). A propos des participants au tournage de l'émission de télé-réalité, dénommée « L'Île de la tentation », la Cour de cassation relève que « [leur] prestation avait pour finalité la production d'un bien ayant valeur économique [pour la société de production de cette émission] »²³¹. Il n'y a pas encore d'illustration dans le domaine des relations numériques de travail, mais un certain flou juridique est exploité par les « places de marché » de commerce en ligne. Ces plateformes mettent en relation des particuliers et des « professionnels » qui louent des biens mobiliers ou immobiliers, qui monnaient des services, qui vendent des produits, elles touchent des commissions sur les ventes mais évitent de se voir qualifier d'employeur, puisque les particuliers et « professionnels » travaillent à « leur compte ». Un rééquilibrage s'imposera toutefois sous peine de conduire à la disparition des employeurs²³².

2) *Un travail à titre professionnel*

40. **Travail accompli à titre professionnel** - La prestation de travail, permettant de caractériser l'existence du contrat de travail, doit être accomplie par le travailleur en cause à titre professionnel, c'est-à-dire de manière habituelle, dans le but de subvenir aux besoins liés à son existence²³³ et, le cas échéant, à ceux de sa famille²³⁴. D'une manière générale, la Cour de cassation considère que seules des tâches répétées ou durables, qui présentent une certaine régularité dans le temps, répondent à cette définition. L'existence d'un contrat de travail doit donc être écartée lorsque la prestation de travail n'est exécutée par le travailleur concerné que de manière occasionnelle ou sporadique²³⁵. L'existence d'un contrat de travail n'est pas non plus caractérisée lorsque l'exécution de la prestation de travail par le travailleur en cause revêt un caractère exceptionnel²³⁶. A cet égard les prestations réalisées par les particuliers sur Internet ne

²³¹ Cass. soc., 4 avr. 2012, pourvois n°10-28.818 10-28.819 10-28.820 10-28.821 10-28.823 10-28.824 10-28.825 10-28.826 10-28.827 10-28.828 10-28.829 10-28.830, inédit.

²³² G. Lêmy, « Vers une régulation juridique des places de marché de commerce en ligne entre particuliers », *D.*, 2015, p. 2513.

²³³ Supra. Partie 1, titre 1, chapitre 1, section 3, I, A, « le salaire, un critère nécessaire mais insuffisant ».

²³⁴ Y. Aubrée, « Contrat de travail (existence - formation) », *op. cit.*

²³⁵ Cass. soc., 11 janv. 1990, pourvoi n°87-12.982, *Bull. civ.*, V, n°9.

²³⁶ Justifient leur décision écartant l'assujettissement au régime général de la sécurité sociale de divers spécialistes pour le concours qu'ils avaient apporté, en raison de leurs compétences professionnelles, à un organisme privé de formation continue, les juges du fond qui, après avoir relevé qu'ils étaient intervenus à titre exceptionnel soit dans les locaux du centre pour y donner une ou deux conférences d'information, soit à leur propre domicile professionnel pour dispenser des conseils aux stagiaires dans la préparation de leurs travaux, et observé qu'ils déterminaient librement le contenu de leur prestation et, après en avoir débattu avec la direction de l'organisme, en fixaient l'horaire et la rémunération qui, étant donné sa modicité, correspondait davantage à un remboursement de frais, ont déduit de ces constatations qu'à l'inverse de professeurs dispensant un véritable enseignement,

devraient pas relever du droit du travail tant qu'elles ne dépassent pas un certain montant et une certaine régularité dans le temps²³⁷.

41. **Distinguer le travail amateur du travail professionnel** - Le développement des plateformes numériques permettant la réalisation d'activités économiques entre particuliers peut au regard de ce critère conduire à de nouveaux types de fraudes. Soucieux de lutter efficacement contre le travail dissimulé, notamment en raison des considérables pertes de recettes fiscales et sociales qui en découlent, le Code du travail tend à sanctionner tous ceux qui peuvent tirer profit du phénomène : les travailleurs et entrepreneurs qui dissimulent leur activité²³⁸, les employeurs qui omettent de déclarer leurs salariés²³⁹, mais aussi leurs clients, sans qui le travail dissimulé ne pourrait prospérer. Les clients des plateformes collaboratives doivent être vigilants, car ils sont eux-mêmes soumis à des obligations préventives de vérification de la régularité de la situation de leur cocontractant, et encourent, s'ils ont recours à un entrepreneur qui travaille « au noir » ou qui n'a pas déclaré ses salariés, les mêmes sanctions pénales²⁴⁰. Dans un arrêt du 4 septembre 2012²⁴¹, pour la Cour de cassation, justifie sa décision la cour d'appel qui, pour renvoyer une société et des préposés de celle-ci des fins de poursuites pour recours aux services de personnes exerçant un travail dissimulé, relève qu'en l'espèce, les relations contractuelles entre la société et ces personnes étaient celles inhérentes au contrat de vente. La société poursuivie ne se trouvait en effet pas dans la situation d'un donneur d'ordre ayant recours aux services d'une personne exerçant un travail dissimulé. En somme, le recours au « travail » dissimulé ne peut être qu'un recours à une prestation de travail²⁴².

B. La nature de la prestation

42. **Forme de la prestation de travail** – La prestation numérique recouvre une certaine immatérialité qui peut rendre plus difficile sa mise en évidence (1). Or en droit

ces intervenants ne se trouvaient pas intégrés dans un service organisé par le centre. *Cass. soc.*, 22 mars 1989, pourvoi n°86-15.020, *Bull. civ.*, V, n°238.

²³⁷ Supra. Partie 1, titre 1, chapitre 1, section 3, I, A, « le salaire, un critère nécessaire mais insuffisant ».

²³⁸ C. trav. art. L. 8221-3.

²³⁹ C. trav. art. L. 8221-5.

²⁴⁰ C. trav. art. L. 8224-1

²⁴¹ *Cass. crim.*, 4 sept. 2012, pourvoi n°11-87.225, *Bull. crim.* 2012, n°180.

²⁴² A. Cerf-Hollender, « Le délit de recours au travail dissimulé suppose le recours à ... une prestation de travail », *RCS*, 2012, p. 877.

du travail, s'il importe peu de s'attacher à la forme de la prestation de travail accomplie, qui peut être intellectuelle et/ou physique, ni au type de secteur professionnel qu'elle concerne²⁴³, cette prestation doit pouvoir être déterminée (2).

1) *La forme de la prestation de travail*

43. **Travail invisible, prestation réelle** - « Lorsqu'un salarié n'est pas en mesure de fournir la prestation inhérente à son contrat de travail, son employeur n'est pas tenu de lui verser un salaire sauf disposition légale, conventionnelle ou contractuelle particulière »²⁴⁴. *A contrario*, dans les relations numériques on peut relever des situations de « travail invisible », notamment lorsque les activités personnelles ou professionnelles tendent à se confondre parce que le salarié travaille à distance ou en dehors du temps de travail ou bien encore sur un objet difficilement matérialisable. Par opposition au travail visible qui donne lieu à un contrat de travail (ou à un contrat de prestation de services) et à un salaire en contrepartie et qui est mesuré et rémunéré en temps de présence physique²⁴⁵, le travail invisible n'est pas quantifiable en heure. Seul le forfait jours prend en compte cette nouvelle dimension de la prestation de travail²⁴⁶. Ainsi, la veille est l'une des nouvelles compétences des travailleurs du savoir. Cette activité suppose la recherche d'information, la lecture et l'archivage. Grâce aux TIC, la lecture devient équipée, elle se développe à travers de nouvelles formes de lecture et d'accès à l'information à travers l'indexation, les mots-clefs ou les moteurs de recherche. Cette activité est particulièrement consommatrice de temps. Or la représentation de cette activité est toujours associée aux loisirs, ce qui accentue « l'invisibilité des lectures de travail (...). Cette activité chronophage n'est pas considérée comme du travail par les collègues et la hiérarchie en raison d'une représentation du travail encore liée à la force physique et au faire »²⁴⁷. Lorsqu'un supérieur hiérarchique surprend un salarié en train de lire pour son travail, il pourrait le considérer comme inoccupé aura tendance à le considérer comme inoccupé et lui donnera du travail supplémentaire. Quasi clandestine au travail, l'activité de veille est souvent déportée dans le hors travail, que ce soit à domicile, pendant les temps de

²⁴³ Y. Aubrée, « Contrat de travail (existence - formation) », *op. cit.*

²⁴⁴ *Cass. soc.*, 9 avr. 2015, pourvoi n°14-10.531, inédit.

²⁴⁵ F. Labadie et F. Rouet, « Régulations du travail artistique », *Culture prospective*, vol. n°4, n° 4, 1 octobre 2007, p. 12.

²⁴⁶ *Infra*. Partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2, II, A, « l'insécurité du droit de la durée du travail ».

²⁴⁷ A.-F.S. Laurent-Kogan et J.-L. Metzger, *Où va le travail à l'ère du numérique ?*, *op. cit.*, p. 200.

transports, ou au travail pendant les heures supplémentaires²⁴⁸. Les raisons de cette clandestinité sont liées aux conditions de travail, manque de temps, de lieu, et aux interruptions difficilement compatibles avec l'activité de lecture²⁴⁹. En définitive, la prestation numérique, peu importe sa nature, peut être qualifiée de prestation de travail, mais ces activités sont parfois très difficiles à prendre en compte en raison de leur immatérialité.

2) *Le « potentiel d'action » objet de la subordination du cerveau d'œuvre*

44. **Le potentiel d'action** – Le large développement des TIC transforme chaque acteur en travailleur de la connaissance qui évolue au sein d'une chaîne de valeurs du savoir englobant tous les autres interlocuteurs de l'entreprise²⁵⁰. En effet, « seule une main-d'œuvre, qui ne soit pas considérée comme une machine, peut s'adapter à un contexte organisationnel en perpétuelle évolution ». Ainsi, l'objet de la subordination va bien au-delà du corps, le salarié confie la gestion de ses compétences, de sa capacité créative, de sa réputation, de son employabilité, etc. Il faut en réalité considérer l'ensemble des capacités d'action qui permettent de produire de la valeur. La notion de travail numérique implique une certaine globalité, c'est « l'ensemble des facultés corporelles et intellectuelles par lesquelles l'homme travaille »²⁵¹ indique déjà Marx en 1867, dont on ne retiendra pour autant pas l'ensemble de l'analyse. « En acceptant les directives de l'employeur, on ne cède pas de droit sur son corps ou sur son potentiel. On ne cède pas non plus ses capacités d'action. Pour être plus précis, on cède le droit de gérer ces capacités, autrement dit de décider de l'usage qui en sera fait, et donc de leur valeur future »²⁵². Ainsi, l'expression du « potentiel d'action individuel pour désigner l'ensemble de ces capacités, qui sont autant de promesses de revenus futurs »²⁵³ est particulièrement adaptée aux relations numériques de travail. Ce potentiel d'action individuel renvoie à la fois au patrimoine individuel au sens classique, aux compétences, au savoir-faire des individus, aux capacités créatives, mais comporte aussi une

²⁴⁸ D.-G. Tremblay, *Articuler emploi et famille: le rôle du soutien organisationnel*, PUQ, 2012, p. 96.

²⁴⁹ F. Moatty et F. Rouard, « Lire et écrire durant les heures supplémentaires », *Tempos, la revue de l'institut Chronopost*, n° 3, p. 53-62.

²⁵⁰ F. Dupuich, « Impact des technologies de l'information et de la communication (TIC) sur la gestion des ressources humaines GRH dans les firmes "high-tech" », *Management & Avenir*, n° 9, mars 2006, p. 83.

²⁵¹ K. Marx, « Chapitre VI : Achat et vente de la force de travail », dans *Le Capital - Livre premier*, 1867, .

²⁵² A. Hatchuel et B. Segrestin, « Subordination formelle, subordination réelle : quand le contrat de travail cache l'entreprise », *Communication au Forum des économistes de la Régulation*, 2009, p. 7.

²⁵³ *Ibid.*

dimension collective à travers leurs réseaux, leur réputation, leur « capital social ». La notion de potentiel généralise ainsi l'idée de patrimoine comme celle de force de travail. Elle a le mérite de sortir du clivage traditionnel entre capital et travail, tout en permettant de revisiter la notion de prestation de travail. La difficulté c'est que cette notion est aussi beaucoup plus difficile à appréhender et à décrire dans le contrat en raison de son évolutivité. Si le poste de travail désigne l'ensemble des tâches matérielles ou fonctions auxquelles le salarié est affecté, il n'est que le reflet d'une forme d'organisation du travail. « La détermination contractuelle de l'emploi occupé pourrait, à l'extrême, ne plus faire référence à aucun poste. L'employeur achèterait un ensemble de compétences, susceptibles d'être utilisées dans des affectations très différentes »²⁵⁴.

45. **Liberté de participer** - On peut supposer effectivement que « les TIC engendrent « des agents intelligents » capables d'affronter les aléas, la complexité, les nouveautés »²⁵⁵. Toutefois, d'un point de vue juridique, le salarié ne saurait être tenu à l'accomplissement de tâches autres que celles contractuellement prévues²⁵⁶, ce que la jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion de confirmer à de nombreuses reprises²⁵⁷. Il conviendrait donc de s'appuyer sur une nouvelle « orthodoxie juridique ». Cette dernière pourrait s'inspirer des travaux du prix Nobel d'économie, Amartya Sen, qui met au centre de sa conception du développement, l'institution d'une « liberté de participer au marché du travail »²⁵⁸. Cette liberté est liée à une conception du travail comme manifestation de la capacité des individus à s'engager dans une activité collective. Elle se conçoit dans le cadre d'un État de droit garantissant tout un ensemble de libertés fondamentales. Il suggère de considérer le contrat de travail comme une transaction définissant un « apport en capacité » du salarié à un collectif de travail qui contribue à définir l'entreprise elle-même, à l'instar de l'apport en capital des actionnaires²⁵⁹. Le travail ne serait plus un coût qu'il conviendrait de réduire mais un apport de compétences. Il faudrait ainsi passer du travailleur taylorien, force de travail, au travailleur cognitif, qui va chercher ailleurs les compétences qui lui manquent pour

²⁵⁴ M.-L. Morin et L. Mallet, « La détermination de l'emploi occupé », *Dr. soc.*, 1996, p. 660.

²⁵⁵ L. Roche et Y. Chatelain, « L'impact des nouvelles technologies de l'information et de la communication sur les hommes et les femmes », *Humanisme et entreprise*, n° 242, août 2000, p. 98.

²⁵⁶ N. Collet-Thiry, *L'encadrement contractuel de la subordination*, *op. cit.*, p. 32.

²⁵⁷ A propos d'une dessinatrice-projeteuse qui se voit confier des tâches administratives de documentation technique. *Cass. soc.*, 17 janv. 2006, pourvoi n°04-40.965, inédit.

²⁵⁸ A. Sen, *Un nouveau modèle économique. Développement, justice, liberté*, Paris, Editions Odile Jacob, 2000, p. 124.

²⁵⁹ C. Didry, « Le travail comme apport en capacité, la portée socio-historique de l'approche par les capacités d'Amartya Sen », *HAL Id: halshs-00584416*, 22 mars 2011.

résoudre des problèmes, qui travaille avec les autres dans un but précis. La difficulté c'est que nous sommes actuellement dans une période de transition et d'acquisition de nouveaux codes sociaux, entre une activité principalement basée sur des compétences techniques et un travail requérant, outre les compétences techniques, des compétences culturelles et relationnelles²⁶⁰.

46. **Transition** – Si la prestation de travail est l'élément essentiel du contrat de travail, elle est insuffisante à déterminer à elle seule l'essence du contrat de travail. En effet, la nature de la prestation travail n'est pas déterminante pour qualifier un contrat de travail dans une relation de travail numérique, d'autant plus que sa définition demeure imprécise. Par ailleurs la prestation de travail existe aussi dans le contrat d'entreprise ou le bénévolat. De fait, la notion peine à délimiter précisément l'économie numérique, basée sur l'échange d'informations et des modes alternatifs de consommation. Dès lors, pour délimiter la notion de relation de travail numérique, il convient de recourir à la notion de rémunération.

II. La rémunération d'une prestation numérique

47. **Rémunération** - Le deuxième élément de la définition du contrat de travail est la rémunération. Il s'agit de la contrepartie financière des obligations du salarié. Pothier écrivait au XVIIIème siècle qu'il « n'y a que les services ignobles et appréciables à prix d'argent qui soient susceptibles du contrat de louage, tels ceux des serviteurs et servantes, des manœuvres, des artisans etc. Ceux que leur excellence ou la dignité de la personne qui les rend empêche de pouvoir s'apprécier à prix d'argent n'en sont pas susceptibles »²⁶¹. Par la suite, s'est installée la distinction entre le salaire, qui est le prix du travail qui s'achète et se vend sur le marché, et l'honoraire, qui vient récompenser le service, au demeurant inestimable, de l'homme de l'art²⁶². Mais la rémunération est-elle encore un critère pertinent du contrat de travail ? Comment apprécier à sa juste valeur une prestation par nature immatérielle ?

²⁶⁰ G. Colletis, *L'urgence industrielle!*, Le bord de l'eau, coll.« Retour à l'économie politique », 2011, p. 103.

²⁶¹ R.J. Pothier, *Oeuvres complètes : Traité du contrat de louage*, Chez Thomine et Fortic, 1821, p. 8.

²⁶² G.H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, Paris, France, Dalloz, 1982, p. 5.

48. **L'activité économique numérique** – La définition traditionnelle du salarié appréhendé par le droit du travail, ne permet pas de rendre compte fidèlement de la réalité de l'occupation et de l'activité économique des travailleurs de l'économie numérique²⁶³. « À la croisée des chemins, lorsqu'un salarié est auteur, l'application des règles est contredite par la logique économique »²⁶⁴. D'une part, le salarié se rapproche de plus en plus de l'entrepreneur qui fournit des prestations²⁶⁵. Les dispositions légales, qui régissent depuis longtemps, de manière supplétive, les inventions de salariés sont particulièrement significatives du statut atypique que peut occuper l'inventeur salarié qui va, selon les circonstances, être considéré comme un salarié (inventions dites de missions) ou comme un prestataire de services (inventions hors missions)²⁶⁶. D'autre part, l'économie numérique a vu naître des plateformes dans lesquelles une partie du travail nécessaire à la réalisation du service est réalisée, non par l'entreprise à l'origine de la plateforme, mais par une partie de ses utilisateurs. Or, de plus en plus de citoyens s'investissent dans l'économie collaborative aussi bien en tant qu'offreurs que demandeurs. Elle constitue une part croissante de leurs revenus, de leurs dépenses et de leur « temps de travail »²⁶⁷. Il convient de s'interroger, dans un premier temps, sur le fait que la prestation de travail numérique fasse ou non l'objet systématique d'une rétribution matérialisée en droit du travail par un bulletin de paie (A). Dans un second temps, la confusion entre les artistes, les inventeurs et les salariés entretenue par une économie qui repose sur l'information et l'innovation doit conduire à s'interroger sur les mécanismes permettant d'apprécier en droit la prestation immatérielle de travail (B).

A. Le salaire, contrepartie de la prestation de travail

49. **Une nouvelle économie** - Avec le développement des outils du Web 2.0, les contenus générés par les internautes prennent une place grandissante sur la toile. Une évolution qui offre de nouvelles possibilités d'interactions pour s'informer, nouer des contacts, participer à des projets, développer des projets, développer des activités, etc²⁶⁸.

²⁶³ FRANCE, Direction générale des entreprises, Pôle interministériel de prospective et d'anticipation des mutations économiques et Pôle Industries du commerce, *Enjeux et perspectives de la consommation collaborative*, DGE, 2015, p. 244.

²⁶⁴ D. Castel, « Social - Activité créatrice - Salarié et auteur : une situation empoisonnée ? », *JAC*, n° 25, 2015, p. 41.

²⁶⁵ *Réinventer le travail - Comment saisir les opportunités de l'ère digitale ?*, Roland Berger Strategy Consultants, 2014, p. 12.

²⁶⁶ A.-C. Alibert, *Les Cadres quasi-indépendants : du contrat de travail au contrat d'activité dépendante*, Thèse de doctorat, Université d'Auvergne, 2005, p. 126.

²⁶⁷ Le travail est un facteur d'épanouissement personnel pour 3 créatifs sur 4, avant d'être un moyen de gagner de sa vie. Résultats d'une étude d'Aquent (agence de recrutement dans le marketing, création et digital), conduite en 2013 auprès de 900 collaborateurs européens, en partenariat avec Cadremploi.

²⁶⁸ N. Quint, *Mieux utiliser Internet pour être plus efficace au bureau et chez soi*, Maxima, 2007, p. 65.

C'est toute une nouvelle économie qui est en train de voir le jour, entre « l'économie du don »²⁶⁹ et l'économie de marché, qui est en train de voir le jour²⁷⁰. Pourtant en droit du travail on parle encore de « salaire » et de « rémunération ». Ces deux vocables ont des significations différentes. Le terme de rémunération désigne l'ensemble des éléments (outre le salaire) servant à rétribuer les salariés²⁷¹. En cela, il permet d'englober des sommes d'argent aux finalités bien différentes : payer le travail fourni, motiver les salariés, récompenser leurs performances, gratifier certains comportements²⁷². En droit du travail, le salaire est un des critères de la relation de travail, c'est la contrepartie de la force de travail du salarié, il permet de distinguer la relation de travail de l'économie du partage (1). Ce critère n'est toutefois pas suffisant s'agissant des entrepreneurs qui reçoivent également une rémunération. En revanche, une fiche de paie ou bulletin de paie doit obligatoirement être remis au salarié pour justifier de son paiement ce qui n'est pas le cas des entrepreneurs (2).

1) *Le salaire, un critère nécessaire mais insuffisant*

50. **Définition générale** - D'origine latine, le mot salaire vient du latin *salarium*, dérivé de *sal*, le sel, ressource indispensable pour conserver la viande. Il désignait initialement la ration de sel fournie aux soldats romains²⁷³. Sous l'angle économique, le salaire est d'abord considéré comme un coût de production. Sous l'angle sociologique, il constitue un moyen de subsistance du travailleur. Enfin, juridiquement, le salaire est la contrepartie de la prestation de travail. Le salaire correspond ainsi au traitement de base, et a donné son nom au salarié. Toutefois, avec la croissance des services en ligne dans un environnement mondial, concurrentiel et sans frontière, le fait de devoir coordonner le travail en temps réel d'un lieu à l'autre pose des problèmes juridiques nouveaux. Internet permet le développement des échanges coopératifs et non-marchant, donnant lieu à une « économie du don » qui vient s'articuler avec le concept de rémunération en droit du travail (a). Il peut également s'avérer nécessaire d'adopter de nouveaux styles

²⁶⁹ Les logiciels libres ou encore l'encyclopédie libre et collaborative Wikipédia sont les figures les plus représentatives de ce phénomène. R. Barbrook, « L'économie du don high tech », *op. cit.*, p. 142.

²⁷⁰ M.L. Glatin, *Internet : un séisme dans la culture?*, Editions De L'attribut, 2007, p. 147.

²⁷¹ On retrouve cette idée à l'article L. 3221-3 du Code du travail, relatif à l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes : « Constitue une rémunération (...) le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier ».

²⁷² « La rémunération variable sous l'angle contentieux », *Cahiers sociaux*, n° 279, 1 novembre 2015, p. 595.

²⁷³ J. Fourastié, *Pourquoi nous travaillons*, Paris, France, Presses universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », n° 818, 1984.

de gestion et de prévoir en particulier de nouveaux types d'incitation ou de rémunération pour les tâches immatérielles qui rend plus difficile la distinction entre le salarié et l'entrepreneur²⁷⁴ (b).

a. Distinguer l'économie du partage

51. **Droit du partage** - De plus en plus de plateformes de mise en relation entre particuliers se créent à la faveur de l'économie collaborative, en réponse à la crise actuelle. L'économie collaborative est un modèle économique basé sur l'échange et le partage de biens, de services, de temps et de connaissances entre particuliers²⁷⁵. A l'instar du co-voiturage ou de la location d'appartement, l'économie collaborative converge désormais vers de nombreux nouveaux services entre particuliers (bricolage, coup de mains, apprentissage, babysitting, prêts et emprunts d'objets, etc.). L'émergence des particuliers indépendants comme acteurs économiques à part entière, et non plus seulement comme consommateurs, appelle à repenser la protection sociale, le droit du travail, le droit de la consommation, ou encore la responsabilité des plateformes²⁷⁶. Les acteurs de la consommation collaborative représentent une force disruptive de marché qui bouscule les modèles établis en contournant les intermédiaires traditionnels entre offre et demande, pour mettre directement en relation des particuliers offreurs avec des particuliers consommateurs, dans une logique « C to C » (« Consumer to Consumer »)²⁷⁷.

52. **Le critère de la rémunération** - Le critère de la rémunération permet principalement de marquer une frontière entre le bénévolat et le salariat. Cette exigence constitue la cause de l'obligation imposée au travailleur, c'est-à-dire la contre-prestation de l'exécution de son travail²⁷⁸. Concrètement, la rémunération de l'activité du travailleur peut être fixée en fonction des missions et résultats qui lui sont assignés, de son temps de travail, du nombre de pièces qu'il fournit, du nombre de produits vendus,

²⁷⁴ Bureau international du travail, *Rapport sur l'emploi dans le monde 2001*, *op. cit.*, p. 82.

²⁷⁵ I. Robert, A.-S. Binninger et N. Ourahmoune, « La consommation collaborative, le versant encore équivoque de l'économie de la fonctionnalité », *op. cit.*

²⁷⁶ M. Bouvard, T. Carcenac, J. Chiron, P. Dallier, J. Genest, B. Lalande et A. De Montgolfier, *L'économie collaborative : propositions pour une fiscalité simple, juste et efficace*, *op. cit.*, p. 12.

²⁷⁷ FRANCE, Direction générale des entreprises, Pôle interministériel de prospective et d'anticipation des mutations économiques et Pôle Industries du commerce, *Enjeux et perspectives de la consommation collaborative*, *op. cit.*, p. 273.

²⁷⁸ *Cass. soc.*, 4 avr. 2012, pourvois n°10-28.818 10-28.819 10-28.820 10-28.821 10-28.823 10-28.824 10-28.825 10-28.826 10-28.827 10-28.828 10-28.829 10-28.830, inédit, *op. cit.*

du volume d'affaires ou du bénéfice réalisé, etc.²⁷⁹ Inversement, si l'absence de rémunération ou sa modicité sont parfois un obstacle à la qualification de contrat de travail, le fait de percevoir une rétribution ne signifie pas obligatoirement l'existence d'un travail salarié²⁸⁰. En l'absence de rémunération, contrepartie du travail fourni, la situation juridique des parties ne relève pas du droit du travail, mais entre dans le cadre du bénévolat, de l'aide familiale, du coup de main donné²⁸¹.

53. **Rémunération en nature** - Généralement, la rémunération attribuée au travailleur est pécuniaire, en ce sens qu'elle prend la forme du versement d'une somme d'argent. Toutefois, aucune disposition légale ou réglementaire n'interdit de prévoir qu'elle sera constituée partiellement ou même totalement par l'octroi d'avantages en nature, tels que la fourniture gratuite ou la prise en charge d'un logement ou d'outils issus des nouvelles technologies de l'information et de la communication, tels qu'un ordinateur portable ou un téléphone portable. Ainsi, « la fourniture d'un avantage en nature [n'exclut] pas qu'elles aient été liées par un contrat de travail »²⁸². A Paris, le supermarché coopératif La Louve, possède le statut d'association à but non lucratif et qui est gérée et gouvernée par ses membres ; lesquels assurent bénévolement, aux côtés de quelques salariés, la totalité des tâches nécessaires à son bon fonctionnement en échange de quoi ces derniers peuvent faire leur course gratuitement au magasin. La rémunération en droit peut exister en nature. En effet, selon l'article L. 3221-3 du Code du travail : « constitue une rémunération au sens du présent chapitre, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier ». En pratique, si la relation de travail était requalifiée, les avantages en nature pourraient être en compte par les *Urssaf* pour vérifier que le salaire minimum est atteint²⁸³.

54. **Échange de service** - *A priori*, l'absence de rémunération en espèce devrait écarter une partie de l'économie collaborative du champ du droit du travail, comme cela se pratique depuis longtemps dans le secteur agricole : il s'agit d'un échange de service

²⁷⁹ Y. Aubrée, « Contrat de travail (existence - formation) », *op. cit.*

²⁸⁰ *Cass. soc.*, 24 oct. 1983, pourvoi n°82-13.464, *Bull. civ.*, V, n°524.

²⁸¹ E. Alfandari, « Entraide familiale et solidarité entre les générations », *RDSS*, 2010, p. 188.

²⁸² *Cass. soc.*, 7 avr. 1994, pourvoi n°89-45.796, *inédit.*

²⁸³ F. Mélin et M. Séguineau-Branchu, *Pour tout savoir sur son salaire : sa composition, sa détermination, son paiement*, Wolters Kluwer France, 2007, p. 108.

(en travail ou en moyens) entre particulier²⁸⁴. Le système repose sur la réciprocité ; son caractère gratuit le soustrait au droit du travail, que l'entraide soit occasionnelle ou régulière. Il se fonde sur l'entraide définie par l'article L. 325-1 du Code rural, comme pouvant être « réalisée entre agriculteurs par des échanges de services en travail et en moyens d'exploitation. Elle peut être occasionnelle, temporaire ou intervenir d'une manière régulière. L'entraide est un contrat à titre gratuit, même lorsque le bénéficiaire rembourse au prestataire tout ou partie des frais engagés par ce dernier ». L'entraide peut donc également être régulière. Les prestations d'entraide ne peuvent être assujetties ni à la TVA ni à la contribution économique territoriale, et elles ne peuvent donner lieu ni à prélèvement sur les salaires ni à perception de cotisations sociales. C'est peut-être ce régime particulier qui a inspiré la commission des finances du Sénat. Les sénateurs partent du principe qu'actuellement, « les revenus tirés de l'économie collaborative [...] ne sont pas déclarés à l'administration fiscale », alors que c'est normalement obligatoire. Il propose qu'en dessous d'un plafond annuel fixé à 5000 euros²⁸⁵, les « échanges entre particuliers » comme la location de voitures, d'appartements ou d'objets sont exonérés d'impôts. Les sénateurs estiment que cette somme correspond aux frais d'entretien des biens partagés²⁸⁶.

55. **Covoiturage** - Il existe de nombreux « faux particuliers », et en réalité vrais professionnels, qui tirent leur revenu des sites de mise en relation (*Uber*, *Airbnb*, etc.). La pratique du covoiturage peut à cet égard être interrogée du point de vue de la rémunération. « À cet égard, il est permis de se demander, pour reprendre l'expression de Carbonnier si, à l'instar de l'entraide bénévole, le covoiturage n'appartient pas à l'univers du non-droit »²⁸⁷. Pour la Cour de cassation, ne constitue pas un acte de concurrence déloyale la pratique de covoiturage effectuée à titre bénévole qui se limite à indemniser le conducteur des frais d'essence du trajet et de ceux induits par l'utilisation

²⁸⁴ Les membres de la coopérative, aux côtés de quelques salariés, assurent les tâches nécessaires pour le bon fonctionnement du magasin à hauteur de 3h consécutives toutes les 4 semaines : caisse, stock, administration, nettoyage... Les économies réalisées permettent à la coopérative de pratiquer des marges basses qui se traduisent par des prix très abordables sur des produits de haute qualité.

²⁸⁵ Ce montant correspond peu ou prou aux charges supportées par un particulier pour amortir et entretenir sa voiture, son appartement etc. La franchise permet de tracer une limite entre ce qui relève, d'une part, du « partage de frais » qui est bien souvent la motivation première des particuliers, et d'autre part d'un revenu de nature commerciale ou quasi-commerciale. Elle est en quelque sorte l'équivalent des « charges déductibles » qu'une entreprise peut retrancher de son chiffre d'affaires afin de calculer son bénéfice imposable.

²⁸⁶ M. Bouvard, T. Carcenac, J. Chiron, P. Dallier, J. Genest, B. Lalande et A. De Montgolfier, *L'économie collaborative : propositions pour une fiscalité simple, juste et efficace*, op. cit., p. 35.

²⁸⁷ X. Delpech, « Le covoiturage n'est pas constitutif de concurrence déloyale », *Dalloz actualité*, 27 mars 2013.

du véhicule²⁸⁸. La réponse dépend donc de la manière dont il est pratiqué. Autrement dit, il importe de rechercher si le covoiturage tel qu'il est pratiqué est ou non une activité lucrative. Ce n'est que dans l'affirmative qu'il y a effectivement concurrence déloyale et exercice illicite de l'activité de transporteur²⁸⁹. Les personnes intéressées pratiqueraient alors le transport sans être astreintes aux obligations qui pèsent normalement sur tout transporteur.

56. UberPop, délit de faux covoiturage - *Uber* et *UberPop* sont deux services différents. Le premier, un service de véhicules de tourisme avec chauffeur (VTC), a été encadré par la loi. Le second, propose un service de transport en voiture dont le conducteur est un particulier, seulement inscrit auprès d'*Uber*²⁹⁰. Déclaré illégal²⁹¹, ce service a fini par être suspendu par la société américaine²⁹². La décision du Conseil constitutionnel du 22 septembre 2015 confirmant l'interdiction *UberPop* conforte l'idée de la nécessité de la régulation juridique des places de marché de commerce en ligne entre particuliers²⁹³. En effet, comment qualifier le conducteur qui, se déplaçant quotidiennement vers son lieu de travail, prend à son bord des personnes à qui il demande une participation, alors même que ce trajet est en partie ou en totalité remboursé par son employeur ? Où commence et s'achève le caractère onéreux ?²⁹⁴ Les sociétés requérantes faisaient valoir, notamment, que les dispositions de l'article L. 3124-13 du Code des transports portaient atteinte aux principes de légalité des délits et des peines en ce qu'elles incrimineraient toute organisation d'un système de réservation proposant des services de transport de personnes, y compris ceux dans lesquels les conducteurs demandent une simple indemnisation pour couvrir leurs frais de carburant et d'utilisation du véhicule. Le Conseil constitutionnel a, toutefois, écarté l'ensemble des griefs et déclaré les dispositions contestées conformes à la Constitution. Il retient en particulier que les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire les

²⁸⁸ Cass. com., 12 mars 2013, pourvoi n°11-21.908, Bull. civ., IV, n°36.

²⁸⁹ La Cour d'appel de Paris, a condamné la société Uber à une amende de 150.000 euros pour « pratique commerciale trompeuse ». CA Paris, Pôle 4, 10ème ch., 7 décembre 2015. « Panorama d'actualité en droit des nouvelles technologies du cabinet Feral-Schuhl », *Hebdo édition affaires*, n° 450, 14 janvier 2016.

²⁹⁰ Le conducteur, contacté grâce à une application sur smartphone, s'improvise chauffeur de taxi pour rentabiliser sa voiture ou arrondir ses fins de mois. Il ne s'agit pas de covoiturage puisque le service est payant, rémunérateur, alors que le covoiturage ne prévoit qu'une participation aux frais.

²⁹¹ La loi dite Thévenoud a rendu Uber pop illégal dès sa mise en application début 2015. Mais la société avait engagé plusieurs recours judiciaires, ce qui lui permettait de justifier le maintien de son service en attendant que la justice tranche de façon définitive. « Loi n°2014-1104 du 1er octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur » (JO n°0228, 2 octobre 2014, p. 15938).

²⁹² *Uber et UberPop : c'est quoi la différence ?*, <http://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2015/07/03/32001-20150703ARTFIG00177-uber-et-uberpop-c-est-quoi-la-difference.php>, consulté le 17 décembre 2015.

²⁹³ CC., 22 sept. 2015, déc. n°2015-484 QPC, *Uber France SAS et autres*, JO 25 septembre 2015, p. 17083, texte n°78.

²⁹⁴ H. Kenfack, « Droit des transports », *D.*, 2016, p. 1396.

systèmes de mise en relation des personnes souhaitant pratiquer le covoiturage tel qu'il est défini par le Code des transports et, qu'en conséquence, il n'y a pas d'atteinte au principe de légalité des délits et des peines. Le Conseil constitutionnel a en définitive rappelé que « tel qu'il est défini par le code des transports » le covoiturage n'était pas effectué à titre onéreux. Le Conseil constitutionnel clôt ainsi une bataille et non la guerre qui, en raison des enjeux économiques importants et de l'évolution des habitudes des consommateurs, va sans doute continuer. Sous le prisme des qualifications juridiques, la présentation d'*UberPop* comme un covoiturage n'était pas convaincante. « Le chauffeur effectuait un trajet qui, autrement, n'aurait pas été le sien, et ce en vue d'une rémunération. Il fallait avoir l'imagination féconde pour voir là un covoiturage »²⁹⁵. Les chauffeurs exerçaient, sans conteste possible, une activité de prestation de services à but lucratif. Cela imposait de procéder aux déclarations prescrites par la loi. La responsabilité pénale des chauffeurs, des clients, de la société exploitant la plate-forme numérique et de ses dirigeants pouvait dès lors être recherchée sur le fondement de travail dissimulé à titre d'auteur ou de complice de l'infraction²⁹⁶.

57. Systèmes d'enchères électroniques inversées – Alors qu'en France aucun salaire ne peut être inférieur au SMIC, les systèmes d'enchères inversées reposent sur le principe d'une mise en concurrence sous forme d'appel d'offres au moins disant. Ce procédé est apparu en Allemagne en matière de salaire. Ainsi, la personne disposant des compétences requises et proposant le salaire le plus bas était recrutée. Plusieurs acteurs se sont installés sur ce créneau, comme *Jobdumping.de* et *Jobdealer.net*. Un tel système avait suscité de vives réactions et inquiétudes dans le monde politique et chez les partenaires sociaux en raison notamment du risque de développement du dumping social. « Concrètement, de cette façon, en retenant comme seul critère de recrutement le salaire, les employeurs pouvaient tirer les salaires vers le bas et ne retenir que le salarié acceptant la plus basse rémunération »²⁹⁷. La loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances est venue interdire ce dispositif. Ses dispositions sont codifiées à l'article L. 1221-4 du Code du travail selon lequel : « Les procédures d'enchères électroniques inversées étant interdites en matière de fixation du salaire, tout contrat de travail stipulant un salaire fixé à l'issue d'une telle procédure d'enchères inversées est nul de plein droit ». S'agissant du droit commun des contrats, la Commission d'examen

²⁹⁵ L. Gamet, « *UberPop* (†) », *Dr. soc.*, 2015, p. 929.

²⁹⁶ C. trav. art. L. 8122-2.

²⁹⁷ J.-P. Tricoit, « Recrutement, rupture du contrat de travail et TIC », *JCP S*, n° 40, 1 octobre 2013, p. 1381.

des pratiques commerciales considère en revanche que les pratiques d'enchères électroniques inversées sont régulières, au regard à la fois du droit de la concurrence et du droit civil français²⁹⁸.

58. **Marchandisation des relations sociales** - Les places de marché sont au centre de l'apparition de nouveaux rapports économiques. Elles donnent à leurs utilisateurs, particuliers et professionnels, qui vendent des biens ou des services les moyens de se livrer à une véritable activité économique sans avoir à assumer les charges correspondantes²⁹⁹. Certains observateurs économiques pointent du doigt les limites de la consommation collaborative et ses éventuels effets pervers, en dénonçant une « marchandisation des relations sociales », un « consumérisme collaboratif » et une tentative de dérégulation de l'économie³⁰⁰. En effet, les particuliers qui monétarisent leurs compétences sont souvent dans une course au prix le plus bas afin d'être sélectionnés par le client, sans bénéficier de protection particulière, hormis l'assurance civile qu'ils auraient eux-mêmes souscrite³⁰¹.

b. Distinguer l'entrepreneur

59. **Définition de la rémunération** - Du point de vue de l'économie classique, l'opposition entre salarié et entrepreneur trouve sa justification dans le différentiel d'aversion au risque. Le contrat de travail permet au salarié, averse au risque, de mettre à disposition sa force de travail en contrepartie d'une rémunération fixe et certaine, alors que l'entrepreneur exposé au risque perçoit un profit éventuel. Il y aurait donc une dualité entre risques et profit. Cette conception a largement inspiré le droit du travail³⁰². Les modes de rémunération du travail évoluent³⁰³, loin du couple temps de

²⁹⁸ « Avis n° 04-08 relatif à la conformité au droit des pratiques d'enchères électroniques inversées, Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes n° 2005/4 p. 407-412 ».

²⁹⁹ G. Lémy, « Vers une régulation juridique des places de marché de commerce en ligne entre particuliers », *op. cit.*, p. 2513.

³⁰⁰ H. Guillaud, *Buzz de la consommation coopérative : du « social washing »?*, <http://blog.slate.fr/tendances-environnement/2012/01/13/buzz-de-la-consommation-cooperative-du-social-washing/>, consulté le 2 décembre 2015.

³⁰¹ FRANCE, Direction générale des entreprises, Pôle interministériel de prospective et d'anticipation des mutations économiques et Pôle Industries du commerce, *Enjeux et perspectives de la consommation collaborative*, *op. cit.*, p. 181.

³⁰² A. Hatchuel et B. Segrestin, « Subordination formelle, subordination réelle : quand le contrat de travail cache l'entreprise », *op. cit.*, p. 7.

³⁰³ Dans un contexte de mutation de l'emploi, la rémunération a évolué pour stimuler l'activité des salariés pour comprendre d'autres revenus du travail. Selon l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, sont ainsi considérées comme des rémunérations, pour le calcul des cotisations de sécurité sociale, toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion d'un travail accompli dans un lien de subordination, un tel lien étant caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné. L'article L. 3221-3 du Code du travail, codifie également cette mutation. « Constitue une rémunération au sens du présent chapitre, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce

travail/rémunération sur lequel le droit du travail moderne s'est construit³⁰⁴. La rémunération selon le travail fourni est en principe révélatrice du contrat d'entreprise³⁰⁵. Mais, si la rémunération du travail est un indice sérieux dans les litiges relatifs à la qualification de contrat de travail, elle ne constitue pas une preuve irréfragable. Selon une jurisprudence ancienne, la rémunération à la tâche et la relative liberté laissée à un ouvrier dans l'exécution d'un travail ne suffisent pas à exclure l'existence d'un lien de subordination³⁰⁶.

60. **Rémunération horaire** - Le salaire est-il la contrepartie du travail ou la contrepartie de la mise à disposition de sa force de travail ? Le Code du travail, rappelle la Cour de cassation, met à la charge de l'employeur l'obligation de fournir du travail au salarié. Ce dernier a pour seule obligation de se tenir à la disposition de son employeur et d'exécuter le travail demandé. Faute de travail, son seul maintien à la disposition d'une entreprise justifie le paiement du salaire³⁰⁷. Mais qu'en aurait-il été pour un salarié en télétravail ou un cadre au forfait ? Dans une organisation industrielle ou servicielle de travail, le salaire est payé au temps car la productivité dépend essentiellement de la machine et de l'environnement de travail, l'homme suit son rythme. *A contrario*, lorsqu'elle dépend surtout du travailleur, comme pour la cueillette manuelle de fruits, le salaire est payé à la tâche. On parle de salaire au « rendement », à la « pièce » ou à la « tâche »³⁰⁸. Dans les entreprises, les salariés du savoir ont une part importante de leur rémunération qui varie en fonction de leurs résultats parce justement il est difficile de suivre leur travail. Les pratiques de travail des professions du savoir sont plus proches des cueilleurs de fruits que des « ouvriers fordistes » ou des vendeurs contraints dans un magasin d'attendre le chaland. Quand le cadre est au forfait, son salaire tend à le rapprocher des avocats qui perçoivent outre la rémunération des prestations effectuées, généralement évaluée de manière forfaitaire, des honoraires de résultats. Selon la Cour de cassation, « la cour d'appel qui relève que le montant de la rémunération en cas de refus par le donneur d'ordre de la réalisation ou de sa non-utilisation était de 30 % de la

dernier ». Le salarié perçoit sa rémunération de base, qu'on peut rapprocher du régime du forfait et une rémunération complémentaire incitative sous forme de primes ou bonus.

³⁰⁴ P. Lokiec et J. Porta, « Droit du travail : relations individuelles de travail », 2012, p. 911.

³⁰⁵ Cass. soc., 2 déc. 1970, pourvoi n°69-12.014, Bull. civ., V, n°683.

³⁰⁶ Cass. soc., 28 nov. 1974, pourvoi n°74-10.206, Bull. civ., V, n°579.

³⁰⁷ Cass. soc., 23 oct. 2013, pourvoi n°12-14.237, Bull. civ., V, n°248.

³⁰⁸ Les parties au contrat de travail sont libres de déterminer le montant de la rémunération du salarié ainsi que son mode de calcul, sous réserve du respect des minima légaux et conventionnels. Or ces minima sont établis en fonction du temps consacré par le salarié à l'exécution de son contrat de travail, ce qui fait difficulté lorsque le salarié est payé, en tout ou partie, à la tâche. C. Radé, « Salaire. Paiement à la tâche. Respect du SMIC », *Dr. soc.*, 2005, p. 924.

somme qui avait été préalablement fixée pour les réalisations demandées a caractérisé l'aspect forfaitaire de la rémunération, lequel justifie l'affiliation au régime général de la sécurité sociale d'un graphiste, en qualité de travailleur à domicile »³⁰⁹. Comme le cueilleur, les professionnels du savoir³¹⁰ doivent attendre que leurs idées soient mûres pour en récolter les fruits. Cette évolution, que certains liront comme un retour en arrière, s'analyse aisément. Les prestations intellectuelles qui concernent notamment les études d'ingénierie, l'assistance informatique, la formation au service, la communication... sont toutes difficilement quantifiables en heures et dépendent *in fine* de l'investissement intellectuel effectif du salarié.

61. **Rémunération à la tâche** – Le versement d'une rémunération à la tâche caractérise en principe un contrat d'entreprise. S'agissant des entrepreneurs qui vendent leurs services, selon l'alinéa 1er de l'article 1582 du Code civil « la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer ». Mais le prix n'est pas établi une fois pour toutes, pour chaque nouvelle prestation le montant peut être réévalué. Dans notre système d'économie libérale, hors du droit du travail, le principe est la liberté des prix et de la libre concurrence. *A priori* un entrepreneur peut donc refuser de vendre sa prestation à un prix différent. Toutefois les récentes mobilisations de chauffeurs VTC mécontents des tarifs d'*Uber* montrent que, coincés dans un régime « proche du salariat » mais sans ses protections, ils ne sont pas « si indépendants que cela ». C'est *Uber* qui fixe de façon unilatérale le prix à travers son algorithme³¹¹. Pour compenser la perte de rémunération résultant de la baisse des prix imposée par *Uber*, les chauffeurs qui doivent assurer les charges liées à leur voiture doivent alors travailler davantage, sans limitation, puisqu'ils ne sont pas soumis à la réglementation sur le temps de travail dont bénéficient les salariés. Cette situation touche également de nombreux « Freelance » qui ne peuvent pas réellement négocier leur rémunération et se retrouvent en situation de dépendance économique³¹². Or, le droit commercial, ne permet pas réellement de protéger ces travailleurs en situation de dépendance économique, par rapport à des acteurs en situation de position dominante

³⁰⁹ Cass. 2ème civ., 19 fév. 2009, pourvoi n°08-11.628, Bull. 2009, II, n°52.

³¹⁰ Infra. partie 1, titre 1, chapitre 1, section 2, II, B, 2, b, « une liberté accrue du salarié ». et supra. partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2, II, B. « un droit adapté au temps des réseaux ».

³¹¹ Conditions d'utilisation et Politiques de Uber, <https://www.uber.com/legal/terms/fr/>, consulté le 21 octobre 2016.

³¹² Qu'est-ce que le salariat déguisé ?, <http://kitdesurvie.metiers-graphiques.fr/articles/qu-est-ce-que-le-salariat-deguise/>, consulté le 27 novembre 2015.

puisque'il n'impose pas de rentabilité minimale³¹³. Comme pour les moteurs de recherche, la stratégie de plateforme permet d'asseoir la domination d'une entreprise et de ses produits sur un marché qui peut « emprisonner » ses utilisateurs³¹⁴. *A contrario*, on pourrait relever qu'ils sont nécessairement indépendants puisqu'ils sont le choix de ne pas travailler ou de travailler pour une plateforme concurrente.

62. **Abus de position dominante** – Si le droit du travail ne pouvait pas s'appliquer, les dispositions l'article L. 420-2 du Code de commerce, de même que celle de l'article 82 du traité instituant la Communauté européenne³¹⁵, qui prohibent l'exploitation abusive d'une position dominante pourraient se révéler d'un certain recours. Aux termes de l'article L. 420-2 al. 2 : « est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6 ». L'application de ces dispositions suppose d'établir, dans un premier temps, l'état de dépendance économique d'une entreprise à l'égard d'une autre et, dans un second temps, l'abus commis par cette dernière³¹⁶. L'article L. 464-2 du Code de commerce organise les sanctions et dispose que : « l'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. (...) Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ». Le Conseil de la concurrence peut ordonner des mesures conservatoires. C'est ainsi que la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel qui « a pu retenir la compétence du

³¹³ F. Jutand, J. Herzog, Y. Bonnet, C. Berthet, B. Thieulin, S. Abiteboul, N. Andrieux, P. Daloz, N. Pujo, L. Rouyrès, N. Sonnac et J.-B. Soufron, *Neutralité des plateformes: Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable*, Conseil national du numérique, 2014, p. 65.

³¹⁴ D. Encaoua, B.H. Hall, F. Laisney et J. Mairesse, *The Economics and Econometrics of Innovation*, Springer Science & Business Media, 2013, p. 365.

³¹⁵ Aux termes de l'article 82 du traité instituant la Communauté européenne : « Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à : a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ; b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs; c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ; d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

³¹⁶ F. Colin, *Droit public économique*, Gualino, 2015, p. 260.

Conseil de la concurrence pour ordonner des mesures conservatoires, en considérant que celles-ci avaient pour objet non pas la fixation des tarifs applicables entre les parties, par substitution à leur échange de consentements, ou à une décision arbitrale, mais la prévention d'un risque d'exploitation abusive d'un état de dépendance économique, eu égard à la prétention de la société France Télécom de fixer ces tarifs unilatéralement sous des menaces de sanctions mettant en péril la survie de la société Numéricable »³¹⁷. Dans un système économique fondé sur la liberté du commerce et de l'industrie, les marchés ne peuvent concourir à l'efficacité économique que si des règles de droit garantissent aux opérateurs la liberté de fixer leurs prix, le libre accès au marché, mais aussi l'absence d'abus de puissance économique par ceux qui la détiennent³¹⁸.

63. Participation du salarié aux bénéfiques - Les nouvelles « pratiques de management ébranlent les caractères fondamentaux du salaire, contrepartie d'un travail subordonné où l'un apporte sa force de travail, l'autre son capital »³¹⁹. Si aucune n'échappe à l'obligation de payer le minimum salarial, les procédés de rémunérations variables tendent à constituer une part de plus en plus importante des revenus du salariés³²⁰. Ils font également peser sur lui une partie du risque de l'activité. Il convient dès lors de s'interroger sur la notion de rémunération et de l'ambiguïté qui tend à faire peser sur le salarié les risques de l'activité, le rapprochant de l'entrepreneur. Le salaire ne répond plus aux besoins des managers de l'économie numérique qui souhaitent impliquer les salariés par des rémunérations plus incitatives. Les travailleurs de la connaissance sont la principale source d'innovation au sein des entreprises. Toutefois, « les start-up de hautes technologies qui connaissent une croissance rapide de leurs activités doivent gérer l'antagonisme entre la bureaucratisation de leur mode de fonctionnement et la préservation d'une orientation entrepreneuriale nécessaire à l'innovation »³²¹. La question de la productivité et des incitations des travailleurs de la connaissance est donc primordiale³²². L'entreprise a un intérêt fort au développement

³¹⁷ Cass. com., 18 avr. 2000, pourvoi n°99-13.627, Bull. civ., IV n° 75.

³¹⁸ J.-B. Blaise, « Abus de position dominante », dans *Rép. com.*, Dalloz, n° 158-334, 2016, .

³¹⁹ M.-C. Escande-Varniol, « Une rémunération "incitative" entre individualisation et partage du risque économique. », *Semaine sociale Lamy Supplément*, n° 1576, 18 mars 2013, p. 43.

³²⁰ La *hiérarchie des besoins*, une théorie de la motivation élaborée à partir des observations réalisées dans les années 1940 par le psychologue Abraham Maslow. Pour le salarié la rémunération répond à plusieurs objectifs qui renvoient à la pyramide de Maslow. Le premier est la satisfaction de ses besoins primaires (se nourrir, se loger, se soigner...). Le second, c'est la dimension psychologique qui doit également être prise en compte. Une fois ces besoins fondamentaux satisfaits, la rémunération doit permettre de reconnaître les individus en répondant à leur besoin de reconnaissance et d'estime de soi.

³²¹ M. Ferrary, « Écosystème intrapreneurial et innovation », *Revue française de gestion*, n° 233, 15 juin 2013, p. 107.

³²² B. Claire, « Les incitations à l'innovation dans le secteur privé », *Recherches économiques de Louvain*, vol. 79, n° 2, 2013, p. 42.

des compétences de ses salariés et de leur investissement, ce qui implique de les associer aux décisions stratégiques et au partage des résultats ce qui tend à les rapprocher des entrepreneurs. L'orientation entrepreneuriale ne dépend pas que des caractéristiques individuelles mais résulte des pratiques managériales et des caractéristiques organisationnelles. Dans les faits, la direction a peu de capacité de contrôle sur ses potentiels intrapreneurs et doit concevoir un contrat incitatif pour les amener à adopter un comportement entrepreneurial³²³. A l'instar des grandes entreprises vis-à-vis de leurs dirigeants, les « startups » de la nouvelle économie utilisent les stock-options et les mécanismes d'intéressement au profit de leurs salariés³²⁴. Gérard Lyon-Caen écrivait en 1981, « le salarié n'est plus traité comme un prestataire de travail mais comme un épargnant »³²⁵. L'intérêt pour l'entreprise est double : d'un côté le sentiment d'appartenance est renforcé à travers le lien patrimonial d'un autre les bénéfices de l'entreprise affectés aux revenus des salariés servent à renforcer le capital de l'entreprise. Si le salarié estime que ses options vont prendre de valeur, il sera plus susceptible de rester dans l'entreprise et d'accepter une modération de son salaire de départ. Le problème d'une entreprise mature est que sa valorisation financière a un potentiel de progression beaucoup plus faible que celle des start-up. Elles sont de ce fait moins attractives sur le marché du travail et éprouvent des difficultés à motiver et à retenir les potentiels intrapreneurs. À la fin des années 2000, Google a par exemple entrepris de réinsuffler une orientation entrepreneuriale dans son organisation. Les intrapreneurs peuvent être des salariés de Google qui développent des projets, voire créent leur start-up avec le soutien de leur employeur. Cette pratique constitue un contrat incitatif dans la mesure où elle offre une possibilité d'enrichissement personnel aux intrapreneurs qui sont actionnaires de la start-up qu'ils ont créée et leur donne une grande autonomie d'action³²⁶. Finalement, les pratiques managériales des start-up sont reproductibles par les grandes entreprises, on relève toutefois, que l'utilisation de stock-options comme incitation pour les inventeurs semble moins répandue dans les entreprises françaises que dans les entreprises étrangères³²⁷.

³²³ V. Bouchard et C. Bos, « Dispositifs intrapreneuriaux et créativité organisationnelle », *Revue française de gestion*, vol. 161, n° 2, 2006, p. 95.

³²⁴ O. Lisein et F.D. Zanet, « Stimulants organisationnels et RH de l'intrapreneuriat », *Revue française de gestion*, vol. 233, n° 4, 15 juin 2013, p. 141.

³²⁵ G. Lyon-Caen et G.H. Camerlynck, *Droit du travail*, Paris, France, Dalloz, 1981, p. 258.

³²⁶ À partir des pratiques existantes relatives aux dispositifs intrapreneuriaux, Google a intégré des éléments originaux pour construire un écosystème intrapreneurial qui se caractérise par une porosité structurelle et un contrat incitatif spécifique. M. Ferrary, « Écosystème intrapreneurial et innovation », *op. cit.*, p. 107.

³²⁷ B. Claire, « Les incitations à l'innovation dans le secteur privé », *op. cit.*, p. 65.

64. **Absence de participation aux pertes** – La question reste en quoi les pratiques managériales de l'économie numérique sont reproductibles en droit du travail. En principe, « à l'inverse du travailleur indépendant, le salarié ne se borne pas à promettre la fourniture d'un service ou l'exécution du travail. Il se place, pour accomplir sa prestation, sous l'autorité de l'employeur. On connaît la logique et la justification de cette subordination. L'employeur assume les risques et le profit du travail. Il faut donc qu'il puisse diriger celui-ci »³²⁸. C'est pourquoi les mécanismes de participation aux pertes sont incompatibles avec l'existence d'un contrat de travail, ou encore pourquoi l'idée d'un salaire minimum, déconnecté de la productivité réelle du salarié, a pu s'imposer³²⁹. Pour la Cour de cassation, une clause du contrat de travail peut prévoir une variation de la rémunération du salarié dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs, indépendants de la volonté de l'employeur, et qu'elle ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels³³⁰. Pourtant la déconnection avec le marché n'est pas totale. Le salarié demeure indirectement et partiellement soumis à sa logique soit dans son intérêt, pour profiter des retombées de son activité lorsque celle-ci est profitable (intéressement, participation, primes de rendement, etc.)³³¹, soit à son détriment, pour supporter en partie les conséquences d'une inversion du bilan bénéfique/risque de son activité lorsque celle-ci ne l'est plus (individuellement, par le biais du licenciement pour insuffisance professionnelle, collectivement, par celui du licenciement pour motif économique)³³².

65. **Rémunération incitative** - Les technologies n'annulent pas les lois fondamentales de l'économie et ne gomment pas non plus toutes les divergences entre les intérêts de la direction et ceux des salariés³³³. Lorsque les salariés acceptent des stock-options pour partie de leur rémunération plutôt que les avantages traditionnels de l'ancienne économie le climat du travail s'en ressent énormément. Lorsque le marché des actions est en hausse les employés sont prêts à faire de longues journées et renoncent plus volontier aux avantages sociaux et au paiement des heures supplémentaires. En revanche, lorsqu'il chute, la tolérance envers les conditions de

³²⁸ P.-D. Ollier, *Le droit du travail*, Armand Colin., 1972, p. 71.

³²⁹ C. Radé, « Des critères du contrat de travail », *Dr. soc.*, n° 3, 2013, p. 202.

³³⁰ *Cass. soc.*, 2 juil. 2002, pourvoi n°00-13.111, *Bull. civ.*, V, n°229.

³³¹ Service des Affaires Européennes, *L'intéressement, la participation et l'actionnariat salarié*, <http://www.senat.fr/lc/lc60/lc60.html>, consulté le 30 octobre 2013.

³³² C. Radé, « Des critères du contrat de travail », *op. cit.*, p. 202.

³³³ Bureau international du travail, *Rapport sur l'emploi dans le monde 2001*, *op. cit.*, p. 81.

travail jugées difficiles risque de se transformer en un problème classique de relation travail. Ainsi, la nécessité d'une protection des travailleurs demeure aussi importante dans la nouvelle économie même si elle peut prendre des formes nouvelles³³⁴.

2) *Le bulletin de paie dématérialisé*

66. **Le livre de paie** - C'est la loi du 4 mars 1931 qui a rendu obligatoire, sous peine d'amende, la remise par l'employeur au salarié d'un bulletin de paie qui indique le détail de la rémunération, et la tenue d'une livre de paie. La délivrance d'un bulletin de salaire constitue une présomption forte de l'existence d'un contrat de travail mais non déterminante³³⁵ (a). Ces documents comptables sont à la fois utiles aux salariés, aux entreprises mais aussi aux administrations fiscales et parafiscales³³⁶. La promotion de la remise effectuée sous forme électronique³³⁷ est de nature à augmenter les contrôles(b).

a. *Délivrance d'un bulletin de salaire*

67. **Services rémunérés entre particuliers** – Le service rendu à un voisin (du babysitting tonte de la pelouse...) qui donne lieu au versement d'une somme d'argent est un travail rémunéré qui doit être déclaré comme tel³³⁸. Pour faciliter ce type de prestation, certaines plateformes proposent, en plus de la mise en relation entre les particuliers, de s'occuper des formalités. Par exemple, la plateforme « Sereale » génère automatiquement un contrat de travail pour chaque service à domicile effectué³³⁹. Il suffit alors que le bénéficiaire du service télécharge ce contrat de travail dans la partie « documents » de son espace personnel et l'imprime avant la prestation. L'intervenant et le bénéficiaire le signent alors tous les deux et le renvoient par courrier³⁴⁰. Ce dispositif est sensiblement comparable une offre de service du réseau des *Urssaf* pour la gestion

³³⁴ V. infra. Partie 2, titre 1, chapitre 2 : « la représentation électronique ».

³³⁵ *Cass. soc.*, 26 nov. 1987, pourvoi n°84-41.074, inédit.

³³⁶ Collectif, *La comptabilité*, RETZ, 1974, p. 168.

³³⁷ C. trav. art. L. 3243-2.

³³⁸ Le particulier qui a recours à du travail dissimulé encourt un risque pénal. En effet, selon l'article L.8224-1 du Code du travail, le recours à du travail dissimulé est puni « de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ». L'employeur qui n'a pas déclaré tout ou partie des salaires de son personnel peut également se voir condamné à verser à celui-ci une indemnité égale à 6 mois de salaire.

³³⁹ *Le contrat de travail généré par Sereale : l'assurance d'un service à domicile légal et bien cadré*, <http://blog.sereale.fr/post/127136258949/contrat-de-travail-service-a-domicile>, consulté le 26 novembre 2015.

³⁴⁰ « Une fois la prestation validée, vous recevez immédiatement votre salaire relatif à celle-ci sur votre porte-monnaie électronique. Ensuite vous êtes libre de récupérer ce montant sur votre compte bancaire. Par la même occasion vous pouvez également récupérer vos bulletins de salaire ». *Sereale - Comment ça marche, principes et fonctionnement*, <https://www.sereale.fr/comment-ca-marche>, consulté le 26 novembre 2015.

de l'emploi dans le secteur associatif. *Impact emploi* permet une prise en charge globale des formalités de gestion d'un salarié dans une association : une association « tiers de confiance » réalise pour le compte de l'association employeur, les formalités liées à l'embauche, les bulletins de salaire et l'ensemble des déclarations sociales et fiscales. Pour bénéficier de ce dispositif, l'association employeur doit signer une convention avec le tiers de confiance. La mise en œuvre de ce service se matérialise par la mise à disposition du tiers de confiance d'un logiciel actualisé par l'*Urssaf*³⁴¹. En effet, par négligence, par méconnaissance ou pour contourner les formalités administratives jugées trop lourdes (mais aussi le poids des charges salariales), un certain nombre d'utilisateurs de plateformes en ligne contractent avec des personnes ayant un statut d'auto-entrepreneur et n'établissent ainsi pas de bulletins de salaire. Que ce soit dans la restauration ou les services à la personne, le problème du travail non déclaré (« au noir ») est toutefois antérieur à l'émergence de l'économie collaborative³⁴². La jurisprudence sur la requalification du contrat de travail n'a d'ailleurs pas attendu l'émergence de l'économie du partage pour se développer³⁴³. Au sens de l'article L. 8221-5 du Code du travail : « est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur (...) de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 3243-2, relatif à la délivrance d'un bulletin de paie, ou de mentionner sur ce dernier un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli ». Dans d'autres cas, la prestation relève du régime des indépendants, on parlera alors de dissimulation d'activité visée de l'article L. 8221-3 du Code du travail. En revanche, internet pourrait favoriser les contrôles. Une cellule nationale d'investigation sur internet a été mise en place à l'*Urssaf* de Paris en 2008 et conduit environ 500 procédures par an³⁴⁴. Dès lors que les critères qui définissent le caractère professionnel d'une activité seront clairs, et que les plateformes auront informé leurs utilisateurs de leurs obligations à cet égard, les services de contrôle pourront exercer leurs prérogatives, en s'appuyant sur la transparence qu'offre la dématérialisation.

68. Développer des sécurités annexes - Le bulletin de paie est la reproduction du livre de paie, qui doit être conservé pendant 5 ans par le salarié. Il fait preuve du

³⁴¹ FRANCE, Premier Ministre et P. Terrasse, *L'économie collaborative, un nouveau modèle qui doit tenir ses promesses*, La Documentation Française, 2016, p. 74.

³⁴² *Ibid.*, p. 43.

³⁴³ *Cass. soc.*, 13 nov. 1996, pourvoi n°94-13.187, *Bull. civ.*, V, n°386.

³⁴⁴ FRANCE, Premier Ministre et P. Terrasse, *L'économie collaborative, un nouveau modèle qui doit tenir ses promesses*, *op. cit.*, p. 43.

paiement du salaire³⁴⁵. A ce titre, la fiche de paie est un des documents fréquemment demandés dans les dossiers pour louer un appartement ou accéder à un crédit³⁴⁶. En revanche, les travailleurs indépendants dont les revenus sont par nature irréguliers, doivent présenter un bilan annuel. Il leur est ainsi parfois plus difficile de présenter les garanties nécessaires notamment lorsqu'ils commencent une nouvelle activité. À l'instar de certaines organisations professionnelles, les plateformes pourraient proposer, dans le cadre de leur responsabilité sociale, des mesures d'accompagnement qui soient adaptées aux difficultés rencontrées par leurs utilisateurs³⁴⁷.

b. Mise en œuvre de la dématérialisation

69. **Renforcement des pouvoirs d'investigation** – La dématérialisation du bulletin de paie est de nature à faciliter les contrôles pour l'administration fiscale. Ainsi, depuis le début de l'année 2017, grâce à l'appui du Secrétariat général à la modernisation de l'action publique (SGMAP), les services partagent leurs bases de données utiles à la détection des situations frauduleuses et à l'efficacité des contrôles³⁴⁸. La dématérialisation désigne le fait de transformer un document donné ou un flux de documents papier, ainsi que les traitements qui lui sont appliqués, en document, flux et traitements numériques. Elle permet ainsi d'optimiser le traitement, le stockage, la recherche et l'échange de ces informations³⁴⁹. La loi du 12 mai 2009 dite de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures offre aux entreprises la possibilité de mettre en place le bulletin de paie dématérialisé. L'entreprise y verra surtout un gain en termes d'économies réalisées sur un ensemble

³⁴⁵ L'établissement du bulletin de paie est régi par les articles L3243-1, L3243-2, L3243-3, L3243-4 et R3243-1 à R3243-6 du code du travail.

³⁴⁶ Certaines applications sur internet peuvent servir à créer de fausses fiches de paie. Lorsque certaines pièces apparaissent douteuses ou mal photocopiées, internet facilite également la vérification des informations. La réalisation de faux documents privés (fausses feuilles de paie, faux contrat de travail, etc.) est constitutive d'une infraction pénale. La fabrication ou l'usage de ce type de document sont réprimés par l'article 441-1 du Code pénal qui prévoit une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende.

³⁴⁷ Tandis que le fond paritaire « Action Logement » propose, au bénéfice des salariés et grâce aux ressources issues de la collecte de la participation des employeurs à l'effort de construction, une garantie des risques locatifs, aucun dispositif similaire n'existe au bénéfice des travailleurs indépendants. Les plateformes pourraient en la matière s'engager, pour leurs utilisateurs, dans des actions sociales telles qu'elles peuvent être proposées par exemple par le RSI, des organisations professionnelles ou des associations d'employeurs. FRANCE, Premier Ministre et P. Terrasse, *L'économie collaborative, un nouveau modèle qui doit tenir ses promesses*, *op. cit.*, p. 50.

³⁴⁸ P.M. FRANCE, « Plan national de lutte contre le travail illégal 2016-2018 ».

³⁴⁹ « Dématérialisation », dans *Wikipédia*, 2015, .

d'opérations logistiques (diminution des coûts de traitement et de fournitures)³⁵⁰. Des conditions à la dématérialisation des fiches de paie doivent toutefois être respectées.

70. Accord préalable du salarié – La dématérialisation présente un intérêt indéniable pour le salarié : accessibilité à distance, immédiatement disponible, facilite la conservation³⁵¹. Pour autant, suivant l'article L. 3243-2 du Code du travail, la dématérialisation de la fiche de paie doit se faire avec l'accord du salarié concerné. Le bulletin de paie dématérialisé ne peut donc pas être imposé au salarié. Il semble plus prudent de considérer que l'accord doit être exprimé individuellement et par écrit. Cet accord peut prendre la forme d'une clause insérée dans le contrat de travail d'un nouveau salarié. La conséquence de cet accord préalable, c'est qu'au sein d'une entreprise pourront coexister des salariés recevant leur bulletin de paie sous format papier, et des salariés recevant leur bulletin sous format électronique. Une situation paradoxale puisqu'elle revient à complexifier la gestion de la paie.

71. Le retard de la France – Alors que le taux de dématérialisation atteint en France 15% contre 95% en Allemagne, 73% en Grande-Bretagne, 57% en Italie et 54 % en Belgique, un rapport commandé par le gouvernement à Jean-Christophe Sciberras recommande d'inverser la règle d'option³⁵². Il s'agirait de faire du bulletin de paie électronique la solution de droit commun tout en permettant au salarié de demander le maintien ou le retour à une diffusion sous format papier de son bulletin de paie. Ce cadre juridique existe dans la plupart des pays européens sans soulever de critiques de la part des salariés et de leurs représentants. L'article L. 3243-2 du Code du travail pourrait ainsi être modifié selon la formulation suivante : « si l'entreprise engage la dématérialisation du bulletin de paie, sa remise est effectuée sous forme électronique dans des conditions de nature à garantir l'intégrité et la confidentialité des données. Toutefois, le salarié peut demander que cette remise soit effectuée sous forme papier ».

³⁵⁰ Les économies peuvent atteindre 10 à 32 centimes par bulletin de paie. En effet, le coût de diffusion dématérialisé atteint 10 centimes par bulletin, alors que celui de la diffusion papier (hors affranchissement) atteint 20 cts et 42 centimes avec affranchissement. FRANCE et J.-C. Sciberras, *Pour une clarification du bulletin de paie*, Ministère des finances et des comptes publics, Ministère des affaires sociales de la santé et des droits des femmes, Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, Secrétaire d'Etat à la simplification et à la réforme de l'Etat, 2015, p. 25.

³⁵¹ *15 bonnes raisons de passer à la dématérialisation des bulletins de paie*, <https://www.fntc.org/actualites/fntc/item/142-et-les-15-bonnes-raisons-de-passer-a-la-dematerialisation-des-bulletins-de-paie/>, consulté le 12 février 2015.

³⁵² FRANCE et J.-C. Sciberras, *Pour une clarification du bulletin de paie*, *op. cit.*, p. 23.

72. **Information du comité d'entreprise** - Conformément aux dispositions de l'article L. 2323-32 du Code du travail, le comité d'entreprise est informé, préalablement à leur introduction dans l'entreprise, sur les traitements automatisés de gestion du personnel et sur toute modification de ceux-ci. Il conviendra donc de convoquer et d'informer le comité d'entreprise dès lors que l'entreprise envisage de proposer à ses salariés la délivrance des bulletins de paie sous forme électronique.

73. **L'intégrité des données** - Selon l'article L. 3243-2 la « remise peut être effectuée sous forme électronique, dans des conditions de nature à garantir l'intégrité des données ». Par ailleurs suivant l'article L. 3243-4 l'employeur doit conserver un double des bulletins de paie des salariés ou les bulletins de paie remis à leurs salariés sous forme électronique pendant cinq ans. La norme NF Z42-025 relative à la gestion du bulletin de paie électronique synthétise les bonnes pratiques de nature à permettre l'émission et la conservation de bulletins de paie électroniques par l'entreprise³⁵³. Si de nombreux services à destination des entreprises se développent garantissant la conservation de la valeur probante des documents, l'employeur reste responsable de la mise en place d'une solution garantissant l'intégrité des données. Un simple courrier électronique avec le bulletin de paie en pièce jointe, par exemple, ne fournit pas cette garantie d'intégrité. Une fois édités, les bulletins peuvent être déposés dans les espaces personnels de chaque salarié, préalablement créés (idéalement, dans des coffres forts électroniques personnels, opérés par un tiers de confiance). Conformément à l'article 1316-1 du Code civil, un document sous forme électronique a la même force probante qu'un écrit sur papier dès lors que la personne dont il émane est identifiée et qu'il est établi et conservé dans des conditions permettant d'en garantir l'intégrité.

74. **Étendre la dématérialisation** - Alors que la dématérialisation du bulletin de paie peine à s'imposer le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs prend acte de l'influence du numérique dans les relations de travail³⁵⁴. L'article 54 de la loi travail³⁵⁵ étend la dématérialisation du bulletin de paie en inversant la règle d'option. Sauf opposition du salarié, l'employeur pourra remettre un bulletin de paie sous forme électronique, dans des conditions de

³⁵³ « Afnor, Dématérialisation du Bulletin de paie, NF Z42-025, Mai 2011. »

³⁵⁴ C. Willmann, « Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : sécurisation des parcours professionnel », *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 650, avril 2016.

³⁵⁵ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », *op. cit.* (JO n°0184, 9 août 2016).

nature à garantir l'intégrité, la disponibilité et la confidentialité des données. Si le salarié le demande, la remise sera effectuée sous la forme d'un hébergement des données par le service en ligne associé au CPA, garantissant l'intégrité, la disponibilité et la confidentialité de ces données³⁵⁶. Pour le Conseil d'État, ces dispositions ne soulèvent pas de difficulté juridique particulière mais il alerte le Gouvernement quant à l'urgence de mettre en place ce service en ligne d'ici le 1er janvier 2017 afin d'en garantir l'effectivité³⁵⁷.

B. La rétribution, contrepartie de l'inventivité

75. **Un facteur stratégique de croissance** – L'innovation est devenue un facteur stratégique de croissance tant au niveau des entreprises que des pays³⁵⁸. En effet, « depuis quelques années, les économies des pays industrialisés sont de fait entrées dans une phase, nouvelle, dans laquelle l'innovation apparaît comme une condition première, nécessaire, de la compétitivité sinon même de la viabilité des firmes »³⁵⁹. Pour les entreprises, l'innovation permet notamment de bénéficier d'un avantage compétitif. En assurant à l'auteur de la création une protection, le législateur entend encourager cette création. Le monopole qui lui est reconnu vise à empêcher les tiers de piller la création et de tirer profit des investissements réalisés par le créateur. D'une façon générale, les droits de propriété intellectuelle sont des droits exclusifs temporaires accordés par l'État en vue de favoriser l'exploitation de créations intellectuelles³⁶⁰. Les effets classiques du lien juridique de subordination pour le salarié, notamment l'obligation pour le salarié de se tenir à la disposition de l'employeur, revêtent peu d'intérêt de ce point de vu. En effet, c'est le résultat du travail salarié ou les droits de propriété sur le produit final qui intéressent actuellement les entreprises plutôt qu'un contrôle sur l'exécution de la prestation, celui-ci étant confié à des systèmes de qualité dont l'élaboration et le contrôle sont confiés à des structures généralement extérieures à l'entreprise³⁶¹.

³⁵⁶ C. trav. art. L. 3243-2, nouveau. « Sauf opposition du salarié, l'employeur peut procéder à la remise du bulletin de paie sous forme électronique, dans des conditions de nature à garantir l'intégrité, la disponibilité pendant une durée fixée par décret et la confidentialité des données ainsi que leur accessibilité dans le cadre du service associé au compte mentionné au 2° du II de l'article L. 5151-6. Un décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés détermine les modalités de cette accessibilité afin de préserver la confidentialité des données ».

³⁵⁷ « CE, Avis du 17 mars 2016 sur un projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs ».

³⁵⁸ B. Claire, « Les incitations à l'innovation dans le secteur privé », *op. cit.*, p. 45.

³⁵⁹ P. Robert-Demontrond et A. Joyeau, « Les paradigmes de l'invention : modes et méthodes de la création poétique et résonances managériales », *Management & Avenir*, vol. 7, n° 1, 2006, p. 91.

³⁶⁰ J.-L. Putz, *Le salarié face au patrimoine intellectuel de l'entreprise*, Groupe de Boeck, 2011, p. 12.

³⁶¹ C. Sayon, « L'identification de l'employeur », *Revue internationale de droit économique*, XXIX, mars 2015, p. 285.

76. **Propriété littéraire et artistique** - On ne peut ignorer l'importance numérique des auteurs salariés dans les secteurs du journalisme, du design industriel, de la mode, du multimédia ou de l'informatique³⁶². Dans les relations habituelles de travail, l'employeur profite naturellement des produits de l'activité de son salarié qui reçoit, en contrepartie, un salaire. C'est ainsi que les fruits produits par la force de travail du salarié appartiennent à l'employeur³⁶³. Or, il en est autrement quand la propriété intellectuelle s'invite dans les rapports entre l'employeur et son employé. En ce qui concerne les œuvres créées par des salariés dans le cadre de leur travail, il n'existe pas, en matière de propriété littéraire et artistique, de dispositions comparables à celles qui existent en matière de brevets. Si, depuis près d'un siècle le statut des œuvres créées par les salariés dans le cadre de leur travail « empoisonne » le droit d'auteur français, la matière connaît un regain de tension à l'occasion de la démultiplication des « auteurs » et des inventeurs à travers la prolifération des œuvres de l'esprit³⁶⁴ (1). En effet, la notion d'œuvre de l'esprit comme l'entend le Code de la propriété intellectuelle peut s'appliquer à de nombreux éléments que l'on trouve sur internet et pourrait constituer le socle d'une rétribution universelle (2).

1) *La prolifération des œuvres de l'esprit*

77. **Droits de la propriété intellectuelle** - La mutation du travail fait évoluer la rémunération. « La distinction entre les professions salariées et les professions indépendantes, a laissé la place à la coexistence au sein de chaque profession, à la coexistence du salariat et de l'indépendant »³⁶⁵. Les créations et innovations attisent les tensions entre salariés et employeurs. « L'entreprise qui s'est réservée la force de travail de l'employé, qui s'assure l'exclusivité de l'inventivité ou de la créativité de ce salarié dans un certain domaine, moyennant un salaire, peut-elle prétendre s'approprier automatiquement les fruits de cette créativité : les œuvres, les inventions ? »³⁶⁶. L'employeur aura tendance à considérer que le salarié n'est pas en droit de tirer un profit personnel du travail qu'il accomplit dans le cadre de ses fonctions. Pour le salarié, au contraire, l'effort particulier fourni pour parvenir à une innovation mérite récompense³⁶⁷.

³⁶² F. Pollaud-Dulian, « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *RTD com.*, 2000, p. 273.

³⁶³ T. Revet, « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc.*, 1992, p. 859.

³⁶⁴ *Les clairs-obscur de la propriété intellectuelle: actes du colloque, Grenoble, 6 décembre 2001*, Ed. CUERPI, 2004, p. 146.

et la loi le prévoit³⁶⁸. Il faut se référer, d'une part, au régime juridique des inventions des salariés (a), et d'autre part, au régime du droit d'auteur (b).

a. La rémunération du salarié inventeur

78. **L'invention** - Avec les technologies du numérique, toutes les activités sont confrontées à l'impératif d'innover³⁶⁹. L'invention désigne l'action d'imaginer quelque chose de nouveau, d'avoir des idées originales et intéressantes³⁷⁰. En droit, une difficulté résulte du fait que la notion d'invention ne fait l'objet d'aucune définition légale. Tout juste le droit des brevets pose trois conditions de fond à la brevetabilité de l'invention. Suivant le premier alinéa de l'article 611-10 du CPI : « Sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle ». Le critère d'activité inventive répond à un souci majeur, de limiter l'encombrement du marché par des titres trop facilement accessibles³⁷¹. Par ailleurs, l'article L. 611-17 du Code de la propriété intellectuelle distingue deux catégories d'inventions : les inventions de mission et les inventions hors mission. À chaque catégorie d'invention s'applique un régime différent.

79. **Programmes d'ordinateurs** - Le législateur a fait le choix d'écarter du champ de la brevetabilité des créations qu'il détermine aux alinéas suivants de l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle. « Ne sont pas considérées comme des inventions au sens du premier alinéa du présent article notamment (...) c) Les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateurs ». En revanche, les logiciels et programmes informatiques bénéficient de la protection par le droit d'auteur. Il est toutefois possible de recourir au dépôt de brevet mais uniquement si le logiciel ou

³⁶⁵ A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*, p. 132.

³⁶⁶ F. Pollaud-Dulian, « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *op. cit.*, p. 273.

³⁶⁷ M. Boizard, « Les inventions de salarié : un petit pas pour les inventeurs du secteur privé », *D.*, 2008, p. 1386.

³⁶⁸ L'Allemagne, le Danemark, la Pologne et la Suède sont les seuls pays qui admettent, comme la France, le principe général selon lequel toutes les inventions liées à l'activité professionnelle des salariés doivent donner lieu à une compensation financière, même si elles résultent de l'exécution normale du contrat de travail. *La rémunération des inventeurs salariés*, Sénat, 2009, p. 6.

³⁶⁹ S.L. Loarne-Lemaire et S. Blanco, *Management de l'innovation*, Pearson Education France, 2012, p. 82.

³⁷⁰ Collectif, *Le Petit Robert*, *op. cit.*

³⁷¹ R. Lallement, « Politique des brevets : l'enjeu central de la qualité, face à l'évolution des pratiques », *Horizons stratégiques*, n° 7, n° 1, 24 septembre 2008, p. 93.

programme d'ordinateur participe à l'invention. On parle alors « d'inventions mises en œuvre par ordinateur »³⁷².

80. Indices permettant la classification d'une invention - La mention du nom du salarié dans le brevet en cause c'est-à-dire le fait que le salarié soit cité en tant qu'inventeur n'est pas un critère déterminant pour classer l'invention³⁷³. En effet, cette paternité n'empêche en rien de considérer que l'invention correspond à une mission inventive. En revanche, le fait que le nom du salarié soit associé à celui de son supérieur hiérarchique « dont il s'était engagé à suivre les instructions » paraît incompatible avec la liberté d'action que suppose la qualification d'invention hors mission, même attribuable³⁷⁴. Les créations intellectuelles relèvent pour du monde des idées et il est particulièrement difficile de les attacher à un lieu ou à un temps. « La confusion des temps et des lieux ne manquera pas de poser des problèmes pour distinguer, au sein des inventions ou des créations réalisées par les salariés, celles qui appartiennent, ou peuvent appartenir à l'employeur, de celles qui doivent demeurer la propriété du seul salarié »³⁷⁵. La jurisprudence reconnaît d'ailleurs que l'invention d'un employé pourra être qualifiée d'invention hors mission malgré la clause du contrat de travail lui interdisant d'utiliser hors service, les moyens et connaissances de l'entreprise³⁷⁶. Pour la qualification des inventions de mission, il faut veiller à l'existence d'une correspondance réelle entre la mission inventive telle que définie par le contrat de travail et les fonctions effectives exercées par le salarié³⁷⁷.

81. L'importance des mentions du contrat de travail – « Comme souvent, lors de la rédaction du contrat de travail, la prise en compte des spécificités de chaque fonction portera de meilleurs fruits qu'un rapide copier-coller d'une clause type, aussi excellente soit-elle »³⁷⁸. Afin d'éviter les contentieux, la mention des missions inventives dans le contrat de travail est donc d'une grande importance et elle ne saurait être suppléée par une clause d'invention dont la rédaction ne fait le plus souvent que rappeler le régime

³⁷² V. Lamberts, *La propriété intellectuelle des créations de salariés*, Larcier, 2004, p. 18.

³⁷³ *Cass. com.*, 22 fév. 2005, pourvoi n°02-18.790, *Bull. civ.*, IV, n°29.

³⁷⁴ *Cass. com.*, 3 juin 2008, pourvoi n°07-10.253.

³⁷⁵ C. Radé, « NTIC et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.*, 2001, p. 26.

³⁷⁶ *Cass. soc.*, 21 sept. 2011, pourvoi n°09-69.927, *Bull. civ.*, V, n°192.

³⁷⁷ *Cass. soc.*, 15 janv. 2015, pourvoi n°13-14.811, inédit.

³⁷⁸ L. Flament, « Droit social Invention de salarié : de l'importance des mentions du contrat de travail », *Cahiers sociaux*, n° 235, 1 novembre 2011, p. 276.

juridique applicable³⁷⁹. Une clause générale figurant ainsi dans un contrat de travail ne serait donc envisageable que si elle est extrêmement précise et n'aboutit pas à une cession globale des œuvres futures (interdite par la loi conformément à l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle).

b. La rémunération du salarié auteur sur Internet

82. **Les droits de l'auteur salarié** - L'avancée des technologies et les nouveaux modes de communication favorisent l'essor des créations multimédia et par conséquent celui des œuvres réalisées par les salariés dans le cadre de leur emploi. Les problèmes de propriété intellectuelle concernent de très près les créateurs, artistes et autres créatifs de l'économie numérique qui risquent particulièrement de voir leurs droits violés. C'est une catégorie qui n'est pas nouvelles, sans doute, mais qui dans le travail indépendant ou dans des formes d'emplois salariés est en expansion aujourd'hui dans l'économie numérique³⁸⁰. Les fondements du droit d'auteur sont apparus à l'époque révolutionnaire alors que ceux du salariat n'ont commencé à émerger qu'à la fin du XIXe siècle. Depuis sa création, le droit d'auteur, qui ne connaissait à ses débuts que les beaux-arts, n'a cessé de voir son champ s'ouvrir à de nouveaux domaines tels que la photographie, les créations vestimentaires, les logiciels, etc. Chaque matière ayant évolué indépendamment de l'autre, voire même dans l'ignorance de l'autre, il n'est pas étonnant que le droit d'auteur et le droit du travail actuels paraissent, a priori, antinomiques : tandis que le droit d'auteur est la traduction juridique de la liberté de création, par principe indifférent au statut de la personne de l'auteur, une des caractéristiques majeures du salariat est l'existence d'un lien de subordination délimitant l'encadrement du salarié³⁸¹. De nombreuses entreprises continuent à penser que le paiement de son salaire au salarié fait de l'employeur le seul propriétaire du travail du dit salarié et suffit à le rémunérer complètement³⁸². Or, l'alinéa premier de l'article 1er du Code de la propriété intellectuelle pose le principe selon lequel, l'auteur d'une œuvre jouit sur cette œuvre d'un « droit de propriété incorporel exclusif et opposable à tous ». Les droits d'auteur naissent dans le patrimoine du salarié, même si son employeur lui a commandé

³⁷⁹ F. Héas, « Les droits sur l'invention faite par le salarié », *RDT*, 2011, p. 696.

³⁸⁰ Bureau international du travail, *Rapport sur l'emploi dans le monde 2001*, *op. cit.*, p. 317.

³⁸¹ D. Castel, « Social - Activité créatrice - Salarié et auteur : une situation empoisonnée ? », *op. cit.*, p. 41.

³⁸² O. De Tissant, « Internet et contrat de travail », *Dr. soc.*, 2000, p. 150.

la réalisation de l'œuvre³⁸³. L'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle pose un principe très favorable au salarié. Il proclame le droit exclusif de l'auteur sur son œuvre avant de préciser, dans son alinéa 3, que « l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa... ». Autrement dit le salarié qui, dans l'exercice de ses fonctions, crée une œuvre de l'esprit est considéré comme l'auteur et jouit de tous les droits attachés à cette qualité³⁸⁴. Le Code de la propriété intellectuelle fixe un certain nombre de critères pour qu'une création puisse bénéficier de la protection du droit d'auteur : l'œuvre doit ainsi être originale (i) et l'apport du salarié identifiable (ii). En revanche, ces critères ne s'appliquent pas au logiciel qui déroge au principe classique du droit de la propriété intellectuelle (iii).

i. L'originalité de l'œuvre multimédia et l'apport du salarié

83. **Le droit d'auteur 2.0** - « Notre vénérable droit d'auteur, issu du temps de Beaumarchais, peine à présent à épouser les contours d'une réalité numérique de plus en plus mouvante »³⁸⁵. La question du droit d'auteur sur Internet met en lumière la question des limites du système de la propriété intellectuelle dans l'environnement numérique et de son adéquation aux pratiques liées au web 2.0³⁸⁶.

84. **Œuvre de l'esprit** - Dès lors que le travail du salarié consiste à créer une œuvre de l'esprit, le salarié acquiert en effet un certain nombre de droits tout à fait inhabituels dans un « contrat de travail classique ». Le législateur entend protéger les œuvres de l'esprit le plus largement possible. L'article L. 112-1 du Code de propriété intellectuelle dispose ainsi que « le présent code protège les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit ». Afin d'apporter quelques précisions quant à ce qui est considéré comme une œuvre de l'esprit, et d'illustrer la notion, les articles L. 112-2 et suivant établissent une énumération non exhaustive, en distinguant les œuvres premières (livres, brochures, photos, la peinture, les œuvres d'architecture...), les œuvres dérivées créées à partir d'une œuvre première (traductions, adaptations...), et les titres originaux des œuvres.

³⁸³ J. Larrieu, « Propriété du produit du travail du salarié et droit d'auteur », *RDT*, 2009, p. 442.

³⁸⁴ N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle: Droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, LGDJ, 2014, p. 17.

³⁸⁵ L. Maurel, *Twitter et le droit d'auteur : vers un copyright 2.0 ?*, <http://scinfolex.com/2009/06/14/twitter-et-le-droit-dauteur-vers-un-copyright-2-0/>.

³⁸⁶ *Are Tweets Copyrighted ?*, <http://blogmaverick.com/2009/03/29/are-tweets-copyrighted/>, consulté le 10 décembre 2015.

85. **Œuvre multimédia** - L'œuvre multimédia ne figure pas au nombre des catégories des œuvres énumérées à l'article L. 112-2 du Code de la propriété Intellectuelle mais a été reconnue comme œuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur. « La qualification d'une œuvre multimédia doit être recherchée, pour chaque œuvre concernée, d'après les conditions de sa création et la part prépondérante prise par le genre logiciel »³⁸⁷. Ainsi, les travaux graphiques réalisés par une salariée à l'aide d'un logiciel, relèvent notamment de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle³⁸⁸. Or, lors de la création d'un site Web, ou pour animer des communautés une entreprise fait souvent appel à ses salariés pour créer des images, textes, séquences animées, etc.³⁸⁹.

86. **La condition d'originalité** - Le droit d'auteur s'acquiert sans formalités, du fait même de la création de l'œuvre. Le législateur n'apporte aucune définition précise des œuvres concernées et aucune disposition législative ne permet d'établir les conditions de fond requises pour accéder à la protection. Suivant l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle, l'originalité de l'œuvre est une condition nécessaire et suffisante pour que son créateur soit titulaire des droits patrimoniaux et moraux de « l'auteur ». Le critère d'originalité fait référence, selon la jurisprudence, à l'expression de la personnalité de l'auteur. Dès lors que l'œuvre « relève de l'effort créateur et reflète la personnalité de son auteur »³⁹⁰, elle est éligible à la protection par le droit d'auteur car originale. « Ayant constaté que les œuvres d'un photographe présentaient certains traits caractéristiques, une cour d'appel en a souverainement déduit que ces choix, librement opérés, traduisaient, au-delà du savoir-faire d'un professionnel de la photographie, une démarche propre à son auteur qui portait l'empreinte de la personnalité de celui-ci, conférant à ces œuvres un caractère original »³⁹¹. Si l'empreinte de la personnalité est décelée indépendamment de l'originalité, l'œuvre est protégeable. En effet, selon la Cour de cassation, l'œuvre conceptuelle bénéficie de la protection du droit d'auteur dès lors que l'approche de l'artiste s'est formellement exprimée dans une réalisation matérielle originale³⁹².

³⁸⁷ Cass. 1ère civ., 25 juin 2009, pourvoi n°07-20.387, Bull. civ., I, n°140.

³⁸⁸ Cass. soc., 31 mars 2009, pourvoi n°07-45.680, inédit.

³⁸⁹ O. De Tissot, « Internet et contrat de travail », *op. cit.*, p. 150.

³⁹⁰ Cass. com., 25 mars 1991, pourvoi n°89-11.204, inédit.

³⁹¹ Cass. 1ère civ., 15 mai 2015, pourvoi n°13-27.391 : *JurisData* n° 2015-011061 ; JCP G 2015, 967, C. Geiger.

³⁹² Cass. 1ère civ., 13 nov. 2008, pourvoi n°06-19.021, Bull. civ., I, n° 258.

87. **Les nouveaux supports de créations** - La notion d'originalité est une notion qui doit être appréciée à l'aune des nouvelles pratiques de travail et des nouveaux métiers. « Les nouveaux supports de créations bouleversent le statut des œuvres dans tous les domaines. Ils peuvent ainsi changer fondamentalement les modes de diffusion et de communication ou rendre infiniment plus faciles et rapides la création des œuvres nouvelles »³⁹³. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle s'interrogeait en juillet 2009 sur la question du droit d'auteur des producteurs de tweets³⁹⁴. A priori, la brièveté des messages ne fait pas obstacle à une protection par le droit d'auteur. Selon l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle : « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ». Toutefois le droit d'auteur ne protège pas les simples idées, ni les faits bruts ou les informations³⁹⁵. Or on retrouve sur Internet un certain nombre de messages qui ne sont que l'énoncé brut de faits ou d'informations. Toutefois certains messages pourraient être protégés par le droit d'auteur : « les mots d'humour, les rédactions surprenantes peuvent le devenir »³⁹⁶. Il s'agit d'ailleurs là de l'essence du métier de community manager³⁹⁷.

88. **Conditions générales du réseau social interne** - Les réseaux sociaux obligent de plus en plus souvent les internautes à accepter des conditions générales d'utilisation du site. Ces clauses contractuelles sont rédigées dans le but de restreindre l'usage du contenu qu'ils seront amenés à partager mais aussi à prémunir l'hébergeur contre la violation du droit de l'auteur. Dans ses conditions générales d'utilisation Facebook indique ainsi : « Pour le contenu protégé par les droits de propriété intellectuelle, comme les photos ou vidéos, vous nous donnez spécifiquement la permission suivante, conformément à vos paramètres de confidentialité et des applications : vous nous accordez une licence non exclusive, transférable, sous-licenciable, sans redevance et mondiale pour l'utilisation des contenus de propriété intellectuelle que vous publiez sur

³⁹³ Y.L. Kouahou, *La dissociation de l'originalité et de l'empreinte de la personnalité de l'auteur pour protéger une oeuvre*, <http://www.village-justice.com/articles/dissociation-originalite-empreinte,4653.html>, consulté le 10 décembre 2015.

³⁹⁴ S. Castonguay, « Les "Tweets" et le droit d'auteur ? », *Magazine de l'OMPI*, n° 4, Juillet 2009, p. 11-13.

³⁹⁵ Le thème d'une oeuvre cinématographique, non protégeable en soi, n'est pas un élément caractéristique original d'un film, dont la reproduction ou l'adaptation est de nature à constituer une contrefaçon. *Cass. 1ère civ., 25 mai 1992, pourvoi n°90-19.460, Bull. civ., I, n°161.*

³⁹⁶ F. Mattatia et A. Bobant, *Internet et les réseaux sociaux*, *op. cit.*, p. 125.

³⁹⁷ Quand les marques se répondent ou répondent aux internautes, la conversation peut vite devenir décalée. Dans ces conversations transparaissent inévitablement la personnalité des auteurs *Top 10 des interventions de community managers*, <http://www.blogdumoderateur.com/top-10-des-interventions-de-community-managers/>, consulté le 10 décembre 2015.

Facebook ou en relation avec Facebook (licence de propriété intellectuelle). Cette licence de propriété intellectuelle se termine lorsque vous supprimez vos contenus de propriété intellectuelle ou votre compte, sauf si votre compte est partagé avec d'autres personnes qui ne l'ont pas supprimé »³⁹⁸. Les réseaux sociaux dans les entreprises doivent s'inspirer de ces clauses pour éviter tout contentieux relatif à l'utilisation d'une photo ou au devenir des messages postés par un salarié lorsque ce dernier quitte l'entreprise.

89. Apport identifiable du salarié - Dans les œuvres « personnelles » ou de « collaboration », l'apport du salarié est original et clairement identifiable, même si l'œuvre a été créée à l'initiative de l'employeur. L'œuvre de collaboration désigne l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques animées par une inspiration commune et concertée pour réaliser l'œuvre. « La seule véritable exception à l'attribution initiale des droits au créateur est la figure de l'œuvre collective, œuvre plurale dirigée par un instigateur (personne physique ou morale) qui la publie sous son nom »³⁹⁹. Pour les œuvres multimédias, le problème n'est pas simple, car il faut procéder à une analyse factuelle très précise de l'apport de chacun des salariés créateurs.

90. L'œuvre collective - Selon l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle « est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ». Dans cette œuvre la contribution personnelle des différents auteurs se fond dans un ensemble sans qu'il soit possible d'attribuer à un auteur un droit d'ensemble sur l'œuvre réalisée⁴⁰⁰. De nombreuses œuvres « multimédia » créées par une entreprise le sont par un groupe de salariés et aucun ne peut « signer » l'œuvre, car son apport fusionne avec celui de chacun de ses collègues⁴⁰¹. Dans un arrêt du 25 mars 2004, la Cour d'Appel de Versailles qualifie un

³⁹⁸ *Déclaration des droits et responsabilités* (Date de la dernière révision : vendredi 30 janvier 2015), <https://www.facebook.com/legal/terms/update>.

³⁹⁹ A. Bensamoun, « Les créations salariées : véritable oxymore du droit d'auteur ? », *D.*, 2014, p. 2351.

⁴⁰⁰ F. Pollaud-Dulian, « Oeuvres collectives. Auteur salarié », *RTD com.*, 2012, p. 764.

⁴⁰¹ O. De Tissot, « Internet et contrat de travail », *op. cit.*, p. 150.

site web d'œuvre collective en se fondant sur l'analyse de son processus de création⁴⁰². Cette décision illustre l'appréciation *in concreto* qui préside à la qualification des œuvres collectives. Les salariés n'ont alors aucun autre droit que ceux fixés par leur contrat de travail⁴⁰³. *A contrario*, la Cour de cassation a pu estimer que les jeux vidéo étaient des œuvres collectives⁴⁰⁴.

91. **L'œuvre composite** - L'œuvre composite est définie à l'article L. 113-2 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle comme « l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière ». L'article L. 113-4 du Code de la propriété intellectuelle précise également que l'œuvre composite est « la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante ». Il faut donc dans ce cas que l'auteur de l'œuvre seconde demande préalablement une autorisation à l'auteur de l'œuvre première et qu'il respecte ses droits patrimoniaux et moraux.

ii. Les droits d'exploitation

92. **Contrat de cession** - La question du droit des auteurs salariés de droit privé est une question qui devrait susciter plus d'inquiétudes. En effet, certains contrats de travail des auteurs salariés prévoient que ces derniers cèdent leurs droits sur les œuvres créées pendant la durée du contrat de travail à leur employeur. Tout d'abord, l'article L. 131-3 alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que : « La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ». Par ailleurs, ces pratiques apparaissent pour le moins incertaines au regard du principe de la prohibition de la cession globale des œuvres futures visée par l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle.

⁴⁰² La réalisation, par un salarié, d'illustrations destinées à s'intégrer dans un site internet créé à l'initiative d'une société qui en a défini la conception - fonctionnalités, charte graphique et plan de navigation générale - et en a surveillé et contrôlé l'élaboration pour en assurer l'homogénéité finale, ne permet pas de reconnaître à ce collaborateur un droit distinct sur sa contribution, dès lors que les images litigieuses, même si elles peuvent donner lieu à un tirage à part, ne constituent qu'une partie des éléments d'illustration des pages du site dans lesquelles elles se fondent, caractérisant ainsi la participation à une œuvre collective au sens de l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle. *CA Versailles, 22 mars 2004, n°2003-00782*.

⁴⁰³ J. Daleau, « Œuvre collective : titularité du droit moral », *D.*, 2012, p. 1246.

⁴⁰⁴ « En estimant que les jeux vidéo en cause seraient des œuvres de collaboration, la cour d'appel a violé l'article L. 113-2 du code de la propriété intellectuelle ». *Cass. 1ère civ., 25 juin 2009, pourvoi n°07-20.387, Bull. civ., I, n°140, op. cit.*

93. **Rémunération de l'auteur** - La rémunération issue des droits d'auteur est distincte de la rémunération du temps passé sous la subordination de l'employeur qui est une contrepartie de la prestation de travail. Le salarié peut céder à l'employeur les droits d'exploitation de l'œuvre, dans son contrat de travail, mais il doit être ensuite rémunéré « proportionnellement » à l'exploitation effective de l'œuvre⁴⁰⁵ ; le droit à une rémunération proportionnelle étant d'ordre public, l'employeur ne pourra donc prétendre que le seul salaire constitue la rémunération d'auteur du salarié⁴⁰⁶. Toutefois, l'article L. 122-7 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux ». S'il peut être dérogé à la participation proportionnelle de l'auteur moyennant une rémunération forfaitaire⁴⁰⁷, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat⁴⁰⁸.

94. **Le droit de reproduction** - Tout nouveau public appelle une nouvelle rémunération. Si l'employeur décide d'effectuer la publication sur un autre support, il devra négocier cette publication avec son salarié, qui retrouve tous ses droits d'auteurs. La jurisprudence rappelle que l'existence d'un contrat de travail n'emporte aucune dérogation à la jouissance des droits de propriété intellectuelle de l'auteur. Ainsi, à défaut de convention expresse, le photographe pigiste ne transmet pas à son employeur, du seul fait de la première publication des photographies réalisées dans le cadre du contrat de travail et rémunérées à titre de pigne, le droit de procéder à de nouvelles reproductions des œuvres, ou celui de céder ce droit à un tiers⁴⁰⁹.

95. **Dispositions propres aux journalistes** - S'agissant des journalistes, la rediffusion dans un autre titre appartenant au même groupe de presse ou une diffusion en ligne (en plus du support papier) devrait être considérée comme une nouvelle exploitation de l'œuvre. En pratique, certaines entreprises, notamment dans la presse multimédia, ont pu être tentées d'attribuer une qualité fictive d'auteur à des contributeurs réguliers, afin d'être assujetties à des cotisations moins élevées que celles qu'il aurait

⁴⁰⁵ CPI, art. L. 131-4.

⁴⁰⁶ O. De Tissot, « Internet et contrat de travail », *op. cit.*, p. 150.

⁴⁰⁷ A. Bensamoun, « Les créations salariées : véritable oxymore du droit d'auteur ? », *op. cit.*, p. 2351.

⁴⁰⁸ CPI, art. L. 131-5.

⁴⁰⁹ Cass. 1ère civ., 21 oct. 1997, pourvoi n°95-17.256, Bull. civ., I, n°285.

fallu régler concernant des salariés⁴¹⁰. Si la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet « Loi Hadopi » a été très médiatisée pour ses dispositions relatives au téléchargement illicite, la cession légale des droits d'auteur des journalistes a moins retenu l'attention. Désormais, la cession est gratuite pour une certaine durée (à négocier) pour le titre de presse. Les journalistes se voient privés de la dévolution limitée des droits d'auteur au profit de leur employeur, dans des conditions particulières, spécifiques et complexes. L'article L. 132-37 du Code de la propriété intellectuelle spécifie clairement qu'il n'y a pas d'autre contrepartie que le salaire. En effet, pour s'adapter à la demande des consommateurs, le nouveau modèle économique de ce secteur tend à se structurer autour d'une diffusion d'un même contenu sur plusieurs supports, simultanément ou successivement (papier, site internet, applications mobiles)⁴¹¹.

iii. L'exception du logiciel

96. **L'exception du logiciel** - Nombreuses sont les entreprises qui exploitent ou utilisent des logiciels développés par leurs salariés. Or, l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle dispose que : « sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leur fonction ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer ». Cette disposition introduite en droit français par la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative à la protection des logiciels par le droit d'auteur inverse le rapport de force entre l'auteur salarié et son employeur⁴¹². L'employeur devient le cessionnaire des droits d'exploitation sous réserve toutefois que le logiciel ait été créé dans l'exercice des fonctions du salarié. L'employeur n'a pas l'obligation de verser une rémunération ou une indemnité au profit du salarié⁴¹³. En revanche, si l'œuvre logicielle est développée par un *free lancer*, s'applique l'article L. 111-1, alinéa 3. La différence de traitement est double : dans le premier cas, le développeur perd son droit patrimonial et ne peut prétendre qu'à son salaire. Dans le second, il garde son droit patrimonial (sauf clause contractuelle

⁴¹⁰ D. Castel, « Social - Activité créatrice - Salarié et auteur : une situation empoisonnée ? », *op. cit.*, p. 41.

⁴¹¹ T. Hassler, « « Loi Hadopi » et la cession légale des droits d'auteur des journalistes », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, n° 52, août 2009, p. 78.

⁴¹² « Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle » JO, 4 juillet 1985, p. 7499.

⁴¹³ O. De Tissant, « Internet et contrat de travail », *op. cit.*, p. 150.

contraire) et peut prétendre à une rémunération, au titre de l'exploitation, distincte de son salaire⁴¹⁴.

97. **Limites** - La titularité des droits patrimoniaux de l'employeur sur le logiciel créé par son salarié ne porte que sur les programmes, composantes du logiciel (codes sources ou codes objet, interfaces) et la documentation. « Un jeu vidéo est une œuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule dimension logicielle, quelle que soit l'importance de celle-ci, de sorte que chacune de ses composantes est soumise au régime qui lui est applicable en fonction de sa nature »⁴¹⁵. Les éventuelles interfaces graphiques ou audiovisuelles sont donc exclues. Dans ce cadre, le recours à la notion d'œuvre collective peut s'avérer utile à l'employeur afin d'assurer ses droits⁴¹⁶. Enfin, le droit moral conféré à l'auteur d'un logiciel est l'objet de limites spécifiques. Sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel, celui-ci ne peut exercer son droit de repentir ou de retrait et s'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits patrimoniaux, lorsqu'elle n'est préjudiciable ni à son honneur ni à sa réputation⁴¹⁷.

2) *Une rétribution universelle*

98. **Le concept de *Digital Labor*** – Comment qualifier la co-production de valeur par les internautes ? Alors que la fin des années quatre-vingt a été marquée par l'introduction en France d'un revenu minimum destiné aux exclus du marché du travail, il conviendrait d'examiner les moyens de lutter contre la « pauvreté laborieuse »⁴¹⁸. On assisterait en effet, à la fin du modèle taylorien d'emploi, avec l'avènement d'une économie où tout à la fois l'immatériel et l'investissement personnel des travailleurs sont prédominants. Le système fordiste (dans lequel le collaborateur est le premier client de l'entreprise) aurait ainsi laissé place à un système ubériste dans lequel le consommateur est le premier collaborateur de l'entreprise, et qui se caractérise par l'émiettement des tâches productives, leur automatisation croissante et parfois même leur déqualification. Pour le chercheur Antonio Casilli, maître de conférences en humanités numériques à Telecom ParisTech, le fait d'être populaire sur un réseau n'est certes pas identique au

⁴¹⁴ P. Gaudrat, « Jeu vidéo : le logiciel remis à sa place », *RDT com.*, 2010, p. 319.

⁴¹⁵ *Cass. 1ère civ.*, 25 juin 2009, pourvoi n°07-20.387, *Bull. civ.*, I, n° 140.

⁴¹⁶ *Le régime des créations salariées : panorama et solutions*, www.caprioli-avocats.com.

⁴¹⁷ CPI, art. L. 121-7.

⁴¹⁸ M. Dollé, « Entre le salaire minimum et le revenu minimum, faut-il une allocation compensatrice de revenu ? », *Dr. soc.*, 2000, p. 359.

fait d'être présent chaque jour au travail. Pour autant cela reste un fait qui peut être importante pour une partie de la population⁴¹⁹. Que l'on soit connecté pour s'informer, consommer, parler à ses proches, gérer son quotidien ou sa vie professionnelle, cela revient nécessairement à générer des données exploitables par des entités tierces⁴²⁰. Le terrain de recherche autour de la notion de *Digital Labor*⁴²¹ définit ces phénomènes comme la mise au travail de nos liaisons numériques : un travail implicite, à faible intensité mais omniprésent est réalisé mais n'est pas reconnu comme tel. Il existe par exemple des cas de travail invisible et non rémunéré, comme reCAPTCHA⁴²² : en recopiant les deux mots affichés à l'écran (pour démontrer qu'il n'est pas un robot), l'utilisateur entraîne l'algorithme de reconnaissance textuelle de Google Books et, parfois, celui de Google Street View. Ce nouveau type de travail constituerait ainsi le cœur de la production de valeur à l'heure numérique⁴²³.

99. **Mixité de l'économie numérique** - L'économie du don et le secteur commercial ne peuvent toutefois se développer qu'en s'associant au sein du cyberspace. Le libre échange de l'information entre les utilisateurs s'appuie sur la production capitaliste d'ordinateurs, de logiciels et de télécommunications. En outre, les individus ont besoin à la fois de temps et d'argent pour participer à l'économie du don *high tech*⁴²⁴. Dans ce contexte, il convient d'imaginer de nouvelles rémunérations permettant de rétribuer toutes les formes de production, en articulation avec d'autres écosystèmes. « Dans les industries créatives commerciales, les avancées dans le domaine de la reproduction numérique sont redoutées parce qu'elles rendent encore plus facile le « piratage » des œuvres soumises au copyright. Pour les détenteurs de droits de propriété intellectuelle, internet ne peut qu'aggraver la situation. En revanche, l'économie du don accueille favorablement les technologies qui améliorent la disponibilité des données. Les utilisateurs devraient toujours être à même d'obtenir et de manipuler l'information avec le minimum de contraintes. La structure du Net rend donc la propriété intellectuelle

⁴¹⁹ A.A. Casilli, « Contre l'hypothèse de la « fin de la vie privée » », *Revue française des sciences de l'information et de la communication*, n° 3, 30 juillet 2013, p. 17.

⁴²⁰ A. Casilli, *Digital Labor : travail, technologies et conflictualités*, Editions de l'INA, 2015, p. 14.

⁴²¹ T. Scholz, *Digital Labor : The Internet as Playground and Factory*, Routledge, 2013, p. 15.

⁴²² Il s'agit d'un programme de récupération de mots de passe ou d'expression de commentaires sur un blog.

⁴²³ Le concept de Digital Labor distingue par ailleurs les places de marché qui mettent en relation des entreprises et des personnes pour externaliser des travaux, et le recours à des humains pour effectuer des micro-tâches peu qualifiées, destinées à aider les machines à apprendre. Cette distinction repose sur l'idée que dans le second cas, la rémunération des micro-tâches est toujours bien inférieure à la valeur créée directement et indirectement par ces tâches. C'est ce qui rapprocherait les micro-taskers d'Amazon Mechanical Turk des utilisateurs de Facebook ou autre dont les usages génèrent des données exploitables. FRANCE et Conseil national du numérique, *Travail, emploi, numérique : les nouvelles trajectoires*, *op. cit.*, p. 47.

⁴²⁴ R. Barbrook, « L'économie du don high tech », *op. cit.*, p. 158.

techniquement et socialement obsolète »⁴²⁵. Il s'en suit que le mode de rémunération actuel du travail, qui ne prend en compte que le temps mis à disposition pour valoriser directement le capital technique, ne correspond plus à la valeur du « capital humain » véritablement engagé dans la production. Cette valeur est en effet constituée, pour une part dominante, d'intelligence, d'informations, de savoirs accumulés et constamment actualisés tout au long de l'existence et largement en dehors de l'entreprise⁴²⁶. Ce sont ces activités « hors-travail » qui prennent de plus en plus d'importance dans les processus productifs. Il conviendrait donc, à côté des rémunérations directes, de les rémunérer par une allocation universelle, étant entendu que cette valeur ne peut être individualisée parce qu'elle est constituée « d'une part de richesses dont personne ne peut s'attribuer la paternité et qui résulte de tout ce que nos prédécesseurs ont accumulé de connaissances, de capacités et de résultats, et de tout ce que notre activité présente ajoute à cet héritage commun »⁴²⁷.

100. **Conclusion section** – L'économie numérique appelle à une clarification du droit applicable. On est tour à tour investisseur, producteur ou client. Il convient (pour l'instant) de distinguer les utilisateurs pour lesquels cette activité amateur est marginale, et les utilisateurs qui en ont fait une source significative de revenus. Dans le second cas, il convient de s'assurer que cette activité ne constitue pas un travail informel et qu'elle soit soumise à des obligations similaires, en termes de cotisations et de taxes, que les activités du secteur formel. C'est la raison pour laquelle le législateur devrait prévoir une obligation de transmettre toutes les informations nécessaires à l'établissement des droits et des cotisations, pour les plateformes de services qui mobilisent le travail d'une partie de leurs utilisateurs⁴²⁸. Mais les défis posés par l'économie collaborative dépassent largement le seul cadre fiscal. L'économie cognitive en s'appuyant sur les biens immatériels, remet en question la notion de salaire. Le changement dans les modes de production numérisée peut se résumer par un passage de la « manufacture » à la « cerveaufecture », c'est-à-dire par l'introduction de l'intelligence de tous dans le mode de production. Il s'agit ainsi de passer d'une mise en réseau des seules forces physiques de travail à la mise en réseau des cerveaux. Cette évolution rend plus difficile la rémunération au temps passé. Les modes de rémunération indépendants en partie du

⁴²⁵ R.H. Ziedonis, « Don't Fence Me In: Fragmented Markets for Technology and the Patent Acquisition Strategies of Firms », *Management Science*, vol. 50, n° 6, 2004, p. 804.

⁴²⁶ Y. Bresson, « Le coeur de l'accord, garantir le revenu », *Transversales*, n° 3, mai 1992, p. 129.

⁴²⁷ R. Lafore, « L'allocation universelle : une fausse bonne idée », *Droit social*, 2000, p. 686.

⁴²⁸ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, op. cit., p. 51.

temps passé et attachés à un résultat ou une mission spécifique conduite sont plébiscités dans les secteurs informatiques. Ainsi, l'entrepreneur fournit une activité, sans être pour autant placé dans une relation de travail salarié avec son maître d'ouvrage. Il est en revanche certain qu'elle doit se réaliser dans le cadre d'une relation de pouvoir. En effet, afin de caractériser l'essence du contrat de travail il faut donc ajouter un élément : la subordination dans laquelle la prestation immatérielle est réalisée.

Section 2 La subordination numérique

101. L'origine de la subordination - Historiquement, et encore aujourd'hui dans le Code civil, le travail pour autrui relève de la catégorie du louage d'ouvrage défini par l'article 1710 du Code civil comme « un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ». Le droit du travail s'est construit plus tard comme un corps de règles applicables au « louage de service » qui s'est distingué progressivement du « louage d'ouvrage »⁴²⁹. L'absence ou l'indifférence juridique relative à la subordination des travailleurs avant le XXe siècle s'explique par l'absence de gestion de la ressource humaine dans les fabriques et ateliers⁴³⁰. Pour le Professeur Wolmark, « droit et gestion des entreprises auraient interagi à un moment de l'Histoire pour constituer le rapport du travail subordonné, pierre sur laquelle s'édifiera le droit du travail »⁴³¹. « Définie comme soumission à des ordres, la subordination semble avoir été liée à ce qu'on appelle parfois la seconde industrialisation, celle de la grande entreprise régie par l'organisation scientifique du travail »⁴³². Le fordisme⁴³³ va ainsi mettre en évidence l'efficacité d'un État providence régulateur, fournissant un cadre juridique stable et la protection sociale⁴³⁴. « La caractéristique fondamentale de ce modèle est l'importance prépondérante de contrats

⁴²⁹ Dans le louage de services, c'est le « maître » qui dirige (il est alors le locataire du travail, et paie le prix sous forme de salaire, tandis que l'ouvrier est le bailleur) alors que dans le louage d'ouvrage, c'est l'entrepreneur qui dirige (il est le locataire, et c'est le donneur d'ouvrage qui est bailleur).

⁴³⁰ La production et la coordination étaient assurées de multiples manières qui ne correspondaient pas nécessairement à un travail subordonné. Le travail à domicile était particulièrement répandu notamment pour compléter les revenus agricoles, le marchandage ainsi que le tâcheronnat étaient également très répandus.

⁴³¹ C. Wolmark, « L'émergence de la subordination », *op. cit.*, p. 7.

⁴³² Alain Supiot in FRANCE, Ministère des affaires sociales du travail et de la solidarité, J.-P. Chauchard et A.-C. Hardy-Dubernet, *La subordination dans le travail : analyse juridique et sociologique de l'évolution des formes d'autonomie et de contrôle dans la relation de travail*, La Documentation Française, 2003, p. 8.

⁴³³ Le fordisme désigne le mode d'organisation du travail mis en place par l'industriel américain Henry Ford (1863-1947) dans ses usines d'automobiles de Détroit, notamment pour la production de la Ford T, noire, à partir de 1907.

⁴³⁴ E. Cairola et M. Revelli, *Manuel de formation sur le fordisme et le post-fordisme : organisation des travailleurs sur le lieu de travail*, *op. cit.*, p. 4.

salariaux à plein temps non temporaires et standardisés (...) fondés sur un troc entre un haut niveau de subordination et de contrôle disciplinaire de la part de l'employeur et un haut niveau de stabilité et de compensations de prestations sociales et de garanties pour l'employé »⁴³⁵.

102. Le contrat de travail - La notion de subordination juridique est spécifique du contrat de travail. La jurisprudence rattache ainsi le bénéfice de la loi au contrat de louage de services, puisque seul il implique une subordination du travailleur⁴³⁶. Aux termes de l'arrêt Bardou du 6 juillet 1931, « la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur » ne suffit pas en droit français. Cette question prend toute son importance dans le contexte actuel d'évolution du travail qui a vu se multiplier les modalités de travail atypique au regard du droit du travail et de la législation de la Sécurité sociale. Le modèle de la relation salariale à durée illimitée, concrétisée par un statut et des droits en contrepartie d'une subordination juridique, est mis à mal par le développement de « zones grises » de l'emploi qui répondent à des normes et des configurations institutionnelles diverses. Aussi, comment le droit peut-il répondre au mouvement doublement antagoniste entre des travailleurs qui souhaitent sécuriser au maximum leur relation de travail tout en bénéficiant d'une certaine autonomie indispensable à l'exercice de leur profession et des employeurs qui souhaitent contrôler la prestation de travail sans enchérir son coût ? Pour saisir la notion de relation/collaboration numérique de travail, il faut d'abord définir la notion classique subordination (I). Cette subordination « verticale » conceptualisée au début du 20ème siècle est-elle encore adaptée aux relations numériques ? Le développement d'une économie en réseau se traduit par de profonds changements qui remettent en question l'adéquation entre un droit du travail forgé sous l'empire d'une organisation industrielle, et les nouvelles formes du travail numérique. Ces mutations préparent peut-être l'émergence de nouvelles formes de subordination (II).

⁴³⁵ A. Supiot, *Au-delà de l'emploi*, op. cit., p. 2.

⁴³⁶ N. Levratto et É. Serverin, « Être entrepreneur de soi-même après la loi du 4 août 2008 : les impasses d'un modèle productif individuel », *Revue internationale de droit économique*, t. XXIII, 3, n° 3, 10 septembre 2009, p. 335.

I. Affaiblissement du lien de subordination classique

103. **Des frontières poreuses** - Du fait de l'introduction des nouvelles technologies et de nouvelles organisations du travail qui leur sont associées, les frontières entre salariat et travailleur indépendant sont de plus en plus poreuses. Les formes d'emplois évoluent simultanément. Au sein du salariat, on assiste au développement de nouvelles marges d'autonomie qui se manifestent sous différentes formes : salariés au forfait-jours, télétravail, travail en mode projet, etc. Parallèlement, de nouvelles formes d'emploi, comme le portage salarial ou les coopératives d'activité et d'emploi, donnent à des personnes très autonomes dans leur travail le statut de salarié⁴³⁷. Le juge saisi d'un litige relatif à la qualification d'un contrat va rechercher, dans la situation particulière qui lui est soumise, l'existence d'un ensemble d'éléments qui, réunis, sont de nature à établir l'existence d'un lien de subordination juridique, tels que les horaires, le lieu de travail, les moyens de productions. C'est à partir de la réunion de plusieurs de ces indices que les juges se forment une conviction. Mais quelle est la pertinence de ces indices ? Les conditions de travail peuvent-elles encore suppléer le critère principal, le lien de subordination, pour démontrer la réalité d'une relation de travail subordonnée ? Les indices, qui hier intégraient les salariés jouissant d'une certaine indépendance au régime de la subordination ne les repoussent-ils pas aujourd'hui ? Parallèlement, ces mêmes indices ne poussent-ils tout aussi paradoxalement les sous-traitants vers le régime salarié ? Puisque la subordination tient aux conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité du salarié, appliquer strictement les critères du contrat de travail reviendrait à exclure certains salariés (A) et à intégrer certains indépendants (B).

A. La prestation subordonnée

104. **La clé de voûte du droit du travail** - Le périmètre du droit du travail et la qualité de salarié sont déterminés en fonction du lien de subordination juridique, « clé de voûte de cette branche du droit »⁴³⁸. Selon la Cour de cassation, « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans

⁴³⁷ FRANCE, Conseil d'orientation pour l'emploi, *L'évolution des formes d'emploi*, *op. cit.*, p. 66.

⁴³⁸ C. Wolmark, « L'émergence de la subordination », *op. cit.*, p. 7.

lesquelles est exercée l'activité des travailleurs »⁴³⁹. Le professeur Dockès soutient que pour qualifier le contrat de travail les juges recherchent dans les faits la réalité de la subordination de l'employé⁴⁴⁰. Critère du contrat de travail depuis les premières lois sociales, la notion de subordination juridique demeure le principe général du salariat. Près d'un siècle plus tard l'entreprise a changé ; on observe d'importantes transformations dans la pratique du pouvoir au sein de entreprises. On est en droit de s'interroger sur la pertinence des critères de la subordination : direction, contrôle et sanction sont-ils toujours aussi pertinents ? Pour palier à ses insuffisances, outre ces trois critères, la jurisprudence a parfois recours à des indices complémentaires pour établir l'existence du lien de subordination notamment dans le cadre d'activité supposant une indépendance technique. Mais sont-ils eux mêmes pertinents ? En définitive, est-ce que la subordination envisagée au début du siècle dernier est applicable aux relations de travail qui apparaissent et que nous connaîtrons demain ?

1) *L'autorité de l'employeur*

105. **Les pouvoirs de l'employeur** - « Le pouvoir de diriger, le pouvoir de réglementer et le pouvoir de sanctionner sont les facettes d'un même pouvoir qui puise sa source dans le rapport de subordination »⁴⁴¹. La conception de la subordination s'est en effet stabilisée à l'occasion dans l'arrêt *Société Générale contre Urssaf* de haute Garonne, rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 13 novembre 1996. Ainsi, le lien de subordination « est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné »⁴⁴². Si la subordination, née du contrat de travail, se délimitait aisément dans les entreprises industrielles, le droit n'a pas pris acte de la transformation radicale qui s'est opérée dans la relation de travail. En effet, lorsque le travail est avant tout physique, le salarié apparaît techniquement dépendant de l'employeur. Cette définition constante se prête facilement aux situations de travail dans lesquelles le salarié ne possède aucune liberté d'organisation ; elle est d'abord envisagée dans le cadre d'une « prestation matérielle

⁴³⁹ Cass. soc., 19 déc. 2000, pourvoi n°98-40.572, Bull. civ., V, n°437, op. cit.

⁴⁴⁰ E. Dockès, « Notion de contrat de travail », *Dr. soc.*, mai 2011, p. 550.

⁴⁴¹ F. Duquesne, *Droit du travail*, Gualino-Lextenso éd., 2010, p. 73-74.

⁴⁴² Cass. soc., 13 nov. 1996, pourvoi n°94-13.187, Bull. civ., V, n°386, op. cit.

pure » qui correspond au modèle de production théorisé au milieu des années 20⁴⁴³. Mais qu'en est-il de la production numérique ? Si « la question qui, de tout temps, a fait débat est celle de la justification du pouvoir exercé par l'employeur sur le salarié »⁴⁴⁴, la question essentielle est aujourd'hui celle de son efficacité. Elle nous impose aujourd'hui de nous interroger sur la raison d'être de ce pouvoir patronal. Quel est le pouvoir utile de l'employeur dans une organisation numérique ?

106. **Pouvoir de direction de l'employeur** - Le pouvoir de direction de l'employeur est le corollaire principal du lien de subordination du salarié. Sa nature quasi personnelle se traduit par la faculté pour l'employeur, dans le cadre de l'exécution du contrat de travail, de fixer et modifier certaines des conditions d'exécution. Pour le « manager », cette autorité est issue d'un organigramme, elle découle d'un statut au sein d'une entreprise et est déléguée par l'entreprise⁴⁴⁵. Le pouvoir de direction permet à l'employeur de donner des ordres « faites ceci » ou « ne faites pas cela », ou bien encore des directives « faites comme cela ». Mais le pouvoir de direction est-il remis en cause par l'autonomie qu'implique les TIC ? Ou bien se trouve-t-il conforté ?

107. **L'entreprise intelligente** - Des pouvoirs de l'employeur c'est sans doute sur son autorité, son pouvoir de diriger, que le numérique exerce le plus d'influence. Née au début du XX^{ème} siècle pour l'usine ou la mine, l'obligation liée au contrat du travail est historiquement une obligation de moyens : l'ouvrier ou l'employé salarié met son activité à la disposition de son employeur, sous la subordination duquel il se place en matière de durée, de lieu de travail et de moyens à mettre en œuvre. En ce qu'elle se révèle très propice à une organisation du travail en mode projet, la transformation numérique constitue une zone de friction entre le cadre juridique du contrat de travail et un mode de management fondé sur le résultat⁴⁴⁶. La situation est identique dans le cas du travail à distance. En l'espèce, dès lors que le manager hiérarchique n'est pas nécessairement le chef de projet, il ne contrôle plus directement les directives à exécuter et leur bonne exécution. Le salarié est plus autonome, il doit faire preuve de créativité et

⁴⁴³ Infra. Introduction, « objet de l'étude et définitions ».

⁴⁴⁴ F. Duquesne, *Droit du travail*, op. cit., p. 73-74.

⁴⁴⁵ A. Chirez, « Pouvoir de direction des personnes en droit français du travail : de l'unilatéralité à l'assentiment? », *Revue juridique polynésienne*, n° 11, 2005, p. 191.

⁴⁴⁶ « En effet, dans la coordination hiérarchique, le manager fixe les objectifs et évalue ensuite en s'appuyant sur son expertise technique; dans la coordination par projet, il alloue les ressources sur les projets et l'appréciation du travail fourni devient plus complexe car il s'appuie pour cela sur les avis d'autres acteurs; dans la coordination en réseau, la difficulté du manager est de définir une activité, en dépassant la simple injonction de « réseauter » de façon utile ou pertinente ». B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, op. cit., p. 39.

se livre plus souvent à des tâches discrétionnaires⁴⁴⁷. L'autonomie du salarié le rapproche de l'indépendant et son travail subordonné prend parfois les aspects du contrat d'entreprise.

108. **Des « ordres » aux « directives »** - L'employeur aujourd'hui se concentre souvent sur la détermination des objectifs à atteindre, répartissant son rôle en amont et en aval de l'exécution du travail. Le contrôle de l'exécution se réduit progressivement à un contrôle des livrables. On transforme progressivement l'obligation de moyens en une obligation de résultat⁴⁴⁸. « Retrouvant ses couleurs féodales, le contrat sert à tisser des liens d'allégeance d'un type nouveau en soumettant les hommes à des critères d'évaluation « objectifs » qui permettent de dicter leur comportement sans avoir à leur donner des ordres »⁴⁴⁹. Le travailleur objectivé se trouve soumis au pouvoir anonyme d'objectifs à atteindre. Le pouvoir patronal « de droit divin, omniscient et omnipotent, fait ainsi place à un pouvoir fonctionnel, mettant en œuvre des normes de gestions fondées sur l'autorité des experts qui les conçoivent ou les mettent en œuvre dans le cadre de procédures d'audit »⁴⁵⁰. Le rapport de subordination personnel à un chef disparaît ou s'estompe. La relation est en définitive objectivée par rapport à l'organisation, là où le rapport au chef était subjectif. « Le droit de direction permet à l'employeur d'utiliser la force de travail du salarié au mieux des intérêts de l'entreprise. Le contrat de travail se borne en effet à mettre le salarié à la disposition de l'employeur : l'obligation du salarié comporte en général une large indétermination. Ce droit imprime aux rapports de travail leur marque distinctive. Dans les autres contrats, le créancier fixe seulement, d'accord avec le débiteur, l'objet de l'obligation. Dans le contrat de travail, l'employeur acquiert un droit de direction continue sur l'activité du salarié pendant son contrat de travail »⁴⁵¹. Toutefois, à la différence de l'indépendant, l'engagement du salarié de l'économie numérique ne porte pas sur des prestations convenues à l'avance. « En effet, si l'ensemble des tâches que le salarié doit accomplir se trouvaient précisément définies *ab initio* par le contrat, il ne resterait aucune place

⁴⁴⁷ Cette autonomie est permise par la rapidité de la transmission horizontale de l'information sur les réseaux de l'entreprise qui permettent de coordonner le collectif de travail. Les nouvelles technologies bouleversent ainsi les modes de diffusion des informations et les modes de commandement à l'intérieur des organisations. A. McAfee, *Enterprise 2.0 : new collaborative tools for your organization's toughest challenges*, Boston, Mass., Harvard Business Press, 2009.

⁴⁴⁸ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁴⁹ A. Supiot, *Homo juridicus*, *op. cit.*, p. 254.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 257.

⁴⁵¹ P. Durand et R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1947, p. 430.

pour l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur »⁴⁵². Si la gestion des entreprises privilégiant les résultats ne remet pas en cause l'existence d'un contrat de travail, elle affaiblit ainsi considérablement la relation de subordination. « Le contrôle du travailleur ne disparaît pas, mais son objet se déplace. Il porte moins sur la manière d'effectuer une tâche déterminée que le sur résultat de cette tâche. Au lieu d'être soumis aux ordres d'un chef dans l'exécution de leur travail, les salariés souscrivent des objectifs en principe transparents, vérifiables et connus de tous, dont la mise en œuvre donne lieu à une procédure de suivi »⁴⁵³. Cette procédure de suivi évalue tant les performances du salarié que la pertinence des objectifs qui lui ont été assignés afin de les adapter dans le temps.

109. **La discipline et l'innovation** - Le pouvoir de sanction est caractérisé par la faculté dont dispose l'employeur de sanctionner les manquements du salarié à ses obligations professionnelles. « Le pouvoir disciplinaire permet de contrôler le déroulement des tâches, de surveiller l'ordre et éventuellement de sanctionner les fautes des salariés. Il a le droit de s'assurer que le salarié remplit ses obligations et réalise sa prestation de travail selon les termes du contrat »⁴⁵⁴. Le pouvoir disciplinaire apparaît difficilement conciliable avec l'initiative dont doivent faire preuve les salariés. Il s'agit pour le salarié de donner « le meilleur de soi-même », autrement dit de se comporter comme s'il était indépendant. Pour Monsieur Béraud, conseiller à la Cour de cassation, « dans l'entreprise, la discipline ne participe pas du bon ordre au sens de protection d'une tranquillité et d'une sécurité des personnes, mais s'inscrit dans une rationalité économique qui impose une prévisibilité des comportements et du travail fourni. Il s'agit pour l'entrepreneur d'acquérir une force de travail, physique ou intellectuelle, brute, c'est-à-dire dépouillée de la personnalité de l'individu et de ses humeurs afin de l'utiliser dans un processus organisé par l'employeur pour la satisfaction d'intérêts définis par lui »⁴⁵⁵. Tout est juridiquement construit pour assurer la production de certains biens dans le cadre d'une prestation de travail particulière. « La diligence exigible du salarié est, à défaut de clause particulière, une diligence normale. Dans ce standard de normalité, il y a place pour une marge d'erreur humaine [...] traduisant l'impossibilité d'exercer une activité laborieuse sans commettre d'erreur un jour ou

⁴⁵² A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, France, Presses Universitaires de France, 2007, p. 120.

⁴⁵³ A. Supiot, *Homo juridicus*, *op. cit.*, p. 255.

⁴⁵⁴ S. Arnaud, « Analyse économique du droit au respect de la vie personnelle : application à la relation de travail en France », *Revue internationale de droit économique*, t. XXI, 2, n° 2, 2007, p. 134.

⁴⁵⁵ J.-M. Béraud, « Protéger qui exactement ? Le tentateur ? le sport amateur ? Le travailleur ? », *Dr. soc.*, n° 3, 2013, p. 200.

l'autre »⁴⁵⁶. Inversement, le salarié a un droit contractuel de refuser une tâche étrangère à ses attributions. Lors des périodes précédentes, les cibles de production étaient stables, tout comme les objectifs et les buts des entreprises : une fois définis, ils restaient les mêmes. « La planification centrale décidait aujourd'hui la quantité à produire en un an, en deux ans, etc. La production devait en effet être planifiée bien à l'avance » pour permettre aux systèmes de production de se mettre en place. Il fallait s'assurer que toutes la chaîne de production soit en ordre de marche⁴⁵⁷. Or, la contrepartie de la rémunération est de moins en moins le temps consacré à une machine, mais l'intelligence pour réaliser une tâche. Les normes de gestion prennent déjà en compte cette fiction qui se traduit principalement dans la rémunération. Suivant la méthode Hay d'évaluation des postes, « l'initiative créatrice » correspond au degré d'initiative et de réflexion originale que nécessite l'emploi pour analyser, évaluer, créer, raisonner, aboutir à des conclusions et les exprimer. Ce critère sert notamment à évaluer la « juste rémunération » au regard de critères objectifs et ainsi légitimer la politique salariale de l'entreprise⁴⁵⁸. La subordination telle qu'envisagée jusqu'alors est ainsi difficilement compatible avec « l'initiative créatrice » attendue du salarié.

110. Les risques encourus par le salarié - Il est aujourd'hui difficile de reconnaître la définition pourtant portée par la doctrine, pour qui « cette autorité ainsi reconnue au chef d'entreprise constitue la contrepartie logique de l'absence de tout risque économique assumé par le salarié au travailleur indépendant »⁴⁵⁹. Cette définition n'est pas acceptable. D'une part le salarié prend un risque quant à sa réputation, son employabilité, sa carrière⁴⁶⁰ ; d'autre part, la dépendance du salarié est relative, car s'agissant de sa sécurité le droit du travail lui reconnaît une obligation de sécurité⁴⁶¹, et s'agissant du paiement et du licenciement, reconnaître sa dépendance revient à reconnaître un pouvoir discrétionnaire à l'employeur alors que son pouvoir de sanction est particulièrement encadré.

⁴⁵⁶ A. Chirez, « Insuffisances, erreurs et fautes du salarié », *Revue juridique polynésienne*, 2013, p. 100.

⁴⁵⁷ E. Cairola et M. Revelli, *Manuel de formation sur le fordisme et le post-fordisme : organisation des travailleurs sur le lieu de travail*, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁵⁸ Maurice Thévenet, Cécile Dejoux, Éléonore Marbot, Étienne Normand et Anne-Françoise Bender, *Fonctions RH: Politiques, métiers et outils des ressources humaines*, Pearson Education France, 2009, p. 185

⁴⁵⁹ G. Lyon-Caen, J. Pélissier et A. Supiot, *Droit du travail*, Paris, France, Dalloz, coll.« Précis Dalloz », 1994, p. 162.

⁴⁶⁰ A. Hatchuel et B. Segrestin, « Subordination formelle, subordination réelle : quand le contrat de travail cache l'entreprise », *op. cit.*, p. 10.

⁴⁶¹ C. trav. art. L. 4122-1 : « Conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur, dans les conditions prévues au règlement intérieur pour les entreprises tenues d'en élaborer un, il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail ».

111. **Le pouvoir réglementaire** - « Le pouvoir réglementaire permet à l'employeur de rédiger le contrat de travail ainsi que le règlement intérieur régissant la vie dans l'entreprise. Il peut ainsi fixer les règles générales de conduite, régler les comportements et restreindre les libertés par des clauses du contrat et du règlement »⁴⁶². Le droit du travail contemporain avec ses normes apparaît parfois comme destructeur pour la coopération des cerveaux au sens où il bride les activités de création. Selon Maurizio Lazzarato, « ni les théories socialistes, ni les théories libérales ne peuvent comprendre et organiser la co-crédation et la co-réalisation des subjectivités, sans les détruire, sans produire des effets anti-productifs. (...). Le management des entreprises contemporaines, de la même façon que les stratégies de constitution et de capture des publics, doit tenir compte du fait que l'invention ne se commande pas, et que la confiance, la sympathie, l'amour, sont seules propices à la co-crédation et à la co-réalisation des monades »⁴⁶³. À la différence du travail industriel qui agit principalement sur les forces physiques de l'homme, le travail du cerveau d'œuvre agit principalement sur les forces sensibles, la psychologie de la personne, « grâce à sa capacité d'imprimer et de recevoir l'empreinte des désirs et des croyances des autres cerveaux »⁴⁶⁴. La gouvernance dans l'entreprise s'oppose au redéploiement des emplois numériques au sein de l'entreprise, sa logique autoritaire, pyramidale et centralisatrice est incompatible avec « le monde qui devient » : un monde en constante évolution qui favorise la globalisation des échanges et des savoirs⁴⁶⁵.

112. **La fixation des objectifs par l'employeur** - Les nouvelles formes de management, via les TIC, appelle un nouveau style de management⁴⁶⁶. La détermination des objectifs est désormais le moment où s'exerce avec le plus de tension le lien de subordination entre l'employeur et le salarié. Il apparaît que le chef d'entreprise, dans le cadre de son pouvoir de direction détermine les objectifs qu'il convient d'atteindre⁴⁶⁷.

⁴⁶² S. Arnaud, « Analyse économique du droit au respect de la vie personnelle », *op. cit.*, p. 134.

⁴⁶³ M. Lazzarato, *Les révolutions du capitalisme*, <http://seminaire.samizdat.net/spip.php?article23>, consulté le 29 août 2013.

⁴⁶⁴ *Ibid.*

⁴⁶⁵ G. Tarde, *Psychologie économique*, Paris, F. Alcan, coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 1902, vol. 2/1, p. 353.

⁴⁶⁶ La prise en considération des compétences collectives dans le management « bouscule » les idées traditionnelles relatives au commandement. Une fois intégrées, ce type de compétences génèrent des effets de synergies au niveau global de l'entreprise. Les directions délèguent relativement facilement, après avoir déterminé leurs stratégies, en contrôlant les actions et les effets induits a posteriori. Cet acte de délégation est perçu par les ingénieurs comme étant un « levier de responsabilisation croissante », et partant, de motivation accrue. F. Dupuich, « Impact des technologies de l'information et de la communication (TIC) sur la gestion des ressources humaines GRH dans les firmes "high-tech" », *op. cit.*, p. 101.

⁴⁶⁷ A. Ménard, « La rémunération variable et la fixation des objectifs », *JCP G*, n° 20, mai 2014, p. 1028.

Cette solution n'est pas satisfaisante pour le salarié, car la fixation par contrat des objectifs ouvre à l'employeur la possibilité « de faire reproche au salarié des écarts entre résultats et conditions contractuelles et le transfert des risques de l'entreprise devient plus manifeste encore lorsque le contrat habilite l'employeur à fixer et à modifier les objectifs »⁴⁶⁸. Les licenciements pour non atteinte des résultats sont de plus en plus répandus⁴⁶⁹. Afin d'écartier les abus, ce pouvoir se concilie avec celui du juge d'apprécier si le manquement du salarié était suffisamment sérieux pour justifier un licenciement⁴⁷⁰. La chambre sociale rappelle le pouvoir des juges pour rechercher si les objectifs définis sont réalistes et si le salarié, compte tenu de sa qualification et des moyens qui lui ont été donnés, avait les moyens de les atteindre. Si les objectifs ne sont pas atteints en raison de la conjoncture économique ou d'un contexte de concurrence accrue ou du fait de l'employeur lui-même, le licenciement sera invalidé⁴⁷¹. Cet élément n'est pas sans rappeler le droit commun des contrats, qui permet, à travers le mécanisme de la force majeure, à l'entreprise qui l'invoque de ne pas exécuter ses obligations sans que cela puisse lui être reproché⁴⁷².

2) *L'organisation du travail*

113. Le législateur dépasse les critères classiques - L'attraction des travailleurs dans le salariat est un processus ancien⁴⁷³. Déjà, dans les années 1930 des entreprises de dactylographie confiaient la frappe à des travailleuses à domicile, activité particulièrement développée dans la presse et l'édition. Un contentieux en matière d'affiliation à la sécurité sociale se développa et conduisit à les assimiler au travailleur à domicile⁴⁷⁴. Dans certaines hypothèses il existe des présomptions de salariat : c'est notamment le cas notamment pour les journalistes⁴⁷⁵, les artistes⁴⁷⁶, ou des mannequins⁴⁷⁷. Le droit du travail a ainsi absorbé un grand nombre de professions pour qui l'état de subordination n'était pas immédiat. Concernant les travailleurs à domicile il

⁴⁶⁸ B. Baudry et H. Charmettant, « L'analyse de la « relation d'emploi » par les économistes « contractualistes » et « conventionnalistes » », *Revue économique*, Vol. 59, n° 2, 14 mars 2008, p. 213.

⁴⁶⁹ F. Seuret, « Licenciements, la grande triche », *Alternatives Economiques*, n° 253, décembre 2006, p. 38-41.

⁴⁷⁰ *Cass. soc.*, 22 mai 2001, pourvois n°99-41.838, 99-41.970, *Bull. civ.*, V, n°180.

⁴⁷¹ *Cass. soc.*, 3 janv. 1990, pourvoi n°87-43.521, inédit.

⁴⁷² I. Gallmeister, « Agression d'un voyageur : exonération de la SNCF pour force majeure », *D.*, n° 27, juillet 2011, p. 1817.

⁴⁷³ *Cass. civ.*, 2 août 1938, *DH 1938*, p. 513.

⁴⁷⁴ C. Rey, « Travail à domicile, salarié ou indépendant. Incidence des nouvelles technologies de l'information et de la communication », *Innovations*, no 13, n° 1, 1 mars 2001, p. 186.

⁴⁷⁵ C. trav. art. L. 7112-1.

⁴⁷⁶ C. trav. art. L. 7121-3.

⁴⁷⁷ C. trav. art. L. 7123-3.

faut souligner l'intervention du législateur à l'article L. 7412-1 du code du travail : « Est travailleur à domicile toute personne qui 1° Exécute, moyennant une rémunération forfaitaire, pour le compte d'un ou plusieurs établissements, un travail qui lui est confié soit directement, soit par un intermédiaire ; 2° Travaille soit seule, soit avec son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin ou avec ses enfants à charge au sens fixé par l'article L. 313-3 du code de la sécurité sociale, ou avec un auxiliaire. Il n'y a pas lieu de rechercher a) S'il existe entre lui et le donneur d'ouvrage un lien de subordination juridique, sous réserve de l'application des dispositions de l'article L. 8221-6 b) S'il travaille sous la surveillance immédiate et habituelle du donneur d'ouvrage ; c) Si le local où il travaille et le matériel qu'il emploie, quelle qu'en soit l'importance, lui appartient ; d) S'il se procure lui-même les fournitures accessoires e) Le nombre d'heures accomplies ». L'évolution des technologies fait naître de nouveaux métiers et de nouveaux emplois susceptibles d'être exercés à domicile, ce faisant elle remet au goût du jour la définition juridique du travailleur à domicile.

114. **Désintégration du service organisé ?** - L'évolution technologique met aussi en évidence les lacunes et les carences de la législation⁴⁷⁸. Partant du constat que « l'organisation et le rythme de travail dans les secteurs industriels traditionnels étaient devenus les principes de presque tout travail subordonné »⁴⁷⁹, l'intégration du salarié dans un service organisé, était un critère à part entière jusqu'en 1996⁴⁸⁰. Les travailleurs disposant d'une véritable indépendance technique pouvaient ainsi être considérés comme des salariés, dès lors que les conditions d'exécution de leur travail étaient contrôlées. Ainsi un médecin peut être considéré comme salarié, au motif qu'il se trouve « astreint à certaines sujétions d'horaires, de prestations et de gardes nocturnes à assurer, qui est soumis au règlement intérieur de la clinique et intégré dans le service médical organisé par ses dirigeants se trouve en fait vis à vis de ladite clinique dans un état de subordination caractérisant l'existence d'un contrat de louage de services, peu important la provenance des sommes remises au salarié par son employeur »⁴⁸¹. Ce critère a ensuite été rétrogradé au rang de simple indice⁴⁸². Peut-on voir dans cette rétrogradation une évolution du droit dans le sens des relations numériques de travail ?

⁴⁷⁸ C. Rey, « Travail à domicile, salarié ou indépendant. Incidence des nouvelles technologies de l'information et de la communication », *op. cit.*, p. 177.

⁴⁷⁹ S. Simitis, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », *op. cit.*, p. 657.

⁴⁸⁰ Cass. soc., 13 nov. 1996, pourvoi n°94-13.187, Bull. civ., V, n°386, *op. cit.*

⁴⁸¹ Cass. soc., 7 déc. 1983, pourvoi n°81-41.626, Bull. civ., n°592.

⁴⁸² Cass. soc., 13 nov. 1996, pourvoi n°94-13.187, Bull. civ., V, n°386, *op. cit.*

115. **La fixation du temps de travail** - Se soumettre à un horaire imposé par l'employeur constitue un indice fort de la participation à un service organisé⁴⁸³. A l'inverse, le fait de pouvoir fixer librement ses horaires peut permettre de justifier du caractère libéral de l'activité, même si la personne exerce à titre exclusif, dans les locaux et avec le matériel de celui-ci⁴⁸⁴. Or Internet fait évoluer les conditions de travail. « La déréglementation du temps des échanges (remise en cause du repos dominical ou de l'interdiction du travail de nuit) vise à faire disparaître toute dimension qualitative du temps pour laisser la place nette à un temps homogène et continu qui n'entrave en rien l'activité contractuelle et qui permet à tout homme d'être à tout moment producteur ou consommateur »⁴⁸⁵. L'annualisation du temps de travail et les forfaits-jours sont autant de moyens qui participent déjà d'une logique d'émancipation du salarié. Les forfaits jours s'inspirent de modes nouveaux d'organisation, liée aux progrès des TIC, qui laissent entrevoir la « civilisation du savoir »⁴⁸⁶. Une distinction s'impose toutefois entre l'autonomie qui « n'est que la possibilité de s'administrer dans un cadre déterminé » et entre l'indépendance qui « évoque la possibilité de liberté même si celle-ci est nécessairement limitée pour préserver la sphère de liberté des autres »⁴⁸⁷. De ce constat découlent des conséquences sur les conditions d'exercice du travail et en particulier sur la durée du travail. Les cadres au forfait et à plus forte raison les cadres dirigeants, ont un degré d'autonomie plus important et par conséquent la durée de leur temps de travail ne peut être prédéterminée. « Le statut n'est pas tiré d'une activité professionnelle délimitée mais de conditions d'exercice de celle-ci, donc d'éléments de fait qui peuvent varier d'une personne à une autre eu égard au caractère substantiel ou non de leur degré d'autonomie et/ou de la manière dont concrètement celui-ci est décliné dans la vie professionnelle »⁴⁸⁸.

116. **La fixation du lieu de travail** – L'intégration dans un service organisé peut être identifiée lorsque le salarié accomplit son travail dans les locaux de l'entreprise. « C'est dans l'usine que se sont développés ces règlements d'atelier, qui n'ont pas seulement

⁴⁸³ Cass. soc., 25 nov. 1992, pourvoi n°89-44.553, inédit.

⁴⁸⁴ En l'espèce, la capacité de fixer librement ses horaires a permis à un orthoptiste de justifier du caractère libéral de ses prestations, alors qu'il exerçait pourtant à titre exclusif pour un ophtalmologiste, dans les locaux et avec le matériel de celui-ci. Cass. soc., 17 déc. 1987, pourvoi n°85-42.016, inédit.

⁴⁸⁵ A. Supiot, *Homo juridicus*, op. cit., p. 166.

⁴⁸⁶ J. Barthélémy, « La notion de durée du travail et la civilisation du savoir », *JCP G*, n° 10, mars 1998, p. 375.

⁴⁸⁷ J. Barthélémy, *Évolution du droit social : une tendance à la contractualisation mais un rôle accru des droits fondamentaux du travailleur*, Wolters Kluwer France, 2009, p. 151.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 152.

homogénéisé la durée de travail, mais aussi peu à peu, imposé une discipline de travail, grâce à laquelle fut rendu possible un processus de division du travail rigoureusement ajusté par les exigences de la productions »⁴⁸⁹. Jusqu'à récemment l'organisation du travail participait effectivement au pouvoir de l'employeur. Le télétravail et plus largement le nomadisme des professions numériques contribuent à interroger ce critère⁴⁹⁰. Difficile de se référer à la notion de service organisé puisque le principe même du télétravail se traduit par le souhait de s'extraire physiquement de ce service organisé. Certes, le travail à domicile a toujours existé et tenait une grande place avant l'ère industrielle, avec la sous-traitance à domicile, mais les technologies de l'information et de la communication ont donné une dimension nouvelle à ce phénomène depuis les années 1990. Ces pratiques s'adaptent à un mode d'exercice de l'activité qui s'inscrit moins facilement dans le cadre d'une subordination au sens « classique » et dans celui des notions juridiques existantes de lieu et durée du travail telles qu'elles sont définies dans le Code du travail. Le mouvement vers plus de télétravail s'accompagne en effet d'une évolution des pratiques managériales, avec dans certains secteurs une moindre importance accordée au contrôle de la présence physique sur le lieu de travail, comme au contrôle des temps de travail⁴⁹¹. Dès lors que l'activité est exercée en dehors de tout établissement avec une autonomie parfois totale, les critères traditionnels permettant de révéler le lien de subordination sont malmenés⁴⁹² : bon nombre de personnes en situation de télétravail ne sont pas plus soumises au contrôle et directives d'un employeur que ne le sont les travailleurs indépendants⁴⁹³. Dans les espaces de coworking, les salariés travaillent bien matériellement dans le même espace, et parfois même aux mêmes horaires, avec les mêmes contraintes (badgeuse, sécurité, etc.) et pourtant ils n'appartiennent pas à la même entreprise. Pour communiquer avec l'entreprise à laquelle ils appartiennent contractuellement, ces salariés recourent massivement aux TIC. Les ordinateurs notamment, permettent le bon fonctionnement de ces relations de travail à distance. Le travail mobile conduit le salarié non plus à entrer, mais à sortir de son établissement d'embauche pour occuper son poste. Lorsque le

⁴⁸⁹ S. Simitis, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », *op. cit.*, p. 657.

⁴⁹⁰ *Mobilité : nous sommes désormais tous des nomades !*, http://www.influencia.net/fr/actualites/com-media_etudes_mobilite-nous-sommes-desormais-tous-nomades.5783.html, consulté le 19 octobre 2015.

⁴⁹¹ FRANCE, Conseil d'orientation pour l'emploi, *L'évolution des formes d'emploi*, *op. cit.*, p. 57-58.

⁴⁹² A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*, p. 131.

⁴⁹³ S. Darmaïn, « L'ordinateur, l'employeur et le salarié », *Dr. soc.*, 2000, p. 280.

salarié travail à son domicile, c'est le phénomène inverse. La relation spatiale, organisée dans l'entreprise est réduite⁴⁹⁴.

117. Fourniture du matériel ou des outils - La fourniture des moyens par l'employeur est *a priori* un indice du salariat. On peut ainsi lire que « à quelques rares exceptions près, le salarié n'est pas propriétaire des outils de travail »⁴⁹⁵. Pourtant la présomption du caractère professionnel de l'outil informatique se révèle de plus en plus artificielle. L'accès facile à internet et la diminution du prix des technologies de l'information se sont traduits par l'usage, dans un cadre professionnel, d'équipements informatiques traditionnellement réservés à un usage personnel⁴⁹⁶. L'Europe, et la France en particulier, sont pourtant en retrait sur l'utilisation des outils personnels par rapport à l'Asie et à l'Amérique du Nord⁴⁹⁷. Notre conception juridique du droit de la propriété peut-elle expliquer notre retard ? L'employeur n'a plus forcément d'intérêt économique à posséder l'outil de production, en revanche le droit contraint son autorité. D'après une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation, il y a contrat d'entreprise quand le travail est accompli avec son propre personnel et son propre matériel. L'anesthésiste qui peut embaucher et rémunérer des infirmières dans le cadre du travail fourni pour une clinique ne peut pas prétendre être salarié⁴⁹⁸. La Cour d'appel qui relève qu'un artisan maçon affilié à l'*Urssaf* comme employeur, a été chargé d'édifier pour un prix forfaitaire une villa pour le compte et sur le terrain du propriétaire qui lui a fourni les plans et matériaux, que cet artisan s'est servi de son propre matériel de chantier et a utilisé les plans du maître d'ouvrage sans réserves, peut déduire de ces constatations impliquant une indépendance dans l'exécution des travaux, que la convention intervenue est un contrat d'entreprise⁴⁹⁹. Inversement, lorsqu'une personne travaille avec le matériel et les matériaux fournis par l'entreprise, la dépendance et donc la subordination devraient être établies. Ce postulat est battu en brèche par la pratique de nombreux salariés qui utilisent leur matériel personnel pour travailler⁵⁰⁰. Toutefois, lorsque l'ouvrier est propriétaire du « petit outillage », cela n'exclut pas la présence d'un lien de subordination et par conséquent d'un contrat de travail. Pour la Cour de cassation, ne

⁴⁹⁴ C. Jacob, « Entreprises industrielles et prestataires de services : des relations durables », *Le 4 Pages, Sessi*, n° 247, juin 2008.

⁴⁹⁵ S. Tournaux, *Droit du travail*, Paris, Bréal, 2011, p. 272.

⁴⁹⁶ B. Spitz, J. Crouzet, C. Bernier et S. Cullaffroz-Jover, « Droit de l'information », *Documentaliste-Sciences de l'Information*, vol. 50, n° 3, 2013, p. 16.

⁴⁹⁷ G. Luk, *Mobility and BYOD Security Survey Results 2016*, Strategy Analytics, 2016.

⁴⁹⁸ *Cass. soc.*, 7 mars 1979, pourvoi n°78-40.352, *Bull. civ.*, n°205.

⁴⁹⁹ *Cass. 3ème civ.*, 2 oct. 1979, pourvoi n°78-10.316, *Bull. 1979*, n°164.

⁵⁰⁰ *Infra*. Partie 1, titre 1, chapitre 2, section 3, II « les ressources informatiques appartenant salarié ».

sont pas exclusifs d'un contrat de travail, la possession par l'ouvrier de son petit outillage et le mode de rémunération à la tâche⁵⁰¹. A l'aune de la jurisprudence peut-on considérer le matériel informatique d'un graphiste comme du petit outillage ? Dans un arrêt du 10 mai 2011⁵⁰², la Cour d'appel de Paris rejette les arguments apportés par un infographiste, visant à faire la démonstration de l'existence d'un lien de subordination le liant à son ancien cocontractant. Dans ce litige, le plaignant, un prestataire, souhaite que lui soit reconnue la qualité de salarié ; pour se faire il allègue plusieurs de ses anciennes conditions de travail pour faire reconnaître un tel lien. Pour autant, pour les juges du fond « ne peut être considéré comme constituant des directives susceptibles d'établir un lien de subordination ; de même la confidentialité exigeant que les infographistes travaillent sur des logiciels mis à leur disposition sur site, les recommandations et règles d'utilisation quant aux règles concernant les polices à employer pour les fichiers, les extensions (...) ne sont pas constitutives de directives et d'un lien de subordination mais seulement du mode d'emploi pour le bon usage du matériel et la communication ». « L'existence d'un numéro de téléphone au sein de la société dans laquelle Monsieur Yann G. effectuait ses prestations et auquel il pouvait être joint, n'est pas créatrice lien de subordination et par conséquent du statut de salarié de Monsieur Yann G., les intervenants dans une société devant pouvoir communiquer entre eux ». En réalité, l'intégration dans un service numériquement organisé ne suppose pas de faire partie d'une même organisation de travail. Une fois encore le droit du travail et sa mise en œuvre judiciaire retiennent une « interprétation industrielle » de l'organisation de l'entreprise en tant qu'aire spatiale de travail. Établir son intégration dans un service organisé est finalement vain pour les « professions numériques ». Le droit apparaît ici comme le révélateur d'une inversion du modèle productif. On relève toutefois que les juridictions du fond sont conciliantes et n'appliquent pas cette jurisprudence à la lettre. Ainsi, le fait qu'un salarié utilise « des outils de travail qui lui étaient personnels tel son véhicule ou son adresse mail ne suffisent pas à écarter la relation de contrôle et d'autorité que la société a effectivement exercé sur son activité »⁵⁰³.

118. Affaiblissement de la subordination individuelle - Suivant l'adage romain, *Summum jus, summa injuria*⁵⁰⁴, une interprétation qui suit la « lettre de la loi » plus que

⁵⁰¹ Cass. crim., 14 avr. 1992, pourvoi n°91-82.634, inédit.

⁵⁰² CA Paris, 10 mai 2011, n°09/02887.

⁵⁰³ CA Versailles, 7 janv. 2014, n°13-05122.

⁵⁰⁴ Justice excessive devient injustice.

le sens de celle-ci peut conduire, en réalité, à des situations ubuesques et contre productives. « Si l'indépendance technique n'est pas incompatible avec la subordination juridique, elle conduit nécessairement à un degré élevé d'autonomie au niveau des conditions de travail »⁵⁰⁵. Ainsi, pour pouvoir être libre de son diagnostic ou de son conseil, le professionnel doit jouir de la plus grande liberté dans la détermination de son temps de travail. Le droit disciplinaire est également affecté : comment prétendre à une expertise, « à l'exercice de son art » sans pouvoir prétendre à l'autonomie ? « Enfin, la nécessité de la compétence, corollaire de l'indépendance technique, induit, en matière de formation, le choix par le travailleur de la nature et même, sous réserve de ne pas désorganiser l'entreprise, du moment où ceux-ci seront suivis »⁵⁰⁶. L'évolution des conditions de travail fragilise un peu plus le lien de subordination juridique. En 1996, Jacques Barthelemy écrivait déjà que « les systèmes de type Taylorien seront progressivement remplacés par des organisations modulaires (...) Dans cet univers, la présence de tous les travailleurs de l'entreprise en un même lieu et en un même temps apparaîtra, tant pour l'entreprise que pour le travailleur, plus comme un handicap que comme un avantage »⁵⁰⁷. Nous y sommes presque. D'une part, l'accès du plus grand nombre au savoir ne rend plus nécessaire une hiérarchie permanente ; peuvent être réunis, pour la durée de la réalisation d'un objectif, les savoir-faire de chaque discipline pour une valeur ajoutée maximum. L'essor des nouveaux modes d'information et de communication renouvelle le débat autour du travail subordonné et constitue un révélateur de contradictions liées à la (non) définition de la subordination juridique⁵⁰⁸. Les nouveaux modes d'organisation des activités productives, leur structuration en réseaux, les diverses formes d'externalisation mettent en question ce critère. Il est plus difficile d'identifier le détenteur réel du pouvoir patronal, qui voit son poids hiérarchique fortement affaibli⁵⁰⁹. Parallèlement on ne peut que constater l'absence de lien entre un poste de travail stable et l'appartenance à un établissement. Est-il nécessaire, et possible, de concevoir un régime pour chaque catégorie d'emploi ? Le droit est en effet loin de recouvrir toutes les exceptions. La distinction faite entre travailleur indépendant et salarié apparaît aujourd'hui comme de plus en plus artificielle, s'appuyant sur des données diverses qui ne changent rien aux rapports fondamentaux entre les deux parties ; le salarié est seulement un cas particulier de travailleur

⁵⁰⁵ J. Barthélémy, « Le professionnel parasubordonné », *JCP E*, n° 47, 1996, p. 607.

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 606.

⁵⁰⁸ C. Sayon, « L'identification de l'employeur », *op. cit.*, p. 285.

⁵⁰⁹ C. Nicod et J.-F. Paulin, « La subordination en cause », *Semaine sociale Lamy Supplément*, n° 1485, mars 2011, p. 20.

indépendant auquel il faut en principe fournir son matériel (mais à qui on n'en fournit pas nécessairement), et auquel on peut imposer des horaires et un lieu (mais qui sont de plus en plus souvent aménagés). La division manichéenne, sur le fondement des critères jurisprudentiels de la subordination juridique, entre salariés et indépendants trouve ici ses limites.

B. Les autres prestations

119. L'allégeance dans l'indépendance - Alors que « le Droit du travail a colonisé bon nombre d'actifs, faisant de la France, le pays industrialisé doté de l'effectif salarié le plus important, en pourcentage de la population active »⁵¹⁰, les économies collaborative, circulaire, contributive, pair-à-pair, open source, jouent un rôle critique dans la montée en puissance de nouvelles formes de travail⁵¹¹. La pratique dans de nombreuses entreprises consiste notamment à sous-traiter une partie des fonctions supports. Un phénomène qui conduit de nombreux travailleurs numériques vers le travail indépendant. La possibilité pour un employeur, à travers les TIC, de transférer très aisément certaines activités d'un poste de travail à un autre accroît les risques d'irrégularité et d'instabilité. « C'est sans doute l'une des questions les plus difficiles posée par la transformation numérique sur le travail, et son articulation avec l'entreprise traditionnelle. Dans le monde entier, la souplesse, l'adaptabilité mais aussi le business model de l'économie numérique repose sur la multiplication de l'emploi hors salariat »⁵¹². Il existe aujourd'hui de nouveaux cadres juridiques qui apportent des réponses à la fois aux besoins des entreprises en termes de flexibilité, et aux besoins des salariés en termes d'autonomie et d'engagement dans l'entreprise. Alors que le mouvement jurisprudentiel et législatif a été pendant de nombreuses années à l'attribution de la qualité de salarié à des travailleurs indépendants, ce mouvement est en train de s'inverser avec l'apparition de statuts hybrides (1) et de nouveaux indépendants (2).

⁵¹⁰ A.-C. Alibert, *Les Cadres quasi-indépendants*, op. cit., p. 366-337.

⁵¹¹ De plus en plus de gens en perçoivent les bénéfices évidents : il est tout simplement plus facile de collaborer et de coopérer – souvent de façon virtuelle – que d'être enfermé dans des systèmes et hiérarchies. D. Turq, *Le modèle « collaboratif » va détruire des emplois*, http://www.lesechos.fr/archives/cercle/2012/06/19/cercle_48108.htm, consulté le 20 octobre 2015.

⁵¹² B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, op. cit., p. 8.

1) *Les prestations hybrides*

120. **Statuts juridiques hybrides** - « L'automatisation des tâches et leur réalisation à distance ont renforcé très fortement la fragmentation de la chaîne de valeur et produit des effets à la fois sur les frontières des entreprises, sur l'organisation du travail et sur le contenu même des qualifications. La standardisation des processus de production, favorisée par l'accélération technologique, et la révolution financière bouleversent en effet l'organisation des firmes : elles se recentrent sur leur « cœur de métier » et externalisent des fonctions jugées périphériques d'abord de service, puis de production. Les sous-traitants sont mis en concurrence alors que leurs tâches étaient soumises au lien de subordination lorsqu'elles étaient réalisées en interne. Les leviers de production sont désormais « éclatés » et brouillent les frontières de l'entreprise et des relations de travail »⁵¹³. Ces mutations de l'emploi et du travail ont été accompagnées par des réformes du marché du travail qui ont à la fois accentué le recours à la flexibilité de l'emploi et tenté de sécuriser partiellement les parcours. Plusieurs formes d'emplois coexistent : ceux externalisés dont les travailleurs conservent le titre de « salariés » et ceux où les travailleurs sont dits « indépendants » avec les avantages du salariat. Enfin, le développement du prêt temporaire de main d'œuvre (a) et du portage salarial (b) à la frontière du salariat et du travail indépendant complexifient un peu plus l'appréhension du lien de subordination dans le travail numérique qui caractérise en principe l'emploi salarié⁵¹⁴.

a. Le prêt temporaire de main d'œuvre

121. **Mutualiser des ressources humaines** - Le partage de salariés sous forme de prêt temporaire de main d'œuvre entre entreprises a été institué par la loi Cherpion de juillet 2011⁵¹⁵. Elle s'entend de l'opération juridique consistant pour une entreprise à « prêter » un salarié pour une durée déterminée à une autre entreprise, dite « utilisatrice », pour la mise en œuvre d'une compétence ou d'une technicité particulière. Cette technique qui consiste à mutualiser ou à optimiser ses ressources humaines se rapproche des logiques de réseaux largement popularisés par internet, comme par exemple le crowdsourcing. Ce

⁵¹³ E. Prouet et C. Jolly, *L'avenir du travail*, op. cit., p. 12.

⁵¹⁴ FRANCE, S. Mahfouz, M. Boisson-Cohen, H. Garner et P. Laffon, *Le compte personnel d'activité, de l'utopie au concret*, France Stratégie, 2015, p. 35.

⁵¹⁵ Art. 40, « Loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels ».

dernier consiste à mutualiser les ressources de milliers d'internautes en utilisant leur temps disponible pour créer du contenu ou résoudre des problèmes. Des plateformes numériques pourraient également permettre de valoriser ce dispositif en simplifiant l'organisation du prêt. L'objet de la société Pilgreem est de proposer aux entreprises une solution de partage de salariés, sur la base de la loi Cherpion, fondée sur le constat d'une faible utilisation du dispositif en raison d'une excessive complexité⁵¹⁶. Jusqu'à présent sous-utilisé, ce dispositif offre ainsi des opportunités à des entreprises en sous-effectifs comme en sureffectifs. Pour les salariés volontaires, c'est une opportunité valorisante d'apporter un savoir-faire à une nouvelle équipe et de sortir d'une situation de routine ou d'ennui liée à une période de sous activité.

122. Ressource humaine collaborative – La mise en œuvre d'une approche collaborative de la ressource humaine entre des entreprises pourrait permettre de composer des systèmes d'emplois originaux. Toutefois l'opération de mise à disposition bouleverse l'ordonnancement traditionnel des prestations de travail. *L'intuitu personae* qui anime la relation de travail devrait exclure que le salarié soit affecté unilatéralement par son employeur au service d'une entreprise tierce qui utilisera sa force de travail⁵¹⁷. Pour autant, de jurisprudence constante, la Cour de cassation juge que la mise à disposition d'un salarié à but non lucratif n'entraîne pas en soi une modification du contrat de travail⁵¹⁸. En revanche, les conséquences de cette mise à disposition peuvent constituer une ou des modifications du contrat, par exemple, un changement de lieu de travail en dehors du secteur géographique habituel, ou des horaires de travail. Afin d'anticiper d'éventuels abus, le Code du travail impose de façon systématique, qu'il y ait ou non une modification du contrat de travail, d'une part, l'accord du salarié et, d'autre part, la conclusion d'un avenant signé par ce dernier⁵¹⁹.

⁵¹⁶ La société Pilgreem propose par exemple un usage simplifié comprenant : un algorithme d'appariement entre entreprises en sous-charge offrant potentiellement du partage de salariés et entreprises en surcharge demandant du partage de salariés, notamment en fonction des profils et compétences ; une sécurisation juridique du partage de salariés pour éviter les risques de requalification en marchandage ou prêt illicite de main-d'œuvre ; une simplification administrative du suivi du partage du salarié. <http://pilgreem.com>

⁵¹⁷ D. Chatard et F. Riquoir, « Mise à disposition de salariés : comment faire en pratique ? », *Les Cahiers du DRH*, n° 180, octobre 2011, p. 11.

⁵¹⁸ *Cass. soc.*, 1^{er} avr. 2003, pourvoi n°02-14.680, *Bull. civ.*, V, n°128.

⁵¹⁹ C. trav. art. L. 8241-2 : « Le prêt de main-d'œuvre à but non lucratif conclu entre entreprises requiert : 1° L'accord du salarié concerné ; 2° Une convention de mise à disposition entre l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice qui en définit la durée et mentionne l'identité et la qualification du salarié concerné, ainsi que le mode de détermination des salaires, des charges sociales et des frais professionnels qui seront facturés à l'entreprise utilisatrice par l'entreprise prêteuse ; 3° Un avenant au contrat de travail, signé par le salarié, précisant le travail confié dans l'entreprise utilisatrice, les horaires et le lieu d'exécution du travail, ainsi que les caractéristiques particulières du poste de travail ».

b. *L'artifice du portage salarial*

123. **Une relation singulière** - De plus en plus sollicité par les acteurs du numérique, le portage salarial permet de lancer son activité en tant que freelance tout en continuant de bénéficier des avantages du salariat. Cette forme d'emploi est particulièrement adaptée au travail par missions, un mode de fonctionnement de plus en plus fréquent dans les métiers de conseil et liés au digital. Pratique d'origine anglo-saxonne⁵²⁰, la particularité du portage est que l'individu, qu'on appelle porté, vient proposer à un employeur de le salarier pour qu'il effectue une mission dont il a déjà négocié le contenu et le coût avec l'un de ses clients⁵²¹. Le portage salarial permet ainsi aux cadres souhaitant développer une activité autonome sans avoir à gérer les contraintes administratives de bénéficier des protections du salariat, et aux entreprises qui y font appel de ne pas prendre de risque en matière de prêt illicite de main d'œuvre⁵²². Le portage salarial se singularise en tant que « technique d'organisation de l'emploi permettant à un professionnel autonome, par le biais d'une structure intermédiaire, d'effectuer des prestations de travail auprès de clients qu'il a lui-même démarchés, sous statut de salarié plutôt que sous statut de travailleur indépendant »⁵²³.

124. **Les contradictions du portage salarial** - Défini par l'article L. 1254-1 du Code du travail, le portage salarial correspond à un besoin social permettant la création d'activité à son compte, tout en bénéficiant du statut de salarié. Ce qui relevait du paradoxe est ainsi rendu possible. Qualifier de contrat de travail la relation conclue dans le cadre du portage salarial oblige néanmoins à s'interroger sur l'objet de ce contrat et la nature des obligations qui en résultent. Le portage salarial remet en cause le lien de subordination comme critère du contrat de travail. En effet, malgré les efforts du législateur, le portage salarial détourne le contrat de travail de sa finalité. On ne peut pas considérer l'accès à la protection sociale du salariat comme l'objet du contrat de travail⁵²⁴. Or la subordination est loin d'être évidente. « La singularité revendiquée du portage est l'autonomie du porté dans la prospection et la négociation commerciales de

⁵²⁰ C. Lenoir et F. Schechter, *L'avenir et les voies de régulation du portage salarial*, Inspection générale des affaires sociales, 2011, p. 3.

⁵²¹ C. Cotto, *Exposé sur le portage salarial*, http://www.aapds.com/base%20documentaire.htm?_P_np=2, consulté le 30 septembre 2013.

⁵²² C. Willmann, « Le portage salarial, ce mal-aimé », *Droit social*, 2015, p. 416.

⁵²³ L. Casaux-Labrunée, « Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ? », *Dr. soc.*, 2007, p. 58.

⁵²⁴ *Cass. soc.*, 19 déc. 2000, pourvoi n°98-40.572, *Bull. civ.*, V, n°437, *op. cit.*

ses contrats »⁵²⁵. Le salarié porté doit ainsi « justifier d'une expertise, d'une qualification et d'une autonomie qui lui permet de rechercher lui-même ses clients et de convenir avec eux des conditions d'exécution de sa prestation et de son prix »⁵²⁶. Comme le souligne le rapport de l'Inspection générale des affaires sociales : pour renforcer son rôle commercial auprès de sa clientèle et rester l'interlocuteur privilégié, le consultant sera le plus souvent délégué par la société de portage pour présenter le contrat à la signature du client. L'intervenant prospecte sa propre clientèle et négocie les termes de son intervention (contenu, planning, conditions financières...). Dans les faits il agit donc comme le véritable cocontractant⁵²⁷. Alors que depuis 2010⁵²⁸, les sociétés de portage salarial ne doivent plus faire figurer dans le contrat de travail les liant aux portés une clause prévoyant que le collaborateur recherche ses missions et les exécute dans le respect des règles en vigueur dans son domaine d'activité, l'ordonnance du 2 avril 2015 passe sous silence cette solution. Elle retient le principe selon lequel l'entreprise de portage n'est pas tenue de fournir du travail au salarié porté⁵²⁹. La conclusion d'un contrat de travail emporte pour l'employeur obligation de fourniture du travail. Dès lors, ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement d'un salarié, employé dans le cadre d'un portage salarial, le fait qu'il soit resté sans travail à l'issue de sa dernière mission, sans en avoir trouvé de nouvelles⁵³⁰. En définitive, sauf à redéfinir la subordination, l'autonomie du porté devrait conduire à trouver un autre support contractuel adapté à la fois aux contraintes de l'ordre public social et aux besoins des acteurs économiques. Symétriquement à ces statuts hybrides dans lesquels une personne est salariée d'une structure tout en menant une activité autonome, il existe des configurations dans lesquelles une personne a le statut d'indépendant alors même qu'elle exerce son activité dans un cadre parfois relativement contraint. Ces configurations ne sont pas nouvelles, mais semblent se développer à travers le régime de l'auto-entrepreneuriat⁵³¹.

⁵²⁵ C. Lenoir et F. Schechter, *L'avenir et les voies de régulation du portage salarial*, *op. cit.*, p. 10.

⁵²⁶ C. trav. art. L. 1254-2.

⁵²⁷ C. Lenoir et F. Schechter, *L'avenir et les voies de régulation du portage salarial*, *op. cit.*, p. 11.

⁵²⁸ *Cass. soc.*, 17 fév. 2010, pourvoi n°08-45.298, *Bull. civ.*, V, n°41.

⁵²⁹ C. Willmann, « Le portage salarial, ce mal-aimé », *op. cit.*, p. 416.

⁵³⁰ *Cass. soc.*, 4 fév. 2015, pourvoi n°13-25.627, *en cours de publication*.

⁵³¹ FRANCE, Conseil d'orientation pour l'emploi, *L'évolution des formes d'emploi*, *op. cit.*, p. 73.

2) *La prestation indépendante*

125. **Les nouveaux indépendants** - La véritable particularité de l'arrivée massive des technologies mobiles de l'information et de la communication se manifeste par une « délocalisation de l'emploi »⁵³². Lorsque l'activité le permet, ce dernier sera parfois effectué en dehors de l'entreprise par le salarié, dans d'autres cas, il sera externalisé sur une autre structure. La formule relance le débat du statut du salarié et de l'indépendant. Demain tous entrepreneurs ? « La proclamation n'est pas sans rappeler celle du rapporteur d'Allarde à la Constituante en 1791, affirmant la propriété inaliénable de chacun sur son travail et la liberté d'entreprendre »⁵³³. Après des décennies de recul, le nombre de personnes dont l'emploi principal correspond à une activité non salariée a cessé de diminuer en France depuis le début des années 2000. Il progresse même depuis le milieu de la décennie, selon l'Institut National des Statistiques et des Études Économiques⁵³⁴. Ce renouveau du travail non salarié s'inscrit dans une tendance à la diversification des formes d'emploi qui s'est traduite par l'apparition dans la période récente de plusieurs modèles se situant à la frontière du salariat et du non-salariat⁵³⁵.

126. **L'auto-entrepreneuriat** - Le premier facteur de cette évolution profonde est la crise économique qui a amené les citoyens à rechercher de nouveaux revenus pour compenser la hausse des impôts et la stagnation des salaires et des pensions de retraite. Chacun a pu rapidement mesurer qu'il possédait un capital et des compétences susceptibles d'être monnayés. C'est ici qu'internet entre en jeu avec des sites facilitant justement la rencontre de l'offre et de la demande⁵³⁶. Le statut d'auto-entrepreneur s'inscrit dans cette tendance. Ce régime a été créé par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, avec pour objectif à la fois de simplifier la création et le développement d'entreprises et de favoriser l'exercice d'une activité indépendante pouvant « s'inscrire dans un cadre cumulatif ou alternatif avec un autre emploi », cette innovation était présente dès la lettre de mission d'Hervé Novelli à François Hurel⁵³⁷. Les auto-entrepreneurs sont a priori proches des créateurs d'entreprises « classiques » par leurs caractéristiques, mais ils tirent de leur activité un revenu très inférieur

⁵³² S. Darmaïn, « L'ordinateur, l'employeur et le salarié », *op. cit.*, p. 580.

⁵³³ N. Levratto et É. Serverin, « Être entrepreneur de soi-même après la loi du 4 août 2008 », *op. cit.*, p. 334.

⁵³⁴ L. Omalek et L. Rioux, *Panorama de l'emploi et des revenus des non-salariés*, Insee Références, coll. « Emploi et revenus des indépendants », 2015, p. 13.

⁵³⁵ Portage salarial, ou dépendance économique de certains non-salariés envers un donneur d'ordre unique.

⁵³⁶ T. Massart, « Ubérisation de la société et droit fiscal », *Hebdo édition fiscale*, n° 623, 3 septembre 2015, p. 7.

⁵³⁷ F. Hurel, *En faveur d'une meilleure reconnaissance du travail indépendant*, 2008.

notamment en raison du plafonnement du chiffre d'affaire⁵³⁸. Au bout de trois ans d'activité en statut d'auto-entrepreneur, 10% d'entre eux parviennent à dégager un salaire supérieur au SMIC. Mais toujours selon l'INSEE, le tiers des entrées en statut d'auto-entrepreneur se ferait dans la perspective d'un complément de revenu au travail salarié⁵³⁹. L'auto-entrepreneuriat, qui allège les formalités de création d'entreprise et permet de ne payer des cotisations sociales que si l'activité génère un chiffre d'affaires positif, connaît un réel succès depuis sa création, qui a provoqué un afflux de non-salariés d'un genre nouveau. Mais ce succès est pour partie subie, conséquence d'un chômage massif (self employment)⁵⁴⁰. Compte tenu de ses limites dans l'action et des moyens posés par la loi, l'auto-entrepreneur peut-il être considéré comme un entrepreneur comme les autres ? L'auto-entrepreneur est a priori indépendant⁵⁴¹. Le contrat de mission de l'auto-entrepreneur est un contrat d'entreprise (ou louage d'ouvrage), tel que défini par l'article 1710 du Code civil : « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ». N'ayant pas de contrat de travail, il ne bénéficie pas de la protection du droit du travail. La présomption d'indépendance n'est toutefois pas irréfragable et est susceptible de lourds contentieux avec l'*Urssaf* du fait de la malléabilité de la technique juridique face aux évolutions technologiques. L'activité d'auto-entrepreneur n'a pas eu le temps de donner lieu à beaucoup de contentieux devant la chambre sociale de la Cour de cassation. Aussi, les quelques arrêts rendus méritent attention. Pour la première fois, dans un arrêt du 6 mai 2015⁵⁴², la Cour de cassation estime que la relation entre un auto-entrepreneur et une société, par laquelle la seconde confie une mission à caractère commercial au premier, masque, en réalité, une relation salariale en raison de l'existence d'un lien de subordination dans

⁵³⁸ CGI art. 293 B. : 82.200€ par an pour les activités commerciales, 32.900€ pour les activités libérales ou de prestation de services.

⁵³⁹ J. Domens et J. Pignier, « Au bout de trois ans, 90 % des auto-entrepreneurs dégagent un revenu inférieur au Smic au titre de leur activité non salariée », *Insee Première*, n° 1414, septembre 2012, p. 2.

⁵⁴⁰ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, op. cit., p. 25.

⁵⁴¹ Aux termes des articles L. 8221-6 du Code du travail et L. 311-11 du Code de la sécurité sociale, les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès de l'*Urssaf* comme travailleurs non salariés, sont présumées ne pas être liées avec les donneurs d'ouvrages, par un contrat de travail, dans l'exécution de l'activité donnant lieu à cette immatriculation. Sont notamment visées les personnes bénéficiant du régime optionnel de prélèvements forfaitaires libératoires des charges sociales personnelles, dit « micro-social ». L'article L. 8221-6-1 du Code du travail propose par ailleurs une définition générale du statut d'indépendant qui s'applique à la fois aux free lance et aux auto-entrepreneurs : « Est présumé travailleur indépendant celui dont les conditions de travail sont définies exclusivement par lui-même ou par le contrat les définissant avec son donneur d'ordre ».

⁵⁴² Dès lors que l'intéressé avait travaillé dans le respect d'un planning quotidien précis établi par la société Languedoc géothermie, qu'il était tenu d'assister à des entretiens individuels et à des réunions commerciales, que la société Languedoc géothermie lui avait assigné des objectifs de chiffre d'affaires annuel et qu'il lui était imposé, en des termes acerbes et critiques, de passer les ventes selon une procédure déterminée sous peine que celles-ci soient refusées, la cour d'appel n'avait pas tiré les conséquences de ses propres constatations. *Cass. soc.*, 6 mai 2015, pourvoi n°13-27.535, inédit.

l'accomplissement de cette mission⁵⁴³. En revanche, dans un arrêt du 20 octobre 2015, en l'absence d'indices suffisants de subordination, la qualification de salariat est écartée. À elle seule, l'utilisation des outils de travail de l'entreprise, en l'occurrence les véhicules de l'entreprise, ne suffit pas à caractériser une subordination au donneur d'ordre, critère du contrat de travail dès lors que l'auto-entrepreneur « restait libre d'effectuer les courses proposées par ce dernier, voire de travailler avec d'autres donneurs d'ordre s'il le souhaitait, qu'il exécutait ses prestations comme bon lui semblait, notamment en ce qui concerne ses horaires, qu'il avait lui-même fixé le taux horaire de ses prestations »⁵⁴⁴.

127. **Présomption simple** - Sous un prisme prospectif, Uber se révèle être un laboratoire intéressant des « tâcherons 2.0 », dont les chauffeurs ne sont qu'une espèce du genre. De plus en plus nombreux sont ceux qui, par le truchement d'une plate-forme numérique, se vendent à la tâche ou à la journée, sous le statut de « prestataire indépendant »⁵⁴⁵. La présomption d'indépendance n'est toutefois pas irréfragable. Le simple fait d'avoir une activité procurant un revenu autre qu'un salaire ne suffit pas à faire un entrepreneur⁵⁴⁶. Une réponse du 12 octobre 2010⁵⁴⁷ du secrétaire d'État chargé du commerce fait apparaître les limites du principe de présomption simple d'absence de contrat de travail, et les risques liés à la requalification du contrat de mission de l'auto-entrepreneur en contrat de travail. Si l'auto-entrepreneur ne remplit pas sa mission en toute indépendance et qu'un lien de subordination peut être établi entre lui-même et son client, la relation entre les parties peut être requalifiée en contrat de travail⁵⁴⁸. La Cour de cassation⁵⁴⁹ indique un ensemble d'éléments susceptibles de nourrir le faisceau d'indices utile à la requalification de la relation contractuelle en contrat de travail⁵⁵⁰. En l'espèce, les indices sont l'existence d'une période d'essai, d'une rémunération mensuelle en espèces et en nature mais aussi la durée du travail, l'accord nécessaire de l'employeur pour prendre des congés et l'existence de directives précises. En revanche, il importe peu que l'employeur soit régulièrement absent, que le travailleur soit inscrit au registre du commerce et des sociétés, qu'il ne soit soumis à aucun horaire et qu'il y

⁵⁴³ X. Delpech, « Contrat de travail : requalification du contrat de mission d'un auto-entrepreneur », *D.*, 2015, p. 1105.

⁵⁴⁴ *Cass. soc.*, 20 oct. 2015, pourvoi n°14-16.178, inédit.

⁵⁴⁵ L. Gamet, « UberPop (†) », *op. cit.*, p. 929.

⁵⁴⁶ N. Levratto et É. Serverin, « Être entrepreneur de soi-même après la loi du 4 août 2008 », *op. cit.*, p. 325.

⁵⁴⁷ Rép. min. Liebgott n° 76823, JO 12 octobre 2010, AN quest. p. 11146, <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-76823QE.htm>.

⁵⁴⁸ *Cass. soc.*, 13 nov. 1996, pourvoi n°94-13.187, *Bull. civ.*, V, n°386, *op. cit.*

⁵⁴⁹ *Cass. soc.*, 22 mars 2006, pourvoi n°05-42.346, *Bull. civ.*, V, n°119.

⁵⁵⁰ P. Lokiec et J. Porta, « Droit du travail : relations individuelles de travail », *D.*, 2016, p. 807.

ait une absence de pouvoir disciplinaire exercé par l'employeur. Ce qui importe est que le pouvoir disciplinaire soit susceptible d'être exercé et ce même s'il n'est pas concrétisé par une sanction⁵⁵¹. Cette requalification entraînera l'assujettissement au régime général.

128. **Chauffeurs Uber** - Les chauffeurs Uber sont-ils des indépendants ou de véritables salariés ? Après avoir stoppé une action collective en Californie et au Massachusetts en transigeant avec ses chauffeurs⁵⁵², Uber est rattrapée en France par l'Urssaf d'Ile-de-France⁵⁵³ qui lui réclame le paiement de cotisations sociales en raison du lien de subordination qui l'unit aux travailleurs (aujourd'hui) indépendants dont l'activité est réalisée, en pratique, par l'intermédiation de la plateforme, ce qui justifie, d'après l'organisme de sécurité sociale, la reconnaissance de contrats de travail⁵⁵⁴. Le cas d'Uber est un exemple symptomatique, qui a donné naissance à la fameuse « uberisation » de l'économie. Des entreprises entières se créent désormais avec comme business model de déléguer la réalisation du service à des « travailleurs indépendants », qui ne bénéficient pas de la protection attachée au statut de salarié. Alors que la société Uber a fait savoir qu'elle était prête à aller jusqu'à la Cour de cassation, il apparaît nécessaire de s'interroger sur la relation entre le donneur d'ordre et le prestataire indépendant.

129. **Risques de requalification** - La délimitation entre salariat et travail indépendant se pose de façon renouvelée avec le développement de l'auto-entrepreneuriat et le développement des plateformes numériques. Ainsi, l'ambiguïté est forte en ce qui concerne le lien de subordination entre les travailleurs et les plateformes. D'un point de vue économique, le travail dépendant est celui dont les profits du travail sont récoltés

⁵⁵¹ A. Lemette, *Les critères du contrat de travail*, Master Droit et pratique des relations de travail sous la direction de B. Teyssié, Université Panthéon-Assas Paris II, 2010, p. 35.

⁵⁵² Dans un billet de blog, le fondateur d'Uber Travis Kalanick explique que son entreprise a accepté de payer 84 millions de dollars aux plaignants, et 16 millions de dollars supplémentaires si l'entreprise réussit son entrée en bourse. Soit 100 millions de dollars au total. En outre, Uber accepte de financer dans chacun des deux états des associations de chauffeurs qu'elle rencontrera tous les trimestres, ce qui revient à organiser une forme de syndicalisation. T. Kalanick, *Growing and growing up*, <https://newsroom.uber.com/growing-and-growing-up/>, consulté le 23 juin 2016.

⁵⁵³ Selon le directeur de la Réglementation, du Recouvrement et du Service de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS), Jean-Marie Guerra, l'antenne locale de l'Urssaf a décidé de requalifier la nature du contrat qui lie Uber à ses chauffeurs de VTC. Elle juge que ces derniers ne sont pas des « travailleurs indépendants » comme le prétend leur statut officiel, mais bien des salariés qui doivent bénéficier d'une protection sociale, ce qui impose le versement de cotisations correspondantes. « C'est Uber qui recrute, qui forme, la commission est plafonnée, ils prennent un pourcentage dessus, la course n'est pas libre, les chauffeurs doivent rendre des comptes... Toute une série d'éléments montrent que le salarié travaille bien dans le cadre d'un service organisé par Uber pour le compte de l'ensemble des chauffeurs ». « Les chauffeurs Uber bientôt requalifiés en "salariés" ? », *Le Point*, 13/05/2016.

⁵⁵⁴ A. Martinon et L. Grégoire, « L'homo-ubericus est-il un salarié ? », *Les Cahiers Sociaux*, n° 286, juin 2016.

par un autre. Il s'agit du travail pour autrui. Le travail indépendant est un travail pour soi. Or le droit du travail et l'évolution du travail accordent aux salariés des formes d'appropriation du travail et une certaine indépendance. Ainsi, un salarié peut être relativement libre pour exécuter son travail et même prendre une part de risque à travers une rémunération au résultat⁵⁵⁵. Peut-on toujours différencier la subordination juridique de la simple dépendance économique d'une personne envers une autre ? La question essentielle est de savoir « si le travail est réalisé au profit d'autrui qui en porte le risque (notamment rémunération indépendamment de la valeur finale du travail), ou s'il est exécuté à son propre compte (quant bien même il est prédéterminé par des ordres du donneur d'ordre) »⁵⁵⁶. Il faut à la fois tenir compte de l'organisation du travail (les conditions d'exécution du travail) et de qui prend le risque car un indépendant qui prend le risque peut être dirigé dans son travail à travers les démarches qualifiées. S'agissant des plateformes, elles fournissent des services sans détenir les actifs traditionnellement nécessaires, immobilier dans un cas, véhicule dans l'autre, mais s'appuient sur les actifs détenus par des particuliers. Elles recourent également largement à des travailleurs indépendants ou des particuliers pour la fourniture des services. Ce modèle n'est pas nouveau, les chauffeurs de taxi sont ainsi très largement des indépendants, mais semble connaître un essor significatif. Ce qui est nouveau, c'est la distinction opérée par le rapport « La France du bon coin » entre les « serviables », des micro-entrepreneurs à temps plein qui valorisent la flexibilité du modèle, socialement et économiquement insérés, cherchant à optimiser leurs chiffres d'affaires en fonction de leur temps libre et les « contraints », des micro-entrepreneurs plus vulnérables dont l'activité s'inscrit principalement dans une logique de survie, qui ont recours à des places de marché peu contrôlées comme seule opportunité⁵⁵⁷. Il ne suffit pas de proclamer l'indépendance pour qu'elle advienne. Il y a travail déguisé lorsqu'une personne qui est salariée n'est pas considérée comme telle, dans le but de dissimuler sa véritable situation juridique et d'éviter certains coûts tels que les prélèvements fiscaux obligatoires et les cotisations de sécurité sociale. Cette pratique illégale peut résulter d'un recours impropre aux

⁵⁵⁵ C. Rey, « Travail à domicile, salarié ou indépendant. Incidence des nouvelles technologies de l'information et de la communication », *op. cit.*, p. 180.

⁵⁵⁶ M.-L. Morin, « Les figures du travail indépendant », *Syndicalisme et société*, n° 2, 1998, p. 299.

⁵⁵⁷ Les micro-entrepreneurs les plus contraints, économiquement ou juridiquement, s'inscrivent principalement dans une logique de survie. Les plateformes digitales représentent pour eux, dans une gamme assez restreinte, un moyen de trouver de nouvelles opportunités de travail. Sur les places de marché, ces personnes vulnérables sont cependant souvent soumises à des conditions tarifaires très dures. La maîtrise des modèles proposés par les places de marché peut s'avérer plus complexe pour les micro-entrepreneurs les plus fragiles qui, contrairement aux mieux insérés, n'ont pas de marge de manœuvre pour négocier les prix à la hausse. M. David, *La France du Bon Coin, le micro-entrepreneuriat à l'heure de l'économie collaborative*, Institut de l'entreprise, 2015, p. 37.

dispositions du droit civil ou commercial⁵⁵⁸. D'une part, l'exercice d'une activité indépendante accessoirement à une activité subordonnée érode singulièrement la prétendue liberté de l'entrepreneur. D'autre part, la situation de dépendance dans laquelle l'auto-entrepreneur peut se trouver par rapport à un client peut conduire à la requalification du contrat d'entreprise en contrat de travail, après renversement de la présomption de non-salariat. Une décision de la 2ème chambre civile de la Cour de cassation admet la reconnaissance de la qualité de salarié à plusieurs formateurs travaillant pour un organisme de formation sous le statut d'auto-entrepreneur⁵⁵⁹. Tout en précisant que cette présomption bénéficie aux personnes sous le statut d'auto-entrepreneur, la Cour précise qu'elle peut être détruite s'il est établi qu'elles fournissent directement ou par une personne interposée des prestations au donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci. Ce phénomène n'est encore une fois pas nouveau, la jurisprudence s'était déjà prononcée sur la requalification de contrats d'entreprise en contrats de travail⁵⁶⁰. La Cour de cassation admet que des sujétions périphériques (de lieu, d'horaires, obligation de rendre compte, etc.) affectant la prestation de travail d'un professionnel autonome (dans son aspect technique) suffisent à constituer un lien de subordination. Le droit du travail étant d'ordre public, la requalification par le juge en contrat de travail est ainsi automatique si un free-lance ou un auto-entrepreneur travaille au quotidien dans des « conditions de subordination » par rapport à son donneur d'ordre. « L'intéressé avait travaillé dans le respect d'un planning quotidien précis établi par la société, qu'il était tenu d'assister à des entretiens individuels et à des réunions commerciales, que la société lui avait assigné des objectifs de chiffre d'affaires annuel et qu'il lui était imposé, en des termes acerbes et critiques, de passer les ventes selon une procédure déterminée sous peine que celles-ci soient refusées »⁵⁶¹.

130. Les évolutions de la loi – Un risque persiste pour les personnes qui adhèrent au statut d'auto-entrepreneur en s'appuyant sur des plateformes numériques. Bien que

⁵⁵⁸ *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIème siècle*, Bruxelles, Commission des communautés européennes, 2006, p. 11.

⁵⁵⁹ *Cass. 2ème civ., 7 juil. 2016, pourvoi n°15-16.110, en cours de publication.*

⁵⁶⁰ Doit être assujéti au régime général de la sécurité sociale et considéré comme travaillant pour le compte et sous la subordination de la société qui l'employait, le chercheur qui, s'il bénéficiait d'une liberté inhérente à la nature de son activité, recevait de ladite société des instructions très précises quant aux sujets à traiter, était astreint à respecter des délais d'exécution, devait périodiquement faire un compte rendu de ses travaux, peu important que ces directives aient été données et que ce contrôle ait eu lieu sur sa demande, et qui percevait une rémunération, dont la qualification importait peu, laquelle était fixe et calculée à la vacation selon un tarif imposé par la société. *Cass. soc., 14 mars 1991, pourvoi n°88-20.374, Bull. civ., V, n°139.*

⁵⁶¹ *Cass. soc., 6 mai 2015, pourvoi n°13-27.535, inédit, op. cit.*

présentant de nombreux avantages pour exercer une activité indépendante, la protection sociale liée à ce statut est également réduite⁵⁶². Mais il convient aussi d'évaluer les conséquences de la requalification qui pourraient être lourdes en termes d'emplois. En effet, les plateformes numériques fondent leur modèle sur le recours aux indépendants, et calculent ainsi leurs marges en fonction des coûts liés à ce mode de collaboration. Vouloir les soumettre aux charges salariales et patronales revient à les condamner à disparaître et donc à détruire l'emploi. Sur son site internet, le MEDEF alerte les pouvoirs publics et considère que « l'erreur serait de vouloir faire rentrer ces nouveaux acteurs dans un modèle social à réinventer. Face aux risques en termes d'insécurité juridique, le MEDEF demande aux pouvoirs publics, en lien étroit avec l'Acoss, de prendre rapidement des mesures afin de sécuriser les entreprises au regard du risque de requalification sans alourdir le coût du travail »⁵⁶³. En attendant que la justice se prononce sur la situation des chauffeurs *Uber*, l'assujettissement de l'opérateur aux cotisations sociales et de son éventuelle responsabilité pénale pour travail dissimulé, le législateur tente lui aussi de s'emparer de la question. Afin de combler les brèches juridiques, un amendement⁵⁶⁴ au projet de loi travail⁵⁶⁵ élaborait un statut sur mesure pour les prestataires de services travaillant avec/pour une plateforme numérique en ligne, à la condition que cette dernière détermine les caractéristiques de la prestation de service fournie ou du bien vendu et en fixe le prix. Le législateur avait en effet pris soin d'indiquer, dans un article L. 7341-2, que « le travailleur mentionné à l'article L. 7341-1 ne peut être regardé comme ayant avec la plateforme un lien de subordination juridique caractéristique du contrat de travail lorsque les conditions suivantes sont réunies : 1° Il exerce une activité immatriculée au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux, à un registre des entreprises de transport ou auprès des unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales ; 2° Il définit librement ses horaires, ainsi que la durée et sa charge de travail ; 3° Il n'existe aucun lien d'exclusivité entre la plateforme et le travailleur. Pour l'application du présent article, il n'y a pas lieu de rechercher si la

⁵⁶² Il s'agit d'une différence de taille avec les personnes qui exercent des activités de petits services en complément d'une activité salariée, pour qui la question du modèle social ne se pose pas. Ces derniers profitent des deux systèmes : modèle social du régime salarié et exibilité du travail indépendant. M. David, *La France du Bon Coin, le micro-entrepreneuriat à l'heure de l'économie collaborative*, *op. cit.*, p. 39.

⁵⁶³ *Conflit Urssaf – Uber : une menace grave pour les nouvelles formes d'activité et d'emploi*, <http://www.medef.com/medef-tv/actualites/detail/article/conflit-urssaf-uber-une-menace-grave-pour-les-nouvelles-formes-dactivite-et-demploi-1.html>.

⁵⁶⁴ Assemblée Nationale, Commission des affaires économiques, « Amendement n°AS904, projet de loi pour l'avenir de la négociation collective, du travail et de l'emploi ».

⁵⁶⁵ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », *op. cit.* (JO n°0184, 9 août 2016).

plateforme contrôle l'exécution de la prestation ou peut exercer un pouvoir de sanction sur les travailleurs »⁵⁶⁶. Finalement la version finale du texte n'a pas retenu cette formulation et élude la question, elle se contente de modifier le livre III de la septième partie du code du travail II en ajoutant un titre IV ainsi rédigé : « travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique ». L'article L. 7341-1 nouveau précise que « le présent titre est applicable aux travailleurs indépendants recourant, pour l'exercice de leur activité professionnelle, à une ou plusieurs plateformes de mise en relation par voie électronique définies à l'article 242 bis du code général des impôts ». Par ailleurs, « lorsque la plateforme détermine les caractéristiques de la prestation de service fournie ou du bien vendu et fixe son prix, elle a, à l'égard des travailleurs concernés, une responsabilité sociale qui s'exerce dans les conditions prévues au présent chapitre »⁵⁶⁷. Les plateformes devront prendre en charge les cotisations en matière d'accident du travail et de formation, outre les frais liés à la validation des acquis de l'expérience (VAE). Seule condition, il faudra que le travailleur indépendant ait « une activité significative » sur le chiffre d'affaires de la plateforme. C'est un décret qui viendra déterminer ce seuil d'activité⁵⁶⁸.

131. **Conclusion** – La puissance des nouvelles technologies modifie l'équilibre du contrat de travail. Les TIC libèrent le salarié de l'unité de temps, de lieu et d'action, mais donnent aussi de meilleurs outils de surveillance. On assiste à un paradoxe. D'une part, l'état de subordination inhérent au contrat de travail s'avère, désormais, moins supportable pour des travailleurs dont le niveau de compétence technique et la liberté (spatiale ou temporelle) ne cessent d'augmenter. D'autre part, le marché du travail et l'affirmation personnelle, portés par les outils informatiques, favorisent pour une grande variété de travailleurs une évolution vers des formes de travail plus atypiques. « La question de la distinction entre travail indépendant et travail salarié présente des enjeux essentiels. En effet, en droit du travail, le salarié bénéficie d'un régime d'ordre public protecteur de ses intérêts (temps de travail, hygiène et sécurité, rémunération, transfert du contrat en cas de changement d'employeur, droit aux allocations chômage...) auquel le travailleur indépendant n'a en principe pas droit »⁵⁶⁹. L'accélération de la mobilité et du travail à distance favorise le développement de nouvelles conditions ou formes

⁵⁶⁶ A. Martinon et L. Grégoire, « L'homo-ubericus est-il un salarié ? », *op. cit.*

⁵⁶⁷ C. trav. art. L. 7342-1, nouveau.

⁵⁶⁸ C. trav. art. L. 7342-4, nouveau.

⁵⁶⁹ M. Zylberberg, « La distinction travail indépendant / salariat - Etat de la jurisprudence », *Bulletin du droit du travail*, 2008, coll. « Les éditions des journaux officiels », p. 3.

d'emplois : les télétravailleurs, les auto-entrepreneurs, les contributeurs indépendants (et les amateurs⁵⁷⁰) connectés sur des plateformes numériques⁵⁷¹. La controverse relative à l'«ubérisation de la société » peut alors se déplacer à la fois sur des questions d'équité juridique entre les régimes applicables aux amateurs et aux professionnels, et entre les différents régimes propres aux indépendants et aux salariés⁵⁷². « Il n'est donc pas surprenant de constater que des glissements commencent à s'opérer, des activités salariées vers des activités non salariées, notamment sous l'influence du législateur, qui a compris que le rééquilibrage nécessaire passait par une meilleure protection des non-salariés et par une harmonisation des statuts juridiques, sociaux ou fiscaux »⁵⁷³. Toutefois, les réformes restent timides tant la tâche s'avère radicale.

II. La subordination sous d'autres formes

132. **La fin du salariat** - « Alors qu'avant, constance et continuité étaient considérées comme les caractéristiques aussi naturelles qu'incontournables du rapport au travail, (...) l'emploi est dorénavant conçu et organisé de la façon la plus précaire qu'il soit »⁵⁷⁴. Après la « fin du travail » prédite par Jeremy Rifkin⁵⁷⁵, assisterions-nous aujourd'hui à la « fin du salariat » ? Sans forcément aboutir à un tel résultat, comment offrir aux travailleurs une meilleure protection en préservant leur statut ? Enfin, comment assurer une coexistence harmonieuse et consentie entre personnes salariées et professions indépendantes ? Si l'on admet que le droit du travail a déjà connu plusieurs âges, et qu'il ne doit pas être identifié à la seule ère industrielle, alors des perspectives nouvelles s'ouvrent à lui pour s'adapter au temps présent. « Temps présent qui, loin d'être homogène, sédimente des formes exacerbées de la subordination industrielle à l'ancienne (notamment dans les secteurs exposés à la concurrence de la main d'œuvre

⁵⁷⁰ Les règles de la consommation et du commerce qui attribuent des responsabilités et des obligations supérieures aux professionnels. Ainsi le droit français regarde un acteur comme un professionnel lorsqu'il réalise une activité lucrative de manière habituelle et récurrente. Les tentatives de dissimulation font ainsi encourir aux professionnels des risques de sanctions : redressement fiscal, charges sociales, etc. FRANCE et Conseil national du numérique, *Travail, emploi, numérique : les nouvelles trajectoires*, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁷¹ M.-J. Kotlicki, *Les nouveaux rapports industrie/services à l'ère du numérique*, Conseil économiques social et environnemental, 2015, p. 27.

⁵⁷² T. Massart, « Ubérisation de la société et droit fiscal », *op. cit.*, p. 7.

⁵⁷³ A.-C. Alibert, *Les Cadres quasi-indépendants*, *op. cit.*, p. 367.

⁵⁷⁴ S. Simitis, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », *op. cit.*, p. 656.

⁵⁷⁵ J. Rifkin, *La troisième révolution industrielle : comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, traduit par Françoise CHEMLA et traduit par Paul CHEMLA, Paris, LLL, les liens qui libèrent, 2012.

des pays du sud) et des formes nouvelles d'organisation du travail, dans lesquelles ce type de subordination régresse »⁵⁷⁶.

133. **Triomphe du Web Social** - L'affaiblissement de la subordination verticale ne marque pas l'avènement du travailleur libre, mais celui d'un travailleur intégré dans un ordre nouveau. La nouvelle économie d'Internet consacre en effet une double rupture. Sur le plan technologique, les avancées les plus significatives touchent l'interfaçage « qui conduit à oublier l'interaction homme / machine, et à orienter le web vers une utilisation de type homme / homme, via la machine ». Sur le plan économique, « le web 2.0 est la volonté plus ou moins affichée, mais toujours présente de profiter de l'utilisateur pour améliorer le service, de mettre l'utilisateur entendu comme un collectif au service de l'application ou du programme »⁵⁷⁷. Les situations d'emploi dans les domaines concernés par les TIC sont ainsi marquées par des nouveaux rapports à l'organisation comme la mise à disposition du personnel, le portage salariale, l'externalisation, le suivi à distance du travail par le client, etc.

134. **Paupérisation du système social** - Face au développement de la mobilité et aux nouvelles formes d'emplois, il convient de penser à une nouvelle articulation entre la protection sociale des salariés et les contributeurs indépendants du numérique. Parmi les risques de la révolution numérique, les gains de productivité pourrait paradoxalement conduire à une paupérisation du système social, voire économique. Pour éviter cette situation, il convient de réfléchir aux processus de création mais aussi de captation de la valeur ajoutée⁵⁷⁸. Plusieurs manières peuvent être envisagées pour reconsidérer la place respective du droit du travail, du droit civil, du droit commercial en matière d'activité professionnelle. La plus simple est de le penser en termes de frontières à déplacer d'un côté ou d'un autre (A). Une autre est de s'interroger sur la zone floue qui sépare le salariat de l'indépendance (B). Une dernière, est de réfléchir à la protection individuelle des « entrepreneurs collaboratifs »⁵⁷⁹ et à l'équilibre des régimes de protection sociale (C).

⁵⁷⁶ FRANCE, Ministère des affaires sociales du travail et de la solidarité, J.-P. Chauchard et A.-C. Hardy-Dubernet, *La subordination dans le travail*, op. cit., p. 8.

⁵⁷⁷ J. Tillinac, « Le web 2.0 ou l'avènement du client ouvrier », *Quaderni*, vol. 60, n° 1, 2006, p. 19.

⁵⁷⁸ M.-J. Kotlicki, *Les nouveaux rapports industrie/services à l'ère du numérique*, op. cit., p. 43.

⁵⁷⁹ B. Serizay, « Quel statut pour les entrepreneurs collaboratifs ? », *JCP S*, n° 40, 11 octobre 2016, p. 2.

A. La subordination informatique : des indépendants dirigés

135. **Une forme altérée de salariat** - Le but de l'organisation collaborative ou numérique, par rapport à l'entreprise industrielle n'a pas changée, il s'agit toujours de fabriquer certains produits ou de fournir des services déterminés mais l'organisation y parvient désormais par l'intégration et la coordination de prestations qui sont extériorisées⁵⁸⁰. L'externalisation des services de l'entreprise n'est pas un phénomène nouveau. Ce qui l'est, grâce à l'ordinateur, c'est la possibilité d'externaliser des services qui n'étaient pas concernés jusque là par ce phénomène. Une telle pratique n'est pas sans soulever plusieurs interrogations dont celle du contrat de travail. « Allons-nous vers la restauration du salariat sous une forme plus ou moins altérée, un néo-salariat déguisé en travail indépendant ? A contre-courant des discours apparemment progressistes, n'assisterait-on pas à une adaptation des institutions destinées à rendre le capitalisme de plateformes supportable pour la multitude et, par conséquent, d'assurer sa pérennité ? »⁵⁸¹.

136. **Cohabitation des formes de travail** - « La flexibilité du lien de subordination est liée au développement de l'externalisation et au remplacement de contrats de travail par des contrats commerciaux, à travers des mesures comme le recours aux agences de travail temporaire, les contrats de sous-traitant indépendant. Elle recouvre aussi des formes atypiques de subordination, comme le travail pour un groupement d'employeurs ou le travail avec détachement chez un tiers »⁵⁸². Il y a dissociation progressive des frontières organisationnelles et juridiques. A travers elles « se pose la question de la pertinence du cadre réglementaire actuellement en vigueur »⁵⁸³. Le Code du travail risque, à son tour, d'être « ubérisé », avec une partie du travail, de plus en plus importante qui s'organise en dehors de lui (1), s'il ne prend pas mieux en compte les différentes situations de travail qui se développent en complément ou à côté du salariat⁵⁸⁴. Le débat est aujourd'hui ouvert sur l'opportunité d'un élargissement du critère de la subordination (2).

⁵⁸⁰ S. Simitis, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », *op. cit.*, p. 658.

⁵⁸¹ *La crise du salariat aura-t-elle lieu ?*, <http://www.latribune.fr/opinions/tribunes/la-crise-du-salariat-aura-t-elle-lieu-514281.html>, consulté le 20 octobre 2015.

⁵⁸² P. Vendramin et G. Valenduc, *Technologies de l'information et de la communication, emploi et qualité du travail*, Ministère fédéral de l'Emploi et du Travail, 2002, p. 42.

⁵⁸³ F. Pichault, B. Rorive et M. Zune, *Etude « TIC et métiers en émergence »*, *op. cit.*, p. 178.

⁵⁸⁴ La France est déjà le deuxième marché mondial d'Airbnb, le géant américain de location temporaire entre particuliers. Paris est aussi la deuxième ville en Europe pour Uber. *Les Français adhèrent de plus en plus à l'économie du partage*,

1) *Le retour des journaliers*

137. **Le néo-salariat** - « L'idée d'une opposition entre le droit du travail et l'emploi tend à récupérer le contrat de travail comme espace d'autonomie privée et, par là, l'asymétrie entre salarié et patron. L'emphase posée sur la flexibilité comme liberté de choix n'est que la traduction des rapports de force sur le marché du travail. Dans cette vision de re-mercantilisation de la relation de travail, la flexibilité est conçue de façon unilatérale dans l'intérêt de l'entreprise, ne concernant pas les « bonnes flexibilités » utilisées par les salariés pour leurs exigences de vie - formation, conciliation, congés, horaires flexibles, télétravail : ces flexibilités dans l'intérêt du salarié n'ont aucune possibilité d'être utilisées par les nouveaux salariés précaires »⁵⁸⁵. Le néo-salariat, est un système fondé sur la forte dépendance économique et le lien de subordination plus ou moins insidieux entre les détenteurs de capitaux et les travailleurs. La différence avec le salariat classique, c'est qu'il se situe *a priori* hors du contrat de travail et donc du droit du travail. Par conséquent, l'équilibre de rapports de force inscrit dans la loi ne s'y appliquerait plus : les travailleurs supportent des risques auparavant pris en charge par l'employeur et / ou la société (baisse d'activité, maladie, retraite, chômage).

138. **Le travailleur économiquement dépendant** - Le rapport de messieurs Antonmattéi et Sciberras⁵⁸⁶, réalisé à la demande du ministère du travail, définit le travailleur économiquement dépendant comme répondant à plusieurs caractéristiques : appartenance à la catégorie des travailleurs indépendants, exercice solitaire d'une activité, perception d'au moins 50% de ses revenus d'un seul donneur d'ordres, exécution d'une prestation dans le cadre d'une organisation productive dépendante de l'activité de son donneur d'ordres. D'un point de vue juridique, les travailleurs économiquement dépendants sont des travailleurs indépendants. La caractéristique essentielle de ces travailleurs réside dans le fait qu'ils s'assimilent en principe à des travailleurs indépendants dans la mesure où ils travaillent à leurs risques et périls et ne sont pas subordonnés à un employeur. Dans le même temps, ils sont « économiquement dépendants » en ce sens qu'ils dépendent plus ou moins exclusivement d'une seule

<http://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2015/07/12/32001-20150712ARTFIG00145-les-francais-adherent-de-plus-en-plus-a-l-economie-du-partage.php>, consulté le 28 octobre 2015.

⁵⁸⁵ P. Lokiec et S. Robin-Olivier, « Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi », *RDT*, 2006, p. 46.

⁵⁸⁶ P.-H. Antonmattéi et J.-C. Sciberras, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Ministère du travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, 2008, p. 9- 12.

entreprise cliente. « La notion de « travail économiquement dépendant » couvre des situations qui ne relèvent ni de la notion bien établie de travail salarié, ni de celle de travail indépendant. Cette catégorie de travailleurs ne dispose pas de contrat de travail. Ils peuvent ne pas tomber sous le coup de la législation du travail, parce qu'ils occupent une « zone grise » entre le droit du travail et le droit commercial. Quoique formellement « indépendants », ils restent économiquement dépendants d'un seul commettant ou client/employeur pour la provenance de leurs revenus. Ce phénomène devrait être clairement distingué de l'utilisation, délibérément fautive, de la qualification de travail indépendant »⁵⁸⁷.

139. **Une nouvelle économie** - « Les processus physiques de l'économie sont entrés dans l'économie numérique » dans un dialogue constant entre plusieurs serveurs et de multiples agents intelligents, assurant toutes les connexions de retour avec les processus et les humains de l'économie physique. Cette économie est « vaste, silencieuse, reliée, invisible et autonome (ce qui signifie que les êtres humains peuvent la concevoir, mais qu'ils ne sont pas directement impliqués dans son exécution). Son exécution est distante et mondiale, toujours active et infiniment configurable. (...) Elle s'autoconfigure, ce qui signifie qu'elle se reconfigure elle-même en permanence et à la volée, et, également, s'auto-organise, s'auto-architecture et s'auto-guérit »⁵⁸⁸. Dans cette économie, un certain nombre d'entrepreneurs ne sont donc pas des entrepreneurs mais des « passe-plats » : comment peut-on prétendre faire du commerce quand on ne dispose d'aucune autonomie réelle ?

140. **Le contrôle indirect du salarié - L'autonomie vis-à-vis de l'ordinateur** – Quand on travaille en interface avec un ordinateur est-on vraiment autonome ? Loin de disparaître, la subordination devient plus contraignante sous de nouveaux visages⁵⁸⁹. Pour appréhender la complexité, l'ordinateur assiste le travailleur, mais cette assistance n'est pas unilatérale. Les technologies permettent « d'exercer un contrôle par les interdépendances créées par la technologie ou par les interactions avec les pairs ou les

⁵⁸⁷ *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIème siècle*, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁸⁸ H. Guillaud, *La deuxième économie*, <http://www.internetactu.net/2011/10/19/la-deuxieme-economie/>, consulté le 21 octobre 2015.

⁵⁸⁹ A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*, p. 131.

clients médiatisées par la technologie »⁵⁹⁰. Il s'agit à la fois d'un contrôle indirect et hors hiérarchie du travail des travailleurs exercé par les pairs ou les clients, d'un contrôle à posteriori des résultats exercé par le donneur d'ordres.

141. **La subordination au réseau** - « La force obligatoire des contrats est à la base même de la vie en communauté ; de tout temps on a considéré que le respect dû à la parole donnée est un des axiomes fondamentaux, qui issus du Droit naturel, ont passé dans toutes les législations »⁵⁹¹. Cette affirmation du civiliste français Josserand s'inscrit dans une longue tradition, qui attribue à l'adage *Pacta sunt servanda*⁵⁹² la valeur d'un dogme s'imposant à toute société ordonnée. Or « la subordination librement consentie est en perte de vitesse, car la subordination ne suffit plus à satisfaire les besoins des institutions qui rejettent le modèle pyramidal pour la structure en réseau », « le réseau n'a que faire de la simple obéissance aux ordres »⁵⁹³.

142. **Précarisation au nom de l'emploi** - Le défi posé au droit du travail de servir à la croissance de l'emploi n'est vu qu'en termes de possibilités de déroger à son statut protecteur. « L'idée sous-jacente de promotion de l'emploi est particulièrement bien illustrée par le nouveau contrat d'insertion, destiné aux salariés à risque d'exclusion (femmes, jeunes, handicapés, chômeurs de longue durée) : leur emploi à durée déterminée est favorisé par un recrutement en deçà des conventions collectives, en dérogation au principe d'égalité de traitement (ajoutant des désavantages à ce qui était à l'origine une situation de désavantage) »⁵⁹⁴. C'est la même logique qui guide aujourd'hui des milliers de chômeurs vers l'auto-entrepreneuriat. Les personnes au chômage sont encouragées à devenir auto-entrepreneurs par le maintien d'un certain niveau de leurs indemnités ou par des aides à la création d'entreprise⁵⁹⁵.

⁵⁹⁰ Romain Chevallet et Frédéric Moatty, Impacts des TIC sur les rythmes, l'autonomie et le contrôle du travail in FRANCE, T. Klein, D. Ratier, Centre d'analyse stratégique et Direction générale du travail, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, La Documentation Française, 2012, p. 92.

⁵⁹¹ L. Josserand, « Le contrat dirigé », *Recueil hebdomadaire Dalloz*, n° 32, 1933, p. 89.

⁵⁹² Les conversations doivent être respectées.

⁵⁹³ A. Supiot, *Homo juridicus*, *op. cit.*, p. 170.

⁵⁹⁴ P. Lokiec et S. Robin-Olivier, « Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi », *op. cit.*, p. 46.

⁵⁹⁵ Afin de faciliter leur reprise d'activité, les bénéficiaires de l'Allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE) peuvent utiliser leurs allocations sous forme d'aides accordées en fonction de leur situation particulière. Les trois dispositifs prévus à cet effet concernent l'Aide à la reprise ou à la création d'entreprise (ARCE) sous forme d'un capital versé en deux fois, la possibilité de cumuler, sous certaines conditions, l'allocation de retour à l'emploi avec une rémunération, et, enfin, l'Aide différentielle au reclassement (ADR) en cas de reprise d'activité moins rémunérée que la précédente. *Créateur ou repreneur d'entreprise : cumul allocations / revenus*, <http://www.unedic.org/article/createur-ou-repreneur-d-entreprise-cumul-allocations-revenus>, consulté le 11 mars 2015.

143. **Le temps des journaliers** - À l'heure de l'émergence de l'économie collaborative, la distinction entre salariés et travailleurs indépendants est encore plus malaisée à faire. En effet, elle amoindrit tous les critères de la relation de travail. Le « crowdsourcing » se définit comme un processus visant à permettre l'approvisionnement en informations par le plus grand nombre. Qualifié en France de processus d'externalisation ouverte, il est au cœur des projets d'élaboration participative en ligne tels que l'encyclopédie *Wikipedia*. Le « crowdsourcing » est par exemple de plus en plus utilisé pour faire des enquêtes terrain⁵⁹⁶. Pour chaque mission effectuée, la personne est rémunérée. L'application *Mobeye* propose par exemple aux entreprises de rémunérer le consommateur pour réaliser des relevés de linéaires et vérifier l'application de prix ou de promotions. Chaque visite en magasin coûte à l'entreprise entre 10 et 20 euros, selon la quantité d'informations demandée⁵⁹⁷. Juridiquement, l'entreprise achète au fournisseur de service une étude de marché, ce qui, en apparence, est totalement extérieur au droit du travail. Mais le fournisseur pourrait avoir des problèmes juridiques pour travail dissimilé s'il est trop « directif » dans les missions, un élément qui peut affecter la capacité de l'entreprise utilisatrice à obtenir les informations qu'elle souhaite. Face à ces évolutions, certains, comme Olivier Ertzscheid, voient des bouleversements plus profonds : « Comme me le faisait remarquer quelqu'un sur *Twitter*, nous voilà revenus au temps des journaliers, ces travailleurs pauvres qui faisaient la queue le matin pour avoir un travail pour la journée. Sauf que là, ils feront la queue derrière les notifications de leur smartphone »⁵⁹⁸.

144. **Le chauffeur Uber, un salarié qui s'ignore ?** Une autre plateforme, « *Uber* » revendique de n'être qu'une plateforme technologique mettant en relation des chauffeurs professionnels indépendants avec des passagers via un téléphone portable⁵⁹⁹. « Vous conduisez quand vous le souhaitez, sans aucune contrainte, de façon libre et flexible. Vous pouvez choisir de faire votre propre emploi du temps. L'inscription est très simple

⁵⁹⁶ Le principe est simple, une personne lambda télécharge une application sur son mobile qui lui propose des missions à réaliser près de chez lui.

⁵⁹⁷ *Crowdsourcing : 4 solutions pour démultiplier les actions*, <http://business.lesechos.fr/directions-marketing/marketing/innovation-produit/021410074381-quatre-solutions-pour-demultiplier-les-actions-204055.php>, consulté le 3 novembre 2015.

⁵⁹⁸ O. Ertzscheid, *Les Coolies de la pop économie. Quand les humains travailleront pour les algorithmes.*, http://affordance.typepad.com/mon_weblog/2015/06/les-coolies-de-la-pop-economie.html, consulté le 27 octobre 2015.

⁵⁹⁹ Le Conseil constitutionnel a décidé mardi 22 septembre de confirmer l'illégalité d'Uberpop en France prévu par l'article L. 3124-13 du code des transports. Ce second service mettait en relation des particuliers qui s'improvisaient taxis et avait provoqué la colère des chauffeurs de taxi. « Transport routier de personnes (modèle « Uber pop ») : constitutionnalité de l'interdiction », *Dalloz*, 2015, p. 1892.

et vous commencerez à gagner de l'argent immédiatement »⁶⁰⁰. *Uber* ne bouscule pas seulement le monde du transport. L'application redéfinit aussi toute la relation employeur-employé. De Madrid à La Haye, des plaintes, provenant de taxis ou de conducteurs se multiplient. Symboliquement, c'est à San Francisco, lieu de création d'*Uber*, que le débat entre la plateforme technologique, se revendiquant « neutre », et des chauffeurs « indépendants », mais très contrôlés, est lancé (mais encore loin d'être définitivement tranché)⁶⁰¹. *A priori* les chauffeurs ne sont pas des salariés, on peut relever l'absence de lieu de travail (le service ne fixe aucune clause géographique), l'absence d'emploi du temps (les chauffeurs choisissent eux mêmes quand ils souhaitent travailler), enfin la voiture appartient au chauffeur. Mais la société impose un certain nombre de clauses qui peuvent s'assimiler à des directives, comme les licences et quel genre de voiture vous pouvez conduire, ainsi que la capacité de mettre fin à leur contrat en cas d'insatisfaction des clients de l'application⁶⁰². Un conducteur de voiture de tourisme avec chauffeur (VTC) a saisi en octobre 2015 le conseil des prud'hommes de Paris pour réclamer une requalification de son contrat de partenariat avec *Uber* en contrat de travail. Son avocat veut prouver devant cette juridiction qu'il y a bien « un lien de subordination » entre les chauffeurs et la plateforme de réservation *Uber*⁶⁰³. Parallèlement, le conflit ouvert entre l'*Urssaf* et *Uber* illustre que les nouvelles activités ont un fort impact sur notre modèle social qui repose essentiellement sur le salariat⁶⁰⁴. Des procédures qui font écho au recours en nom collectif qui a lieu en Californie au nom des 160 000 chauffeurs répertoriés dans cet état⁶⁰⁵ et qui s'est finalement réglée par une transaction à l'amiable⁶⁰⁶. La requalification des contrats conduirait la société à revoir son modèle économique puisqu'elle devrait embaucher ses chauffeurs à temps plein alors qu'ils ont la liberté de travailler quand ils le souhaitent. Cela ruinerait l'attrait du service, pas seulement pour *Uber* ou ses clients mais pour les conducteurs eux-mêmes.

⁶⁰⁰ O. Robillart, *Uber, Amazon : de l'emploi mais un risque sur les conditions de travail ?*, <http://pro.clubic.com/emploi-informatique.clubic.com/article-783586-1-uber-amazon-destruction-emplois-mettling-ugict.html>, consulté le 3 novembre 2015.

⁶⁰¹ R. Prudent, *L'appli Uber a-t-elle 1 000 ou 1 million d'employés ?*, <http://rue89.nouvelobs.com/2015/06/19/lappli-uber-a-t-1-000-1-million-demployes-259858>.

⁶⁰² « Another Uber training manual recommended that there should be no papers in the visor, the front seat should be forward, the rims should be spotless, and drivers should not forget to shower », B. Carson, *Uber told drivers to take showers, and now it's being used against them in court*, <http://uk.businessinsider.com/uber-class-action-suit-hinges-on-shower-order-2015-9>, consulté le 2 septembre 2015.

⁶⁰³ *Le chauffeur Uber, un salarié qui s'ignore ?*, http://www.liberation.fr/futurs/2015/10/21/le-chauffeur-uber-un-salarie-qui-s-ignore_1407899, consulté le 22 octobre 2015.

⁶⁰⁴ Partie 1, titre 1, chapitre 1, section 2, I, B, 2), b « des risques de requalification ».

⁶⁰⁵ S.D. Solomon, « Uber Case Highlights Outdated Worker Protection Laws », *The New York Times*, 15/09/2015.

⁶⁰⁶ L'accord conclu avec Uber n'interdit en rien que la justice ou les autorités du travail américaines ne décident plus tard de modifier le statut légal des chauffeurs. T. Kalanick, « Growing and growing up », *op. cit.*

145. **La subordination fonctionnelle des travailleurs indépendants** - A l'intérieur de la subordination contractuelle on peut distinguer deux formes de soumission : la subordination personnelle, résultant du devoir d'obéissance à la personne de l'employeur ou de son représentant et la subordination fonctionnelle résultant de l'intégration à une organisation. Si la première est *a priori* absente dans les relations qui lient les indépendants et les organisations, la seconde se trouve renforcée par le biais des nouvelles technologies qui permettent de suivre instantanément et à distance la production. Dans le monde industriel de l'entreprise centralisée et hiérarchisée une distinction claire était possible entre le travail subordonné et le travail indépendant. Cette opposition s'estompe dans le modèle qui prévaut aujourd'hui. La décentralisation productive conduit à une insécurité de plus en plus forte pour les nouveaux travailleurs.

146. **Entrepreneurs dépendants** - L'indépendance juridique perd de sa substance « pour soumettre des entrepreneurs aux disciplines collectives de réseaux intégrés de production ou de distribution »⁶⁰⁷. On va indirectement pouvoir contrôler ou suivre chaque étape. Dans le cas des VTC ce sont les clients qui notent les chauffeurs. C'est ce contrôle qui va se constituer un pouvoir équivalent au lien de subordination, sans toutefois qu'il soit exercé directement par le client principal. Ces nouveaux « entrepreneurs » apparaissent dépendants car ils assument la responsabilité de l'entreprise sans pouvoir la diriger librement. Si l'éloignement géographique conduit à l'affaiblissement du contrôle direct exercé par l'employeur ou le client, l'usage de l'outil informatique le renforce⁶⁰⁸ tout en le dissociant potentiellement du lien de subordination *stricto sensu*⁶⁰⁹. Les travailleurs dits indépendants qui ne sont pas *in situ* dans l'entreprise se retrouvent avec plus de contraintes que les salariés de l'entreprise dont ils partagent souvent les mêmes objectifs. Par exemple, pour se protéger d'une requalification les entreprises ont tendance à ne plus fournir d'adresses mails internes ou d'ordinateurs, et dans les faits les prestataires accèdent à l'entreprise par le biais de bureaux virtuels, ce qui peut dégrader leurs conditions de travail en rendant leurs tâches

⁶⁰⁷ A. Supiot, *Homo juridicus*, *op. cit.*, p. 258.

⁶⁰⁸ Lorsqu'un client d'Uber quitte la voiture de sa course, il peut noter cette dernière, avec un barème à étoiles. La moyenne des notes permet autant à Uber qu'aux autres clients de savoir rapidement si le chauffeur a bonne réputation. Pour identifier les conducteurs imprudents, Uber a décidé d'ajouter dans son application dédiée à ses chauffeurs une fonctionnalité qui prend en compte le gyroscope du smartphone, pour déceler les comportements à risques. *Uber utilise les données du smartphone pour identifier les mauvais conducteurs*, <http://www.clubic.com/mag/transports/actualite-793568-uber-donnees-smartphone-identifier-mauvais-conducteurs.html>, consulté le 26 janvier 2016.

⁶⁰⁹ Y. Lafargues et P.-Y. Verkindt, « Loi sur le télétravail : une avancée ? », *RDT*, 2013, p. 9.

plus difficiles à effectuer⁶¹⁰. Les données (par exemple, sur *Uber*, la notation des chauffeurs par leurs clients) représentent aussi une forme de qualification professionnelle qui pourrait alléger les exigences en matière de qualification formelle : au lieu d'un diplôme ou d'un examen, il est possible de faire valoir la satisfaction des utilisateurs. Ce scoring doit pouvoir être utilisé par les micro-entrepreneurs dans leurs parcours ultérieurs, professionnel (accès à d'autres emplois) ou non professionnel (accès au crédit et au logement) ; ceci requiert de coupler la portabilité des données avec la possibilité pour un tiers de les authentifier (comme pour un diplôme)⁶¹¹. En définitive, quelle que soit la forme contractuelle pratiquée, les caractéristiques socio-économiques des nouveaux indépendants demeurent strictement identiques à celles du salariat. La seule manière de limiter les effets sociaux inévitables de ce système est soit de socialiser les risques via un nouveau système de solidarité sociale ou un revenu minimum garanti⁶¹², soit de les faire porter sur les intermédiaires, les plateformes, ce qui reviendrait à le faire retourner dans le giron du salariat.

2) *Une nouvelle définition de la subordination*

147. **Situation hybride** - Si le développement des technologies affecte la relation de travail salarié, il devrait en être de même pour le travailleur indépendant. « Une première approche de la question de la distinction travail indépendant/salariat conduit à une opposition binaire : qui n'est pas travailleur indépendant est salarié, avec l'usage du critère de l'existence ou non d'un lien de subordination entre le travailleur et le donneur d'ouvrage ». Mais comme le relève Mathilde Zylberberg, magistrat, auditeur au service de documentation et d'études de la Cour de cassation il apparaît « que certains travailleurs sont dans une situation hybride, ni complètement salarié ni complètement travailleur indépendant »⁶¹³. Il ne s'agit donc pas uniquement de regarder les salariés qui jouissent d'une certaine indépendance, et qui sont relativement protégé, mais aussi ceux qui ne sont pas salariés et pourtant placés dans un état de « parasubordination »⁶¹⁴, et de fait exclus de la sphère protectrice du droit du travail. Cette question prend aujourd'hui de l'importance avec le phénomène de l'extériorisation juridique de l'emploi pratiquée

⁶¹⁰ Pour les salariés l'article L 1222-10 du code du travail prévoit « de prendre en charge tous les coûts découlant directement de l'exercice du télétravail, notamment le coût des matériels, logiciels, abonnements, communications et outils ainsi que de la maintenance de ceux-ci ».

⁶¹¹ N. Colin, A. Landier, P. Mohnenc et A. Perrot, *Économie numérique*, CAE, 2015, p. 11.

⁶¹² *Supra*. Partie 1, titre 2, chapitre 1, conclusion.

par les entreprises (externalisation, impartition, délocalisation, essaimage, auto-entrepreneur, portage salarial, intérim etc.), qui permettent aux employeurs d'échapper aux contraintes que font peser sur eux le droit du travail.

148. Risque de requalification d'une prestation de service - Le principal obstacle juridique à l'essor du travail indépendant est le risque de requalification d'une prestation de service en contrat de travail. « L'acteur économique en position d'infériorité est le cocontractant du donneur d'ordres, lequel intervient en effectuant un travail qui pourrait selon les conditions de son exécution, matérialiser un état de subordination juridique entraînant la requalification en contrat de travail »⁶¹⁵. Ainsi, un auto-entrepreneur travaillant exclusivement pour développer le site Internet d'une entreprise pourrait être tenté, en cas de cessation de son contrat commercial, d'obtenir du juge une requalification de son contrat en contrat de travail, arguant qu'il est, en réalité, dans un lien de subordination à l'égard de son client. Une telle requalification reviendrait à faire condamner l'entreprise à régler, en plus des honoraires prévus, les charges sociales y afférentes et ce, rétroactivement... Il est ainsi urgent est de sécuriser d'un point de vue juridique le recours au travail indépendant, de manière à faciliter son développement.

149. Clarification de la définition des formes de travail salariées et contractuelles indépendantes - « Dans un souci de sécurité juridique recherché tant par les nouveaux entrepreneurs de l'économie collaborative que les travailleurs indépendants, il est temps de reconsidérer la relation employeur-salarié »⁶¹⁶. Dans la plupart des pays du monde développé, une des conséquences principales du développement de l'économie numérique sur les nouvelles formes d'emploi réside dans la multiplication du recours des entreprises à des travailleurs indépendants, évitant ainsi l'application des règles étatiques, mais aussi conventionnelles applicables au travail salarié. Au-delà de la définition traditionnelle du travail salarié qui reste pertinente pour l'immense majorité d'entre eux, les nouvelles formes d'activité conduisent à réfléchir à un élargissement de ce concept en s'appuyant sur de nouveaux indices, lesquels seraient issus d'une appréciation plus économique que juridique. Ainsi, à l'instar des travaux engagés par le

⁶¹³ M. Zylberberg, « La distinction travail indépendant / salariat - Etat de la jurisprudence », *op. cit.*, p. 3.

⁶¹⁴ Jacques Barthélémy, « Le professionnel parasubordonné », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 47, 1996, p. 606.

⁶¹⁵ J. Barthélémy, *Évolution du droit social*, *op. cit.*, p. 147.

⁶¹⁶ P. Thiébart, *Et si on refondait le droit du travail en s'inspirant des Etats-Unis...*, <http://www.usine-digitale.fr/editorial/et-si-on-refondait-le-droit-du-travail-en-s-inspirant-des-etats-unis.N345031>, consulté le 21 août 2015.

*Department of Labor*⁶¹⁷, une réflexion doit être portée dans notre pays pour réactualiser la jurisprudence relative à la qualification de salarié⁶¹⁸. Comme le constate le rapport Mettling, la division *Wage and Hour* du département du travail américain a manifesté son inquiétude face à l'augmentation, ces dernières années, du nombre d'erreurs de classification des travailleurs entre indépendants et salariés, ainsi que du mésusage, par certaines entreprises, de cette « zone grise » du droit du travail⁶¹⁹. « Les indices du salariat ici envisagés par l'administration américaine le sont sous un angle plus économique que juridique. Sont plus particulièrement passés au crible par l'administration Obama la nature de l'activité exercée et la façon dont elle est exercée. Ainsi, une personne qui exerce une activité de même nature que celle de la société qui l'emploie (par ex. un charpentier à l'égard d'une société de BTP) et qui ne dispose d'aucune autonomie que ce soit dans la réalisation, la détermination des tâches à accomplir (par ex. le charpentier n'a aucune maîtrise sur le calendrier et la quantité des commandes de matériaux livrés par le fournisseur) ou la rémunération qui lui est allouée, sera présumé être un salarié. La spécificité des compétences de l'individu et le fait qu'il les mette à la disposition non pas d'une mais de plusieurs entreprises dans le cadre d'une politique commerciale qu'il aura préalablement déterminée laissera plutôt présumer qu'il est un travailleur indépendant. Plus l'investissement sera important, moins l'individu en question sera réputé être sous la dépendance économique de la société pour laquelle il travaille. Enfin, le contrôle exercé par l'entreprise sur les aspects les plus significatifs du travail accompli par l'individu seront pris en compte. De ce fait, le seul contrôle opéré par l'entreprise sur ses heures de travail ne saurait suffire à faire de lui un salarié»⁶²⁰. La réflexion engagée par l'administration américaine sur les définitions du salarié et du travailleur indépendant pourrait enrichir le droit du travail en France. Ainsi, la définition de la forme de travail concernée fera l'objet d'un examen de l'activité exercée et des modalités quotidiennes qui l'encadre. Par exemple, si l'activité du travailleur est la même que celle de la société qui l'emploie, et s'il ne dispose d'aucune autonomie dans le choix des tâches à accomplir ni dans l'organisation de son

⁶¹⁷ L'équivalent américain du Ministère du travail.

⁶¹⁸ The six factors or questions in the « economic realities » test include : Is the Work an Integral Part of the Employer's Business? Does the Worker's Managerial Skill Affect the Worker's Opportunity for Profit or Loss? How Does the Worker's Relative Investment Compare to the Employer's Investment Does the Work Performed Require Special Skill and Initiative? Is the Relationship between the Worker and the Employer Permanent or Indefinite? What is the Nature and Degree of the Employer's Control? *Administrator's Interpretation No. 2015-1 - The Application of the Fair Labor Standards Act's « Suffer or Permit » Standard in the Identification of Employees Who Are Misclassified as Independent Contractors.*, Washington, D.C., U.S. Department of Labor Wage and Hour Division, 2015, p. 5- 14.

⁶¹⁹ D. Weil, *Employee or Independent Contractor*, USA, division Wage and Hour du Department of Labor, 2015 ; in B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, op. cit., p. 28.

⁶²⁰ P. Thiébart, « Et si on refondait le droit du travail en s'inspirant des Etats-Unis... », op. cit.

temps de travail, il sera alors considéré comme salarié. De même l'exclusivité de l'activité d'un travailleur pour une seule entreprise, ou son travail pour plusieurs sociétés pourrait devenir un des critères permettant de clarifier cette définition. La réflexion pourrait être poursuivie en France sous l'égide du ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, en y associant les acteurs de l'entreprise, sans oublier l'administration fiscale et les *Urssaf*⁶²¹. Un rapport, intitulé du « Code du travail au Code de l'emploi », propose, en amont, « afin de limiter ce risque de requalification, que le législateur prenne enfin ses responsabilités en définissant précisément les conditions légales du contrat salarié »⁶²². Cette proposition a le mérite de ne pas laisser la qualification du contrat à la libre appréciation des juges. Il faut toutefois relativiser cette solution codificatrice qui reviendrait à rigidifier un peu plus le droit du travail. En aval, ce même rapport « propose de conditionner la recevabilité de toute action en justice aux fins de requalifier en contrat de travail salarié toute forme de travail indépendant, à l'existence d'une mise en demeure restée vaine adressée par le demandeur à son contractant de cesser ce que celui-là considère comme un lien de subordination »⁶²³. Concrètement, cela permettrait d'inverser la charge de la preuve et de responsabiliser les parties, dont celui qui aurait la tentation de vouloir requalifier une prestation qui touche à sa fin en contrat de travail, sans faire peser l'avenir de l'emploi sur l'aléa judiciaire.

B. La subordination panoptique : entre liberté et surveillance

150. **Un nouvel espace police** – S'il ne fait aucun doute que « dans le cadre d'activités intelligentes dont le nombre et l'importance vont croître avec l'épanouissement d'une société de l'information, le statut d'indépendant apparaîtra de plus en plus comme valorisant »⁶²⁴, le statut de salarié n'apparaît plus en adéquation avec les attentes des salariés. Dans son rapport sur la cybersurveillance des salariés dans l'entreprise, la CNIL relève que le « cumul de tant d'interdictions d'usages et de tels avertissements peut être de nature à entamer la productivité des salariés qui ne peut se développer que dans un climat de confiance »⁶²⁵. Dès 1991, dans son rapport « Les libertés publiques et

⁶²¹ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, op. cit., p. 51.

⁶²² *Du Code du travail au Code de l'emploi*, Génération France, 2015, p. 21.

⁶²³ *Ibid.*, p. 22.

⁶²⁴ J. Barthélémy, « Le professionnel parasubordonné », op. cit., p. 611.

⁶²⁵ FRANCE, Commission nationale de l'informatique et des libertés et H. Bouchet, *La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise*, La Documentation française, 2001, p. 42.

l'emploi », le professeur Gérard Lyon-Caen rappelait que la vie privée du salarié au sein de l'entreprise met en cause tout à la fois le lien de subordination qui caractérise le contrat de travail et la part irréductible de liberté des hommes et des femmes dans une société démocratique. Ce qui était vrai hier, l'est encore plus aujourd'hui : « la ligne de partage [entre lien de subordination et vie privée] ne saurait plus être tracée à la sortie des lieux de travail et à l'expiration de l'horaire. Tout est devenu plus complexe et plus flou ». Parallèlement, l'auteur du rapport évoquait un « nouvel espace police, véritable ordre technologique qui n'a plus rien de commun avec l'ancienne subordination car le salarié n'est plus sous les ordres de quelqu'un. Il est surveillé par la machine, à la limite par lui-même, par tous et par personne »⁶²⁶. Dans cet espace, le salarié numérique est-il toujours la seule partie faible du contrat, qu'il faut protéger à tout prix y compris de lui-même et de l'employeur ? Il convient d'évaluer en quoi les nouvelles formes d'organisations numériques modifient les rapports de pouvoir (1) et pourquoi le salarié n'est pas toujours le plus « subordonné » (2).

1) *Sub-organisation collective*

151. **La subordination sociale** - Le « recours aux technologies de l'information et de la communication et le haut niveau de qualification des (premiers) cybertravailleurs a pu (un temps) faire douter de la pertinence de la subordination comme critère du contrat de travail »⁶²⁷. La subordination apparaît en réalité plus souple dans les métiers intellectuels. Au lieu de s'inscrire dans des organisations collectives stables et fortement hiérarchisées, le travail répond de plus en plus à des procédures de coordination dans des réseaux aux contours incertains. La subordination n'a plus le visage d'un chef, mais celui d'un ordre anonyme, que chaque travailleur, salarié ou non se doit de servir fidèlement. « Il ne s'agit plus de se conformer à des ordres mais de répondre continûment et parfaitement à des attentes »⁶²⁸. L'émergence de la société postmoderne fait émerger de nouvelles logiques. Un nouveau rapport au savoir et à la hiérarchie s'installe dans les organisations. L'objectif de l'organisation en réseau est de rendre à la

⁶²⁶ Gérard Lyon-Caen et France Ministère du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, *Les libertés publiques et l'emploi: rapport pour le ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle*, in La Documentation Française, 1992 ; Hubert Bouchet, *La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise*, Paris, CNIL, 2008, p. 5.

⁶²⁷ C. Radé, « NTIC et nouvelles formes de subordination », *op. cit.*, p. 26.

⁶²⁸ FRANCE, Ministère des affaires sociales du travail et de la solidarité, J.-P. Chauchard et A.-C. Hardy-Dubernet, *La subordination dans le travail*, *op. cit.*, p. 8.

fois le travailleur plus autonome et plus responsable pour qu'il donne le maximum pour exécuter la mission qui lui est confiée⁶²⁹.

152. **Le besoin d'autonomie** - La logique du « bottom-up » se substitue progressivement à celle « top-down » conceptualisée par le taylorisme⁶³⁰. La subordination s'envisage traditionnellement vis-à-vis d'une personne, c'est la figure du patron, contremaître dans son usine, qui rappelle ses employés à l'ordre. Avec ce patron, les salariés doivent exécuter le travail demandé avec les moyens et le temps qui leur est imparti. Quand l'entreprise devient plus grande il est représenté par un supérieur hiérarchique, représentant direct de l'autorité. Pourtant dans les structures la subordination tend à prendre de nouvelles formes, la subordination est désormais diffuse dans le collectif de travail et à travers les engagements du salarié vis-à-vis de l'entité. « Dans un monde plus volatile, la circulation horizontale et rapide de l'information est supérieure à l'organisation hiérarchique fordiste qui peut intégrer l'ensemble du système productif, mais qui demande une longue période de transmission (et de remonté) de l'information »⁶³¹. Les exemples d'autodisciplines sont nombreux, mais le cadre au forfait est sans doute le meilleur exemple. On peut parler d'une certaine autorégulation qui rapproche le travailleur du numérique du régime de l'indépendant. Dans la plupart des cas, le travail numérique ou dématérialisé réclame des connaissances multiples pour maîtriser les nouveaux outils et une plus grande capacité d'initiatives pour faire face au faisceau d'informations à traiter.

153. **Contrôle social** - Internet a créé un espace où chacun peut s'exprimer, mais aussi un espace où chacun peut surveiller son voisin, ses enfants, son conjoint, ses collègues, connaître l'opinion de ses salariés, de ses clients... Or une société où chacun peut épier son voisin, est une société où nous sommes en permanence soumis au contrôle social. Au-delà des considérations morales, cette situation de surveillance, fait d'ailleurs dire à Eric Schmidt⁶³² que nous n'avons rien à craindre de la visibilité si nous n'avons rien à cacher. « Si vous avez fait quelque chose et que vous voulez que personne ne le sache,

⁶²⁹ Réinventer le travail - Comment saisir les opportunités de l'ère digitale ?, *op. cit.*, p. 12.

⁶³⁰ J.-F. Gava, « Travail immatériel et postfordisme : kairos libérateur ou hypertaylorisme ? », *Variations. Revue internationale de théorie critique*, n° 17, 15 octobre 2012.

⁶³¹ P. Askénazy et C. Gianella, « Le paradoxe de productivité : les changements organisationnels, facteur complémentaire à l'informatisation », *op. cit.*, p. 222.

⁶³² Cofondateur de Google, Eric Schmidt est président exécutif (*Executive Chairman*) d'Alphabet Inc., la holding qui chapeaute Google.

peut-être devriez-vous commencer par ne pas le faire »⁶³³. Gilles Deleuze a commencé à penser, dès les années 90, sous le nom de « sociétés de contrôle », un nouveau régime de domination ayant substitué à la logique visible et centralisée de l'enfermement disciplinaire, celle du « contrôle instantané et continu, disséminé et réticulaire, d'une multitude d'individus atomisés, tel qu'il est rendu possible et particulièrement efficient par le développement de l'informatique en réseau dans toutes les sphères de l'existence »⁶³⁴.

154. **L'affadissement du critère de la subordination** - Les collaborateurs, comme les clients, ont massivement investi les réseaux sociaux publics à l'instar du réseau social Facebook. Ces réseaux sociaux contribuent à développer une forme de connaissances (en partie tacites) jusqu'alors restées dans l'ombre, davantage faites de collaboration et d'échanges horizontaux. Mobiliser les réseaux sociaux conduit donc les organisations à accélérer le travail collectif, puisqu'ils permettent d'éviter de passer par des structures hiérarchiques⁶³⁵. Une tension apparaît alors entre un ancien mode de coordination fondé sur la supervision hiérarchique et un nouveau mode de coordination fondé sur l'ajustement mutuel. Le rôle de la hiérarchie, contrôle ou coordination des tâches, se pose. En réalité, le cadre de la subordination évolue. On passe ainsi du contrôle à la coordination des tâches. On assiste à un processus de mutation du contrat de travail. Sa caractéristique générale est qu'il s'agit moins aujourd'hui de fixer des règles que de créer des liens qui conditionnent le comportement de chaque sujet de droit⁶³⁶. « Que le contrat puisse être un instrument d'asservissement de la volonté d'une personne à celle d'une autre n'a rien qui puisse surprendre. C'est tout le sens du lien de subordination, caractéristique du contrat de travail. Mais cet asservissement tend aujourd'hui à prendre une forme nouvelle. Avec l'affadissement du critère de la subordination, nombre de salariés jouissent d'une certaine liberté, mais d'une liberté dirigée, assujettie à des objectifs souscrits d'accord avec le chef d'entreprise. Le pouvoir s'exprime alors au travers de critères « objectifs », indépendants du pouvoir arbitraire d'un chef. Du

⁶³³ Google CEO Eric Schmidt on privacy, http://www.youtube.com/watch?v=A6e7wfDHzew&feature=youtube_gdata_player, consulté le 21 octobre 2013. Interrogé par CNBC à propos de la conservation des données personnelles sur le web, le patron de Google reporte la responsabilité sur l'internaute lui-même. Eric Schmidt était questionné sur les craintes des internautes de voir un grand volume de leurs données personnelles stocké par Google. Il a confirmé que comme tout moteur de recherche, il pouvait être amené à livrer des données aux autorités américaines dans le cadre du Patriot Act.

⁶³⁴ G. Deleuze, « Post-scriptum sur les sociétés de contrôle », *Pourparlers*, mai 1990, p. 240-247.

⁶³⁵ Compte rendu de la première séance du groupe de travail de l'Anvie, Gestion des connaissances, réseaux sociaux d'entreprise, travail collaboratif : comment piloter l'intelligence sociale ?

⁶³⁶ FRANCE, Ministère des affaires sociales du travail et de la solidarité, J.-P. Chauchard et A.-C. Hardy-Dubernet, *La subordination dans le travail*, op. cit., p. 11.

gouvernement des hommes, on passe alors à ce qu'on appelle aujourd'hui la « gouvernance ». La gouvernance est au gouvernement ce que la régulation est à la réglementation et l'éthique à la morale : une technique de normalisation des comportements qui tend à combler l'écart entre la loi et le sujet de droit. Cette nouvelle manière de discipliner les hommes concerne évidemment au premier chef les travailleurs, mais elle touche aujourd'hui les demandeurs d'emploi et les employeurs eux-mêmes »⁶³⁷. On assiste à un double phénomène : des valeurs liées à l'indépendance ont ressurgi au sein de la relation subordonnée, et inversement le modèle salarial a projeté son ombre sur le régime juridique du travailleur indépendant. On sait, depuis des années, que « le travailleur salarié n'est plus nécessairement un simple rouage dépourvu d'initiative dans une organisation fortement hiérarchisée. Et le travailleur indépendant n'est plus nécessairement un entrepreneur libre d'œuvrer comme bon lui semble. Le travail salarié fait place à ce qu'on peut appeler l'autonomie dans la subordination, tandis que réciproquement le travail non salarié s'est ouvert à ce qu'on peut appeler l'allégeance dans l'indépendance »⁶³⁸.

155. **La discipline laisse place au contrôle** – Dans l'usine taylorienne, la discipline est le fondement de la productivité. Cette autorité « verticale » était naturelle dans la société⁶³⁹ jusqu'à l'irruption des logiques issues du monde informatique. Ce modèle que l'on retrouve « dans le système juridique avec la suprématie de la loi ne fonctionne plus »⁶⁴⁰. La société du contrôle est en train de remplacer la société disciplinaire. « L'usine constituait les individus en corps, pour le double avantage du patronat qui surveillait chaque élément dans la masse, et des syndicats qui mobilisaient une masse de résistance ; mais l'entreprise ne cesse d'introduire une rivalité inexpiable comme saine émulation, excellente motivation qui oppose les individus entre eux et traverse chacun, le divisant en lui-même »⁶⁴¹. Pour le Professeur Jean-Emmanuel Ray, la subordination classique du travail fait place à une « sub-organisation gommant subtilement la distinction entre travail commandé et travail volontaire »⁶⁴². D'une part, l'autonomie (dans la subordination) est rendue possible par les progrès de la technique, mais la

⁶³⁷ A. Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.*, 2003, p. 59.

⁶³⁸ A. Supiot, *Au-delà de l'emploi*, *op. cit.*, p. 133.

⁶³⁹ Elle irriguait la famille à travers la figure du « bon père de famille », l'école à travers celle de l'instituteur, etc.

⁶⁴⁰ J.-E. Ray, « D'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail », *Dr. soc.*, 2010, p. 3.

⁶⁴¹ G. Deleuze, « Post-scriptum sur les sociétés de contrôle », *op. cit.*, p. 240.

⁶⁴² J.-E. Ray, « De la sub/ordination à la sub/organisation », *Dr. soc.*, n° 1, 2001, p. 5.

technique contribue aussi à effacer les frontières de l'entreprise et les barrières de protection de la vie du salarié (qu'elle soit privée ou professionnelle).

156. **Le Panoptique, c'est le réseau** - La société de transparence numérique, c'est une société de surveillance. « L'effet global provoqué par la multiplication et le croisement des points d'observation renvoie à une problématique qui relève de l'utopie moderne de la société et de l'homme transparents à eux-mêmes, au travers desquels on pourrait lire directement les intentions ou les intérêts, une transparence qui serait au fond le moyen idéal de s'assurer des personnes, de les conduire dans leurs actions sinon dans leurs pensées, et d'apporter aux individus et à la société une pleine et entière sécurité »⁶⁴³. En étudiant les innovations récentes, l'idée que nous vivions une époque benthamienne est frappante. *Uber* utilise son logiciel pour exercer un contrôle sur ses chauffeurs équivalent à celui qu'accomplirait un manager humain. L'algorithme de la société utilise des indicateurs de performance, des systèmes de planification, des suggestions de comportement, une tarification dynamique et l'asymétrie d'information « comme substitut au contrôle managérial direct »⁶⁴⁴. Si l'algorithme est le nouveau directeur des ressources humaines, les clients sont les cadres intermédiaires chargés de surveiller les chauffeurs, réalisant une externalisation inédite du management⁶⁴⁵. Une autre startup américaine, Melon a quant à elle développé un serre-tête connecté. Des capteurs sont situés sur le crâne pour mesurer l'activité cérébrale. Mais plutôt que de prendre des mesures en général pour un usage un peu vague, l'appareil a un propos spécifique, qui est d'améliorer la concentration. Mieux encore, il va vous dire quelles sont les conditions réunies pour optimiser votre concentration. Par exemple, écouter de la musique est-il bénéfique ou non pour certaines tâches ? Faut-il mieux un effort continu que des efforts écourtés et répétés⁶⁴⁶ ? Le contrôle informatique par badge dans les

⁶⁴³ C. Laval, « Surveiller et prévenir. La nouvelle société panoptique », *Revue du MAUSS*, n° 40, n° 2, 1 novembre 2012, p. 42.

⁶⁴⁴ In *Uber's system, algorithms, CSRs, passengers, semiautomated performance evaluations, and the rating system all act as a combined substitute for direct managerial control over drivers, but distributed responsibility for remote worker management also exacerbates power asymmetries between Uber and its drivers.* A. Rosenblat et L. Stark, *Uber's Drivers: Information Asymmetries and Control in Dynamic Work*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2015, p. 1.

⁶⁴⁵ H. Guillaud, *Qui des algorithmes ou des clients seront nos nouveaux patrons ?*, <http://www.internetactu.net/2015/11/10/qui-des-algorithmes-ou-des-clients-seront-nos-nouveaux-patrons/>, consulté le 10 novembre 2015.

⁶⁴⁶ Vous activez le dispositif quand vous réalisez une tâche (travail, étude, activité...). Vous répondez à quelques questions pour fournir des informations complémentaires (par exemple : quelle est votre tâche actuelle ? Écoutez-vous de la musique ? Quel type de musique ? Etc.). Et l'appareil mesure. Il voit si vous êtes concentré et pendant combien de temps. Et il paramètre l'ensemble. Cela va lui permettre de vous recommander une pause, quand votre productivité baisse et que la machine détecte que vous avez besoin d'un break. *Cahier de Tendances 2014*, Netexplo, 2014, p. 28.

entreprises qui permet d'enregistrer dans un ordinateur central tous les faits et gestes d'un salarié durant son travail est du même ordre⁶⁴⁷.

157. **Potentialité du contrôle** - Désormais, ce qui bride l'individu ce n'est pas le contrôle qu'on exerce sur lui, mais la potentialité de ce contrôle dont il ignore tout. Dans l'entreprise traditionnelle, le salarié était soumis à la surveillance d'une ou plusieurs personnes strictement identifiées, aujourd'hui cette surveillance est diffuse : partout et nulle part à la fois, elle embrasse le salarié comme l'indépendant ou le demandeur d'emploi notamment au travers de la réputation en ligne⁶⁴⁸. Ce système de surveillance généralisée, n'est pas sans rappeler le « panoptique », un type d'architecture carcérale imaginée par le philosophe utilitariste Samuel Bentham et son frère, Jérémy Bentham, à la fin du XVIIIe siècle⁶⁴⁹. L'objectif de la structure est de permettre à un gardien, logé dans une tour centrale, d'observer tous les prisonniers, enfermés dans des cellules individuelles autour de la tour, sans que ceux-ci puissent savoir s'ils sont observés. Ce dispositif devait ainsi créer un « sentiment d'omniscience invisible » chez les détenus⁶⁵⁰. Le rapport de visibilité asymétrique va conduire à influencer les comportements. Le pouvoir devient invisible et se concentre sur l'esprit du sujet, afin de marginaliser et « traiter » ceux qui ne participent pas efficacement à la discipline⁶⁵¹. Le panoptique fait ainsi écho à l'asymétrie de la visibilité, au marketing des traces et à l'économie de l'attention. Ces formes de rapports de visibilité sont multiples dans les entreprises⁶⁵². Les salariés plébiscitent eux-mêmes un rééquilibrage de l'autorité dans l'entreprise⁶⁵³. Il ne s'agirait plus d'un lien disciplinaire entre l'employeur et l'employé mais plutôt d'une intériorisation par le salarié des normes liées au modèle de l'autonomie. Ce nouveau lien managérial fait appel aux motivations, au savoir-faire qui puisent dans l'expérience quotidienne et qui a pour conséquence de renvoyer le salarié à sa responsabilité personnelle. C'est ce que Aurélien Faravelon nomme la « structuration des affects », une organisation qui tend à supplanter l'organisation contractuelle et légale. En tout état de cause, « la vie privée étant tout à la fois une norme sociale, un objet juridique et le

⁶⁴⁷ C. Laval, « Surveiller et prévenir. La nouvelle société panoptique », *op. cit.*, p. 61.

⁶⁴⁸ Supra. Partie 2, titre 2, chapitre 1, section 1, II : « l'identité des salariés en ligne ».

⁶⁴⁹ J. Glicenstein, « Le paysage panoptique d'Internet. Remarques à partir de Jeremy Bentham », dans *Autres sites, nouveaux paysages*, Presses universitaires de France, 2001, p. 107.

⁶⁵⁰ A. Leclercq, H. Isaac et M. Kalika, *Travail à distance et e-management : Organisation et contrôle*, Dunod, 2013, p. 45.

⁶⁵¹ A. Brunon-Ernst, *Beyond Foucault : New perspectives on Bentham's Panopticon*, Farnham, Royaume-Uni, 2012.

⁶⁵² L'étude originale de la relation hiérarchique au sein des sociétés de service et d'ingénierie informatiques par Isabelle Berrebi-Hoffmann s'attache à montrer que la hiérarchie a changé « de ton et de rôle » en n'usant plus de l'autorité mais en s'assurant du bon fonctionnement par des mécanismes d'autorégulation et de contrôle horizontal différents. I. Berrebi-Hoffmann, « Impossible subordination ? Figures de la relation hiérarchique dans les services informatiques », *Clinique du travail*, 1 mars 2012, p. 59.

⁶⁵³ J.-L. Cerdin, R. Colle et J.-M. Peretti, « La fidélisation des salariés par l'entreprise à la carte », *op. cit.*, p. 578.

résultat d'un cadre technique et épistémologique »⁶⁵⁴, on peut s'attendre à ce qu'un nouvel équilibre s'impose entre le traitement des données et le nécessaire respect des libertés fondamentales. « Si notre droit est hésitant, lui-même en crise, c'est parce que nous quittons l'un pour entrer dans l'autre »⁶⁵⁵.

2) *Échelle de subordination*

158. **Échelle de subordination** - A certains égards les salariés se voient reconnaître une plus grande autonomie, à d'autres le poids de la subordination s'accroît. « Le travailleur salarié n'est plus nécessairement un simple rouage dépourvu d'initiative dans une organisation fortement hiérarchisée. Et le travailleur indépendant n'est plus nécessairement un entrepreneur libre d'œuvre comme bon lui semble. Le travail salarié fait place à ce qu'on peut appeler l'autonomie dans la subordination, tandis que réciproquement le travail non salarié s'est ouvert à ce qu'on peut appeler l'allégeance dans l'indépendance »⁶⁵⁶. La bivalence de cette évolution, rend plus incertaine les frontières de la subordination. A l'instar du professeur Chauchard, « si l'on accepte de considérer que les conditions économiques du travail ne sont pas à priori reflétées par les catégories juridiques, on peut penser les uns indépendamment des autres, sur des échelles différentes »⁶⁵⁷. On peut alors imaginer une gradation entre deux positions extrêmes entre d'une part le travail dépendant et le travail indépendant et entre le travail pour autrui et le travail pour soi. On trouve alors une représentation schématique⁶⁵⁸ des formes de travail avec quatre types. D'une part les formes pures, le travail pour soi indépendant et le travail pour autrui dépendant (2 et 4). D'autre part des alternatives mixtes, le travail pour soi dépendant et le travail pour autrui indépendant (1 et 3). Dans les faits, la distinction entre les deux dernières catégories de travail est difficile. Le

⁶⁵⁴ J. Pierre, *Interview d'Aurélien Faravelon, double doctorant*, <http://www.identites-numeriques.net/06-01-2011/interview-aurelien-faravelon-double-doctorant>, consulté le 21 octobre 2013.

⁶⁵⁵ G. Deleuze, « Post-scriptum sur les sociétés de contrôle », *op. cit.*, p. 240.

⁶⁵⁶ A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*, p. 133.

⁶⁵⁷ FRANCE, Ministère des affaires sociales du travail et de la solidarité, J.-P. Chauchard et A.-C. Hardy-Dubernet, *La subordination dans le travail*, *op. cit.*, p. 309.



portage salarial pourrait être une illustration de ce cas de figure⁶⁵⁹. Le glissement progressif du pouvoir de l'employeur est la transcription de cette évolution (a) qui consacre le droit à la désobéissance du salarié coopérant (b) et appelle à la formalisation d'un cadre juridique pour cette nouvelle catégorie de travailleurs (c).

a. Le déplacement du pouvoir de l'employeur

159. **L'autorité institutionnelle et l'autorité naturelle** - Le pouvoir connaît plusieurs définitions. Il vient du verbe pouvoir qui signifie « avoir la capacité » ou « avoir la possibilité ». Il désigne ainsi la possibilité de faire quelque chose. En sociologie, le pouvoir est souvent considéré comme une relation entre des acteurs sociaux (des individus, des groupes sociaux ou classes sociales) où la relation de pouvoir s'observe quand un individu accomplit (ou s'abstient d'accomplir) conformément à la volonté d'un autre individu, une action qu'il n'aurait pas accomplie (ou aurait accomplie) spontanément⁶⁶⁰. Enfin pour le juriste, en droit civil, le pouvoir désigne un acte : le mandat. Contrat par lequel une personne, le mandant, donne à une autre personne, le mandataire, le pouvoir de faire un ou des actes juridiques en son nom et pour son compte. Finalement en droit du travail, le pouvoir de l'employeur désigne-t-il plutôt une prérogative de l'employeur sur le salarié ou un mandat donné par le second au premier ? Il faut distinguer l'autorité institutionnelle de l'autorité naturelle, faire autorité est le fait de gens compétents. L'homme d'autorité, au sein d'une entreprise, est celui qui, par ses propres facultés, est capable de faire fonctionner une organisation, un groupe de personnes, de développer, d'aider.

160. **Le dictateur bienveillant** - L'un des paradoxes de la transition numérique du travail, « c'est qu'elle repose à la fois sur la déconcentration des initiatives individuelles et collectives mais aussi sur l'exigence d'une gouvernance forte »⁶⁶¹. C'est ce que l'on nomme dans le monde des développeurs un dictateur bienveillant⁶⁶². Le développement

⁶⁵⁹ Infra. Partie 1, titre 1, chapitre 1, section 2, I, B, 1, b. « L'artifice du portage salarial ».

⁶⁶⁰ La définition la plus célèbre est celle énoncée par Max Weber : "Le pouvoir politique, c'est le monopole de la violence légitime". (*Le Savant et le Politique*, 1919).

⁶⁶¹ GTEI, *Contenus haut débit : stratégies et politiques en matière de contenu numérique*, OCDE, 2006, p. 28.

⁶⁶² Normalement, les mots démocratique et dictateur sont antinomiques ; cependant, on ne peut que constater que le modèle de logiciel libre est un processus très démocratique sous le règne d'un dictateur bienveillant. La communauté se fie à sa vision et à sa compétence. Lorsque viendra le moment où il ne s'intéressera plus au projet ou lorsque la communauté décidera qu'il n'est plus apte à prendre des décisions, un nouveau leader sera appelé à régner. R. Blum et D.-A. Leblanc, *Linux Pour les nuls*, EDI8, 2013, p. 118.

d'un logiciel libre est particulièrement paradoxal et particulièrement instructif. Il est par définition ouvert à tout le monde mais en pratique son efficacité tire très souvent profit d'une structure qui voit une personne (presque toujours le créateur initial), se dégager de la multitude pour exercer son « leadership ». Le « dictateur » assure seul la ligne directrice du projet en assumant les décisions (prises en concertation mais sans codécision). La « bienveillance » se matérialise par la capacité du « dictateur » à écouter et à manifester de la considération pour les contributeurs. Cette méritocratie va à l'encontre des théories développées dans les années 90 d'une organisation plus collective, mais le modèle dominant dans les « start-up » d'hier et dans les entreprises devenues mondiales aujourd'hui tend à démontrer que cette organisation du travail organisée autour d'un leader fonctionne. Sans chef, que seraient devenues Google, Apple, Facebook ? La différence avec l'entreprise que nous connaissons en France, c'est que ce chef ne tient pas sa légitimité de la hiérarchie mais de sa compétence, de sa capacité à transporter et de la vision qu'il partage avec son équipe. Le supérieur hiérarchique ne tire plus son pouvoir du fait qu'il saurait mieux faire que son subordonné. Il a en effet moins de connaissances que lui sur la tâche à accomplir. Il tire sa légitimité de sa capacité à mettre en œuvre des normes abstraites d'évaluation des performances de son collaborateur subordonné⁶⁶³.

161. Fondement du pouvoir de l'employeur - Depuis le début du XXe siècle, l'origine et le fondement du pouvoir de l'employeur ont été largement discutés par les auteurs, et plusieurs fondements ont finalement été retenus par la doctrine. Le premier fondement alors suggéré était de nature patrimoniale. Au XIXe siècle, le législateur, le juge, (...), la société entière reconnaissait au chef d'entreprise des pouvoirs très étendus. En effet, la main d'œuvre était considérée comme un outil de production à part entière, à côté de la machine à charbon, et l'employeur en tant que propriétaire des moyens de production était habilité à en faire usage sans restriction. Le pouvoir de l'employeur est alors avant tout considéré comme un faisceau de prérogatives à caractère économique et patrimonial. Il est d'ailleurs difficile de dissocier ses différentes prérogatives de direction et d'organisation de ses autres prérogatives, puisque toute mesure prise par l'employeur poursuit l'objectif du bon fonctionnement de l'entreprise. La solution s'adaptait parfaitement à l'exercice des prérogatives de gestion dans l'ordre économique au sens le plus strict. Le pouvoir exercé sur des individus, notamment par le truchement

⁶⁶³ A. Supiot, *Homo juridicus*, op. cit., p. 256.

de la discipline ou du règlement intérieur de l'entreprise, trouve alors sa source dans le contrat de travail. Ce dernier est l'expression de la volonté du salarié de se soumettre à l'autorité de l'employeur dans le cadre strict de l'entreprise⁶⁶⁴. L'arrêt Bardou du 6 juillet 1931, consacre la subordination juridique du salarié, laquelle jugeait alors que « la condition juridique d'un travailleur ne saurait être déterminée par sa faiblesse ou sa dépendance économique (...) ; la qualité de salarié implique nécessairement un lien juridique de subordination », ce qu'elle confirmera par la suite. L'autorité forte de l'employeur était bien assise sur l'idée de propriété des moyens de production permettant l'établissement d'un lien juridique de subordination de la main d'œuvre. Cette prérogative était simple à définir car l'entreprise était dans la majeure partie des cas « unitaires » avec un seul lieu, une seule communauté de salariés placée dans les mêmes conditions de travail. Aujourd'hui ce concept est difficilement duplicable, ne serait-ce que par la taille et l'éclatement de l'entreprise⁶⁶⁵.

162. La théorie institutionnelle et fonctionnelle - Dès les années trente, face à la complexification de l'économie des entreprises, les auteurs se sont efforcés d'identifier un nouveau fondement : l'institution. Cette théorie formulée par le doyen Maurice Hauriou, il y a déjà plus d'un siècle, « demeure particulièrement stimulante pour une analyse théorique du droit et pour une compréhension de sa dimension sociale »⁶⁶⁶. De cette théorie, il résulte que l'employeur est titulaire d'une autorité et non d'un « pouvoir discrétionnaire » à l'égard de ses subordonnés car s'il dispose de la liberté de choix dans l'action, il doit être guidé par la recherche de l'intérêt commun. « Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »⁶⁶⁷. Les prérogatives de l'employeur lui sont accordées en vue de la satisfaction d'un intérêt qui dépasse les limites de ses intérêts propres : une distinction est faite avec « l'intérêt de l'entreprise ». Il est alors question d'une finalité commune à

⁶⁶⁴ F. Duquesne, *Droit du travail, op. cit.*, p. 74.

⁶⁶⁵ On parle également d'organisation dite en réseau, avec différents géographiques, des réseaux de sous-traitant en cascade, de sorte que le capital de l'entreprise qu'il soit intellectuel ou financier ne correspondra pas symétriquement à la communauté juridique de travail. A.-F.S. Laurent-Kogan et J.-L. Metzger, *Où va le travail à l'ère du numérique ?*, *op. cit.*, p. 48.

⁶⁶⁶ E. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », dans *Droit et Société*, Paris, 1995, p. 381.

⁶⁶⁷ M. Hauriou, « La Théorie de l'institution et de fondation », dans *La cité moderne et les transformations du droit*, Bloud & Gay., Paris, 1925, p. 96.

l'aune de laquelle le contrôle de la décision patronale par le juge devient possible⁶⁶⁸. Mais la théorie institutionnelle échoue finalement puisque l'intérêt de l'entreprise demeure, à travers ce paradigme, identifié à celui de son seul chef. Une nouvelle évolution théorique du droit du travail apparaît à partir par la loi du n°82-689 du 4 août 1982⁶⁶⁹ qui a consacré l'existence du pouvoir réglementaire mais l'entoure de strictes limites. Désormais le pouvoir de sanction de l'employeur est soumis au contrôle étroit du juge. Dans cette approche fonctionnelle, l'employeur est titulaire d'un pouvoir fort en vertu d'une habilitation de la loi. Le règlement intérieur qui constitue le cadre de l'exercice du pouvoir de sanction est détaché de la finalité du contrat de travail, en vue d'assurer le bon ordre au sein du collectif de travail.

163. La communauté de l'entreprise - Cette évolution révèle combien la conceptualisation de la subordination juridique est mouvante. Mais la recherche d'un fondement est-elle vaine ? Doit-on rechercher un fondement dont l'efficacité est la règle ? En réalité, on pourrait définir le fondement des manifestations de pouvoir dans l'entreprise et par conséquent la subordination comme la soumission aux intérêts de la communauté de l'entreprise. C'est cette communauté et non l'employeur, qui doit apparaître comme le fondement de l'existence de la relation subordonnée. L'employeur n'est alors que l'incarnation de cette communauté. Il faut ainsi aller plus loin que la théorie de la l'institution, qui « n'est pas une construction intellectuelle figée »⁶⁷⁰. « Il s'agit de constituer une théorie du droit qui regarde le droit d'un autre point de vue que la théorie classique parce qu'elle regarde la dimension sociale du droit, mais qui soit en même temps une théorie pleinement juridique - ce que permet l'interdisciplinarité véritable, et non un simple saupoudrage d'éléments non juridiques sur une analyse du droit »⁶⁷¹. En effet, grâce aux nouvelles technologies, la communauté de travail peut exister de façon tangible et autonome par rapport au seul « chef » d'entreprise, et intégrer à la fois les clients, les fournisseurs... Cette acception permet de faire correspondre le fondement de l'organisation de travail et rapprocher deux logiques qui se croisent entre la subordination du salarié et sa participation active à la gouvernance de l'entreprise et à travers elle à s'autodiscipliner. Le pouvoir de la communauté de travail doit prendre sa source dans le contrat de travail, dont le critère principal continue

⁶⁶⁸ François Duquesne, *Droit du travail, op. cit.*, p. 75.

⁶⁶⁹ « Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise. Loi dite loi Auroux. » (JO, 6 août 1982, p. 2518).

⁶⁷⁰ E. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *op. cit.*, p. 383.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 384.

de reposer sur une forme de subordination. Subordination vis-à-vis de l'entité, de ses collègues mais pas forcément de son supérieur hiérarchique, la sphère numérique de travail une subordination diluée, diffuse... Son caractère diffus fait aussi toute sa force, certains diront son insidiosité. Celle-ci implique que le travailleur se place sous l'autorité de la communauté de travail dans laquelle il choisit de s'intégrer. Cette approche permet également d'uniformiser les relations contractuelles. Qu'il s'agisse d'organismes publics ou privés, l'origine de la subordination est la même. Nous retiendrons en définitive l'analyse institutionnelle parce qu'elle est la seule capable d'expliquer de nombreux faits sociaux relatifs aux relations numériques : « tel est notamment le cas des processus d'institutionnalisation, c'est à dire des processus institués (comme le droit) parce qu'elle est la seule à combiner le point de vue du tout (par exemple : le collectif) et des parties (par exemple : l'individu) en transcendant les frontières rigides entre les matières et les points d'observation »⁶⁷². Il s'agit désormais d'interroger concrètement les prérogatives juridiques dévolues à l'employeur ou à la communauté de travail dans le cadre d'une nouvelle forme de relation de travail.

b. Une liberté accrue du salarié

164. **Compétence et indépendance accrue** - L'introduction des TIC dans le monde du travail nécessite en même temps qu'elle favorise une plus grande compétence ainsi qu'une indépendance accrue du travailleur⁶⁷³. L'autonomie permet aux porteurs de projet de surmonter les obstacles qui surgissent et d'innover⁶⁷⁴. Les utilisateurs de TIC avancés bénéficient d'une plus grande latitude d'action que les autres populations de salariés y compris pour faire évoluer leurs objectifs⁶⁷⁵. La contrainte juridique ne disparaît pas dans la relation numérique, mais elle s'exprime de manière différente. Elle est en quelque sorte intériorisée. « Les salariés se trouvent davantage soumis à des

⁶⁷² *Ibid.*, p. 406.

⁶⁷³ Selon une étude américaine publiée dans *The Academy of Management Journal*, les managers et les dirigeants n'écoutent pas assez leurs collaborateurs, parlent trop et se montrent souvent trop autoritaires, ce qui entraîne une démotivation de leur équipe et un manque de performance. C'est en observant sa relation avec ses doctorants que le professeur Rick Larrick de Fuqua School of Business s'est interrogé sur son propre comportement. Au cours de cette étude, plusieurs équipes ont été mises en place. Les résultats des expériences ont montré que les équipes sans manager étaient plus performantes que celles dont les dirigeants avaient une attitude dominatrice. Mais les meilleures équipes ont été celles qui avaient certes un leader, mais dont l'attitude n'était pas marquée par l'autoritarisme. L.P. Tost, F. Gino et R.P. Larrick, *When Power Makes Others Speechless : The Negative Impact of Leader Power on Team Performance*, <http://dash.harvard.edu/handle/1/10996804>, consulté le 6 novembre 2013.

⁶⁷⁴ V. Bouchard et C. Bos, « Dispositifs intrapreneuriaux et créativité organisationnelle », *op. cit.*, p. 95.

⁶⁷⁵ Les salariés utilisateurs d'Internet (+ 19,9 %), d'outils de connexion (15,1 %), les utilisateurs intensifs de la messagerie électronique (+21,9%) ou les salariés réalisant certaines activités via Internet ou Intranet (16,6 %) peuvent plus souvent modifier les objectifs fixés que les non-utilisateurs. N. Greenan, S. Hamon-Cholet, F. Moatty et J. Rosanvallon, *TIC et conditions de travail. Les enseignements de l'enquête COI*, Centre d'étude de l'emploi, 2012.

obligations de résultats qu'à des obligations de moyens. Il en résulte une beaucoup plus grande latitude dans l'exécution de leur travail, et une libération de leurs capacités d'initiative. (...) Un nombre croissant de travailleurs salariés opèrent ainsi dans des conditions qui ne diffèrent pas sensiblement dans les faits du travail indépendant d'un sous-contractant »⁶⁷⁶. Alors que dans le modèle ancien le lien de subordination se manifeste par le pouvoir de l'employeur à déterminer la nature des tâches à accomplir ainsi que les moyens pour y parvenir, le « cerveau d'œuvre » doit atteindre les objectifs fixés par l'organisation. « Le salarié n'est donc plus débiteur d'une obligation de moyens mais bien d'une obligation de résultat », « l'employeur contrôlera moins la conformité des moyens mis en œuvre que la réussite attendue »⁶⁷⁷. Les méthodes de management se sont adaptées pour prendre en compte les impératifs de l'entreprise. Les mécanismes d'évaluations sont assortis d'entretiens individuels sur l'atteinte des objectifs. La pression se révèle alors particulièrement forte sur le travailleur, qui rend des comptes sur la qualité de son travail, conditionne son degré d'évolution dans l'entreprise ou ses futures commandes⁶⁷⁸. Cette « obligation de résultat » rapproche le salarié et le prestataire indépendant. Moins centrée sur la relation employeur salarié, cette obligation permet au travailleur numérique d'être plus autonome et est propice à la créativité.

165. Réintroduire la liberté du travail. L'évolution du concept de liberté du travail témoigne de sa grande élasticité. « Au XXe siècle, sa signification initiale s'est peu à peu transformée pour intégrer le droit au travail alors que la liberté du commerce et de l'industrie, celle de l'employeur, s'était réduite avec le développement du droit du travail. En ce début de XXIe siècle, elle est de nouveau employée dans son sens ancien. Il s'agit de libérer le marché du travail, non pas évidemment des jurandes et autres communautés de métier, mais des avantages acquis et des rigidités qui pèsent sur les entreprises et entravent leur compétitivité »⁶⁷⁹. Il s'agirait de ne plus concevoir le travailleur comme « ressource humaine », comme objet de gestion, mais au contraire

⁶⁷⁶ A. Supiot, *Au-delà de l'emploi*, op. cit., p. 6.

⁶⁷⁷ C. Radé, « NTIC et nouvelles formes de subordination », op. cit., p. 28.

⁶⁷⁸ J.-P. Chauchard et A.-C. Hardy-Dubernet, *L'autonomie du salarié*, La Documentation Française., coll.« cahier travail et emploi », 2003, p. 202.

⁶⁷⁹ J.-P. Le Crom, « La liberté du travail en droit français. Essai sur l'évolution d'une notion à usages multiples », *Diritto romano attuale*, vol. 15, 2006, p. 162.

comme un sujet, à l'institution duquel l'État et les entreprises doivent être subordonnés⁶⁸⁰.

166. **La « désobéissance » du travailleur** – En droit du travail, la désobéissance est considérée comme légitime quand elle est justifiée par l'impératif pour le salarié de ne pas enfreindre les dispositions légales ou de mettre en cause sa sécurité ou celle des tiers. Toutefois, dans certaines professions, le salarié peut refuser d'exécuter les ordres de son employeur lorsque celui-ci essaye d'exercer son pouvoir de direction dans un « domaine réservé » du salarié. Mais la jurisprudence ne l'envisage que pour certaines professions particulières, comme le médecin salarié qui « ne saurait recevoir d'ordres thérapeutiques de son employeur »⁶⁸¹. Pourtant ces valeurs ne sont pas propices au développement de la collaboration et à l'épanouissement du cerveau d'œuvre. En effet, le développement de l'économie numérique, qui concerne tous les secteurs d'activités, nécessite que de plus en plus de salariés bénéficient d'une indépendance technique qui permette au salarié de refuser d'exécuter un ordre quand celui-ci est contraire aux besoins de la production. Le « cerveau d'œuvre » demande en effet une liberté accrue pour effectuer de travaux, qui restent toutefois à l'initiative de l'employeur⁶⁸².

167. **Une sanction disciplinaire inopportune** - « La digitalisation progressive des sociétés va se généraliser. Le numérique évolue à une très grande vitesse, il faudra accepter de mettre moins de contrôle pour que l'innovation se poursuive, quel que soit le domaine (...). Le contrôle projets total revient au contraire à freiner l'innovation »⁶⁸³. L'entreprise « libérée » désigne « les entreprises où les employés ont la liberté d'agir selon leur bon jugement, pour répondre au mieux aux objectifs de l'entreprise »⁶⁸⁴. Les outils numériques permettent désormais de connecter « en direct » chaque collaborateur sans que l'information transite en amont ou en aval par son responsable hiérarchique. C'est une opportunité de relative indépendance ou autonomie vis-à-vis des autorités de tutelle traditionnelles⁶⁸⁵. Les sanctions disparaissent peu à peu, que ce soit dans les familles ou dans les écoles. Peuvent-elles encore être d'actualité dans les entreprises ?

⁶⁸⁰ A. Supiot, « Le travail, liberté partagée », *Dr. soc.*, n° 9-10, 1993, p. 721.

⁶⁸¹ *Cass. soc.*, 10 oct. 1979, pourvoi n°78-12.275, *Bull. civ.*, n°703.

⁶⁸² E. Cairola et M. Revelli, *Manuel de formation sur le fordisme et le post-fordisme : organisation des travailleurs sur le lieu de travail*, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁸³ « L'interview du mois : Nick Leeder "le contrôle total freine l'innovation" », *Courrier cadres*, n° 89, 1 mars 2015, p. 12-14.

⁶⁸⁴ L. Meghraoua, *L'entreprise qui se veut digitale gagnerait à s'inspirer de l'entreprise libérée*, http://www.atelier.net/trends/articles/cinquin-entreprise-se-veut-digitale-gagnerait-inspirer-de-entreprise-liberee_436672?utm_source=emv&utm_medium=mail&utm_campaign=lettre_toute_zone, consulté le 21 juillet 2015.

⁶⁸⁵ ORSE, *Guide ORSE du meilleur usage des outils de communication numérique dans les entreprises*, 2015, p. 43.

Évoquée par Jean-Emmanuel Ray, cette question repose sur l'idée que « mobiliser les cerveaux ne peut reposer sur le pouvoir disciplinaire, tout comme il est peu imaginable d'imposer un blâme ou une mise à pied à un cadre »⁶⁸⁶. Les technologies de l'information et de la communication peuvent favoriser l'entraide entre les salariés. « Le droit à l'erreur, dont la consécration par l'ANI du 19 juin 2013⁶⁸⁷ est curieusement passée inaperçue, est la contrepartie de ces espaces d'autonomie et donc de prise de risque dans le travail aux salariés »⁶⁸⁸. Par exemple par le biais de forum d'échanges entre pairs. Pour que cela fonctionne il faut faire disparaître la crainte, de sorte que chacun puisse exprimer ses difficultés sur son travail. L'esprit d'équipe prend une nouvelle forme. Des personnes impliquées dans leur travail, sont prêtes à expliquer certaines choses à d'autres dans un domaine particulier qu'elles maîtrisent.

168. **L'exercice du pouvoir économique** - Contrepoids à l'autonomie individuelle, un processus de financement étape par étape et conditionnel des projets est au cœur de la plupart des dispositifs intrapreneuriaux : il offre à l'entreprise la possibilité de contrôler périodiquement l'état d'avancement, la faisabilité et l'attractivité des projets en cours⁶⁸⁹. « Le travail indépendant et le travail salarié se trouvent pris dans une même logique nouvelle d'exercice du pouvoir économique. L'entreprise moderne ne se satisfait pas plus de la simple obéissance aux ordres que de l'indépendance absolue. Il lui faut assujettir à ses propres fins les capacités d'initiative et de responsabilité des hommes au travail »⁶⁹⁰. Alain Supiot observe que ces nouveaux modes de gouvernement des hommes évoquent la vassalité féodale⁶⁹¹ : un réseau de relations d'homme à homme, donnant des droits et des devoirs pour chacun d'entre eux, sans perdre sa qualité d'homme libre mais obligeant le travailleur à faire usage de cette liberté au service des intérêts de l'entreprise. « Il n'est pas (ou ne devrait pas être) dans les rapports d'un salarié à son employeur, question de « *pouvoir de direction* », de hiérarchie ; il faudrait

⁶⁸⁶ J.-E. Ray, « De Germinal à Internet: une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », *Dr. soc.*, p. 634.

⁶⁸⁷ L'accord propose cette définition conventionnelle de la qualité de vie au travail : « un sentiment de bien-être perçu collectivement et individuellement qui englobe l'ambiance, le sentiment d'implication, le degré d'autonomie et de responsabilisation, l'égalité, un droit à l'erreur accordé à chacun, une reconnaissance et une valorisation du travail effectué ». « ANI, 19 juin 2013, relatif à la qualité de vie au travail ».

⁶⁸⁸ J.-C. Sciberras, « Temps de travail et qualité de vie au travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 121.

⁶⁸⁹ V. Bouchard et C. Bos, « Dispositifs intrapreneuriaux et créativité organisationnelle », *op. cit.*, p. 95.

⁶⁹⁰ A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*, p. 139.

⁶⁹¹ *Infra*. Partie 1, titre 1, chapitre 1, section 2, I, A, 1, « l'autorité de l'employeur ».

plutôt parler d'exécution d'obligations entre contractants qui sont nécessairement liés par ce que peut imposer le contrat »⁶⁹².

169. Évolution proposée - Nouvelles contraintes - « Si les technologies de l'information et de la communication mettent en évidence l'autonomisation croissante des travailleurs (...) elles ne remettent pas en cause la prééminence du contrat de travail fondé sur le critère de la subordination juridique »⁶⁹³ mais contribuent à une modification significative des rapports de travail noués. Autrement dit, le pouvoir ne décline pas, mais il s'exerce sous des formes différentes, plus complexes et diffuses, que le droit du travail a de plus en plus de difficultés à appréhender. « Alors que le droit du travail repose sur la présence du salarié en temps et en lieu dans l'entreprise et sur une durée du travail fixée par le contrat de travail, les nouvelles technologies bouleversent ce schéma taylorien de l'organisation de la relation de travail. C'est la raison pour laquelle elles sont liées aux nouvelles organisations du travail autour de la flexibilité. Tout en réduisant la pénibilité du travail ou en allégeant des tâches, elles donnent naissance à de nouvelles contraintes. Par exemple, les nouvelles technologies obligent les individus à une remise en cause de leur mode de vie en estompant la frontière entre le temps professionnel et le temps personnel lorsqu'elles permettent d'effectuer les astreintes au domicile du salarié »⁶⁹⁴. La fonction protectrice génétique du droit du travail exige que « soient conçus autrement les instruments de la sécurité, bien sûr pour les travailleurs, mais aussi pour l'entreprise dans la mesure où le pouvoir de direction ne s'exerce plus par des ordres en direction de personnes n'ayant pas un niveau de qualification suffisant, mais par la contractualisation de rapports de travail sur le fondement d'un niveau d'expertise et du niveau d'autonomie du travailleur permettant de réaliser des missions correspondant à la qualification contractuellement reconnue »⁶⁹⁵.

⁶⁹² J.-F. Cesaro, « La subordination », dans *Les notions fondamentales du droit du travail*, Paris, France, Ed. Panthéon-Assas : LGDJ diffuseur, 2009, p. 146.

⁶⁹³ C. Radé, « NTIC et nouvelles formes de subordination », *op. cit.*, p. 27.

⁶⁹⁴ « Informatique, communication et créations immatérielles : chronique no XVII (3e partie) », *LPA*, n° 56, 19 mars 2002, p. 11.

⁶⁹⁵ J. Barthélémy, *Évolution du droit social*, *op. cit.*, p. 308.

C. *Les entrepreneurs collaboratifs*

170. L'entrepreneur collaboratif – « Le lien collaboratif n'est *a priori* pas assimilable à une relation salariée puisque le producteur ne met pas sa force de travail à la disposition de la plateforme mais à la disposition de chaque consommateur. Pour autant, il n'est pas contestable que la production est réalisée dans un cadre au moins partiellement organisé par la plateforme. Ce constat conduit à s'interroger sur le statut professionnel et social du producteur (l'entrepreneur collaboratif) »⁶⁹⁶. Selon l'expression d'Alain Supiot, « le droit commun du travail, qui répond au rapprochement de toutes les formes du travail, doit donc être complété par des droits spéciaux qui tiennent compte de la diversité des travaux humains »⁶⁹⁷. Les droits reconnus aux personnes relevant de cette nouvelle catégorie seraient distincts en fonction de chaque situation et du degré d'autonomie dans l'organisation de l'activité du travailleur⁶⁹⁸. Dans son rapport à la Commission européenne de 1999 « Au-delà de l'emploi », Alain Supiot les déclinait sous forme de cercles concentriques : le premier d'entre eux concernait les droits sociaux universels, proches de l'allocation universelle, c'est-à-dire garantis à tous indépendamment de tout travail ; le deuxième cercle portait sur les droits fondés sur le travail non professionnel ; le troisième cercle comportait le droit commun de l'activité professionnelle, dont certains fondements sont déjà posés en droit communautaire, tels que les règles en matière d'hygiène et de sécurité. Enfin, le quatrième cercle est relatif au droit du travail salarié qui resterait lui inchangé⁶⁹⁹. Il convient de s'interroger sur l'équilibre entre ces différents cercles afin de ne pas créer de trop grandes distorsions à travers la création d'un nouveau statut intermédiaire (a) et un socle de droits fondamentaux (b).

a. *La création d'un statut intermédiaire*

171. Une catégorie intermédiaire - Irons-nous vers l'élaboration d'un statut intermédiaire ? Hors de l'indépendance, hors du contrat de travail, tout deux mal adaptés à la situation de l'emploi numérique d'aujourd'hui et de demain ? Avec l'épanouissement d'une nouvelle société de l'information, le nombre et l'importance

⁶⁹⁶ B. Serizay, « Quel statut pour les entrepreneurs collaboratifs ? », *op. cit.*, p. 3.

⁶⁹⁷ A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*, p. 184.

⁶⁹⁸ J. Barthélémy, « Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Les Cahiers du DRH*, n° 144, 2008, p. 35.

⁶⁹⁹ A. Supiot, *Au-delà de l'emploi*, *op. cit.*

d'activités « intelligentes » vont croître et font apparaître une « zone grise » dans la sphère travail⁷⁰⁰. On définit comme zones grises les formes de travail qu'on peut difficilement ramener à une logique binaire, parce qu'elles présentent objectivement certains caractères qui sont propres au travail salarié et d'autres qui sont propres au travail indépendant⁷⁰¹. De nombreux auteurs, estimant dépassée la distinction binaire entre subordination et indépendance, ont proposé de faire émerger une catégorie intermédiaire entre le salariat et le travailleur indépendant. Jacques Barthelemy propose d'imaginer « une qualification intermédiaire entre le contrat de travail et le contrat de mandat ou d'entreprise, matérialisé par un état de dépendance économique, mais aussi par un degré élevé d'autonomie ou une indépendance dans l'exercice professionnel »⁷⁰². Une protection nécessaire mais pas nécessairement la même que celle qu'implique la soumission permanente et totale aux ordres d'un représentant de l'entreprise. Cette troisième catégorie est parfois qualifiée de « parasubordonnée »⁷⁰³, ou de « travail indépendant économiquement subordonné »⁷⁰⁴. Elle s'appliquerait aux situations dans lesquelles le travailleur n'exploite pas une entreprise avec des salariés, n'est pas subordonné au sens juridique, mais est indépendant dans l'organisation de son activité dont il assume une partie des risques, tout en étant soumis à une autorité ou à une contrainte économique. Cette nouvelle législation du travail représenterait une troisième voie entre le salariat de l'ère industrielle, considéré comme subordonné et les nombreux travailleurs jusqu'à présent considérés comme indépendants. Un rapport sur le portage salarial suggère de créer un « intérim d'indépendants »⁷⁰⁵. Ce nouveau statut aurait pour effet « de remplacer une frontière déjà floue, par deux frontières, l'une avec le contrat de travail, l'autre avec le contrat d'entreprise »⁷⁰⁶. Jusqu'à présent le droit du travail français traite de cette « zone » grise en l'intégrant si nécessaire vers le salariat, soit par assimilation, soit par extension des frontières du droit du travail. La septième partie du code du travail énonce clairement des dispositions particulières à certaines professions et activités mais pourquoi ne pas protéger tous les autres travailleurs ?

⁷⁰⁰ C. Kang, *Coalition of Start-Ups and Labor Call for Rethinking of Worker Policies*, <http://bits.blogs.nytimes.com/2015/11/09/coalition-of-start-ups-and-labor-call-for-rethinking-of-worker-policies/>, consulté le 10 novembre 2015.

⁷⁰¹ A. Perulli, *Travail économiquement dépendant/parasubordination : les aspects juridiques, sociales et économiques*, 2003, p. 12.

⁷⁰² J. Barthélémy, « Le professionnel parasubordonné », *op. cit.*, p. 708.

⁷⁰³ J. Barthélémy, « Parasubordination », *Les Cahiers du DRH*, mai 2008, p. 27.

⁷⁰⁴ A. Perulli, *Étude sur le travail économiquement dépendant ou parasubordonné par le Professeur Adalberto Perulli*, Bruxelles, Commission de l'emploi et des affaires sociales, 2003.

⁷⁰⁵ Recommandation n°9 : « Réaliser la sécurisation du portage pérenne par transposition de dispositifs existants d'accès au régime du salariat hors contrat de travail. Favoriser le déploiement de services support à disposition des professionnels autonomes » C. Lenoir et F. Schechter, *L'avenir et les voies de régulation du portage salarial*, *op. cit.*, p. 43.

⁷⁰⁶ J. Barthélémy, « Le professionnel parasubordonné », *op. cit.*, p. 709.

172. **Lien de sub-organisation** – Est considéré comme salarié par le Code de la sécurité sociale celui qui accomplit un travail pour un employeur dans un lien de subordination juridique permanent⁷⁰⁷. En droit du travail, « l'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque les personnes (...) fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci »⁷⁰⁸. Mais ne pourrait-on pas créer une nouvelle catégorie de travailleur avec un autre critère que la subordination juridique ? Avec la démocratisation des smartphones possédés par des travailleurs économiquement dépendants, comme dans celles de certains salariés, la subordination juridique qui définit le contrat de travail doit être prise au pied de la lettre puisqu'ils sont en permanence connectés. Or, la subordination juridique n'est pas de nature à protéger de la domination du temps numérique qui n'est pas uniquement le fait de l'employeur ou du donneur d'ordre. « L'accélération du temps de travail excède de beaucoup la relation salarié-employeur ; elle est sociétale, paradigmatique. En somme, le lien de subordination ne protège que le salarié en tant que partie faible au contrat »⁷⁰⁹. La subordination est reconnue pour protéger le salarié à travers un rapport contractuel. Autrement dit, la protection s'opère avec le consentement, l'assentiment des parties au contrat. Or, le rapport de domination n'est pas un rapport contractuel mais bien une relation d'asservissement qui excède de loin le consentement. Il manque une notion juridique susceptible de protéger les « indépendants économiquement dépendants » en tant que partie faible de l'exécution du contrat, comme les salariés qui jouissent *a priori* d'une certaine autonomie. « Reconnaître aux côtés du lien de subordination un lien de domination apparaît essentiel. Ce lien de domination se définirait alors comme l'ensemble des conditions de travail qui lient le travailleur au-delà de son accord de volonté (accord de volonté émis tant au moment de la conclusion du contrat, qu'au moment de l'exécution du contrat lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le régime de la modification du contrat de travail). Ce lien habiliterait un contrôle judiciaire de la légitimité des conditions de travail. Autrement dit, il s'agirait

⁷⁰⁷ Le terme de « lien de subordination permanent » a été introduit par l'article 35 de la loi Madelin dans le code de la sécurité sociale à l'article L. 311-11 : « Les personnes physiques visées au premier alinéa de l'article 120-3 du code du travail ne relèvent du régime général de la sécurité sociale que s'il est établi que leur activité les place dans un lien de subordination juridique permanent à l'égard d'un donneur d'ordre (...) ». Loi n° 94-126 du 11 février 1994, relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle (JO, n°37, 13 février 1994, p. 2493).

⁷⁰⁸ C. trav. art. L. 8221-6.

⁷⁰⁹ C. Sintez, « De la subordination à la domination du salarié : la « preuve sociologique » par le temps de travail », *Siècles. Cahiers du Centre d'histoire « Espaces et Cultures »*, n° 35-36, 1 décembre 2012, p. 36.

d'introduire en droit du travail un critère de légitimité des conditions de travail »⁷¹⁰. On perçoit avec cette proposition de définition du lien de domination toute la complémentarité avec le lien de subordination. En ce qui concerne la vie privée du salarié et le temps de travail, certains temps sont par exemple consacré par le salarié à travailler à distance mais sont exclus du temps de travail par l'employeur⁷¹¹. Le lien de domination est une notion nécessaire qui permettrait de donner de l'unité aux possibilités du juge d'exercer pleinement un contrôle de légitimité des conditions de travail et une rémunération minimale.

173. **En Europe** - Certains de nos voisins européens ont opté pour des dispositifs proches d'un « statut intermédiaire », à des degrés divers. L'Espagne est le pays qui est allé le plus loin vers la création d'un statut intermédiaire entre le travail salarié et le travail indépendant. La loi portant sur les « travailleurs autonomes », adoptée en 2007, consacre également le statut de « travailleur autonome économiquement dépendant », en vertu de plusieurs critères : il doit « exercer une activité économique ou professionnelle à but lucratif de manière habituelle, personnelle, directe et prépondérante au profit d'une personne physique ou morale dénommée client, dont il dépend économiquement pour percevoir au moins 75 % des revenus de son activité professionnelle »⁷¹². Ces expériences très diverses ont pour point commun d'avoir instauré une protection qui s'inspire assez largement des règles du salariat. Il y a là une illustration de l'idée que la dépendance à l'égard d'autrui, même si elle n'est qu'économique et non juridique, justifie une protection particulière.

174. **L'intervention du législateur** - Une remodulation organique des protections suppose nécessairement l'intervention du législateur national. « Ces sujets justifient un débat dont il est aisé de deviner à la fois les difficultés et l'inéluctabilité puisque l'évolution des formes d'organisation économique a fait qu'une zone médiane se développe entre salariés et indépendants, mais aussi que les questions de sécurisation des parcours professionnels discontinus d'un nombre croissant de personnes ont acquis une importance majeure »⁷¹³. Dans les pays qui reconnaissent l'existence d'une catégorie intermédiaire entre les statuts de salarié et de travailleur indépendant, on

⁷¹⁰ *Ibid.*

⁷¹¹ *Infra.* Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 1, II, B, 2 : « un droit inadapté au temps des réseaux ».

⁷¹² FRANCE, Conseil d'orientation pour l'emploi, *L'évolution des formes d'emploi*, *op. cit.*, p. 187.

⁷¹³ C. Lenoir et F. Schechter, *L'avenir et les voies de régulation du portage salarial*, *op. cit.*, p. 44.

observe que la situation de dépendance économique va de pair avec la reconnaissance d'une série de droits dont ne jouissent pas les autres catégories de travailleurs indépendants, même si les droits en question sont moindres que ceux des salariés. Les droits du travailleur indépendant économiquement dépendant peuvent ainsi être relatifs à la protection sociale. Ils peuvent être aussi inspirés des garanties offertes par le droit du travail aux salariés. Dans cette mesure, ils peuvent s'appliquer aux relations individuelles entre le travailleur et son client (droit aux congés, durée maximale du travail, motifs particuliers de rupture du contrat, etc.) mais aussi conduire à reconnaître aux travailleurs indépendants économiquement dépendants le droit de s'organiser et d'agir collectivement pour défendre et poursuivre leurs intérêts professionnels⁷¹⁴. Jusqu'à présent en France, au cours des négociations sociales, les organisations syndicales ont refusé de négocier sur la sphère des indépendants, estimant que le sujet relève du seul domaine de la loi.

175. Droits liés à la dépendance économique - Le rapport sur le travail économiquement dépendant de Paul-Henri Antonmattéi et Jean-Christophe Sciberrasse fonde sur des expériences étrangères (Allemagne, Espagne, Italie, Royaume-Uni) qui ont apporté des solutions variées à la situation de cette catégorie particulière de travailleurs indépendants⁷¹⁵. Les deux rapporteurs préconisent une protection à « 3 étages » pour les travailleurs indépendants qui, travaillant seuls, sont liés à leur donneur d'ordre par un contrat d'une durée minimum de deux mois pour une activité correspondant à 50% de leur chiffre d'affaires. Ces derniers pourraient se voir garantir : des droits liés à la dépendance économique sans qu'il soit nécessaire de modifier la loi (droit à la représentation collective par des syndicats de travailleurs indépendants, droit de grève etc.) ; des droits garantis par la loi : droit au repos quotidien et hebdomadaire, droit aux indemnités forfaitaires en cas de rupture du contrat commercial et de motivation de cette rupture, droit à la protection de la santé et à de la sécurité au travail etc. ; des droits qui pourraient être accordés conventionnellement.

176. Responsabilité sociale des plateformes – La numérisation de l'économie implique une évolution du droit du travail, notamment pour les travailleurs utilisant une

⁷¹⁴ A. Perulli, *Travail économiquement dépendant/parasubordination : les aspects juridiques, sociales et économiques*, op. cit., p. 9.

⁷¹⁵ P.-H. Antonmattéi et J.-C. Sciberras, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, op. cit., p. 22.

plateforme de mise en relation par voie électronique⁷¹⁶. « Apparaît, nu, le travailleur exerçant une activité professionnelle. Apparaît, dans ses rapports avec lui, non pas une entreprise mettant en relation, à distance, par voie électronique des personnes (...) mais une plateforme »⁷¹⁷. Si ces utilisateurs en font « une source de revenus significative », « il convient de s'assurer que cette activité ne constitue pas une sorte de travail informel et qu'elle soit soumise à des obligations similaires, en termes de cotisations et taxes, que les activités du secteur formel »⁷¹⁸. La loi dite « travail »⁷¹⁹ prévoit d'ajouter ces travailleurs dans le Code du travail (tout en leur refusant le statut de salarié)⁷²⁰ et d'y définir la « responsabilité sociale des plateformes ». L'intitulé du livre III de la septième partie du Code du travail (partie législative) est ainsi modifié : « voyageurs, représentants ou placiers, gérants de succursales, entrepreneurs salariés associés d'une coopérative d'activité et d'emploi et travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique ». Les travailleurs de ces plateformes se voit ainsi reconnaître le droit à une assurance en matière d'accident du travail⁷²¹, d'un droit à la formation professionnelle, à la VAE⁷²², à la grève⁷²³, ainsi que la possibilité de constituer un syndicat⁷²⁴. Au delà de la force de l'expression « responsabilité sociale des plateformes », les dispositions restent de l'ordre de « l'habillage » et circonscrites à quelques droits que ces travailleurs avaient parfois acquis de longue date. On peut par exemple relever que selon le sixième alinéa du Préambule de 1946, la liberté syndicale est garantie à « tout homme ». On relèvera en revanche, que les litiges entre les plateformes numériques de mise en relation et les personnes mentionnées au présent titre relèvent selon une jurisprudence constante de la compétence des tribunaux de commerce⁷²⁵.

⁷¹⁶ D. Castel, « Numérique - Plateformes de services - Vers de nouvelles cotisations ? », *JT*, n° 179, 2015, p. 10.

⁷¹⁷ A. Lyon-Caen, « Plateforme », *RDT*, 2016, p. 301.

⁷¹⁸ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, p. 51.

⁷¹⁹ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », *op. cit.* (JO n°0184, 9 août 2016).

⁷²⁰ *Infra*. Partie 1, titre 1, chapitre 1, section 2, I, B, 2, b, « des risques de requalification ».

⁷²¹ C. trav. art. L. 7342-2, nouveau. « Lorsque le travailleur souscrit une assurance couvrant le risque d'accidents du travail ou adhère à l'assurance volontaire en matière d'accidents du travail mentionnée à l'article L. 743-1 du code de la sécurité sociale, la plateforme prend en charge sa cotisation, dans la limite d'un plafond fixé par décret ».

⁷²² C. trav. art. L. 7342-3, nouveau. « Le travailleur bénéficie du droit d'accès à la formation professionnelle continue prévu à l'article L. 6312-2. La contribution à la formation professionnelle mentionnée à l'article L. 6331-48 est prise en charge par la plateforme.

Il bénéficie, à sa demande, de la validation des acquis de l'expérience mentionnée aux articles L. 6111-1 et L. 6411-1. La plateforme prend alors en charge les frais d'accompagnement et lui verse une indemnité dans des conditions définies par décret ».

⁷²³ C. trav. art. L. 7342-5, nouveau. « Les mouvements de refus concerté de fournir leurs services organisés par les travailleurs mentionnés à l'article L. 7341-1 en vue de défendre leurs revendications professionnelles ne peuvent, sauf abus, ni engager leur responsabilité contractuelle, ni constituer un motif de rupture de leurs relations avec les plateformes, ni justifier de mesures les pénalisant dans l'exercice de leur activité ».

⁷²⁴ C. trav. art. L. 7342-6, nouveau. « Les travailleurs mentionnés à l'article L. 7341-1 bénéficient du droit de constituer une organisation syndicale, d'y adhérer et de faire valoir par son intermédiaire leurs intérêts collectifs ».

⁷²⁵ *Cass. soc.*, 14 avr. 1999, pourvoi n°97-40.697, *Bull. civ.*, V, °178.

177. **Charte collaborative** - On pourrait également s'inspirer de la technique de la négociation collective utilisée non seulement dans le cadre des relations salariées, mais aussi de relations professionnelles non salariées. Sa mise en œuvre serait extrêmement simple et n'imposerait aucune intervention législative. « Il suffirait que les entrepreneurs collaboratifs constituent une ou plusieurs associations syndicales, à partir ou desquelles ils négocieront avec la plateforme les conditions générales de la réalisation des prestations, ces conditions devant être reprises dans les contrats individuels, cette reprise, à laquelle l'entreprise s'engagerait, étant nécessaire pour rendre les dispositions opposables à l'entrepreneur. (...) La charte collaborative aurait pour objet premier de réguler les relations entrepreneurs/plateforme par la définition des conditions générales d'accès par l'entrepreneur collaboratif aux services de la plateforme, des conditions et montants minimaux de facturation aux consommateurs, des standards de qualité de prestations et de leur évaluation par les consommateurs »⁷²⁶.

178. **L'intégration à la communauté de travail** - « À la loi des pères est en train de succéder la loi des frères. Cela constitue un des principaux défis des organisations contemporaines afin de permettre de nouveaux modes de fonctionnement coopératifs »⁷²⁷. De manière générale, le travail en groupe favorise l'auto-organisation et l'éclatement des organisations. Jusqu'en 2006, les salariés mis à disposition ne pouvaient pas participer à l'élection des délégués du personnel de leur entreprise d'accueil⁷²⁸. Le Conseil constitutionnel s'est finalement prononcé sur leur sort, au visa de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Il a ainsi considéré que les salariés de l'entreprise extérieure intégrés de façon étroite et permanente à l'entreprise d'accueil sont habilités à participer aux élections des institutions représentatives du personnel de cette dernière⁷²⁹. Les juges ont écarté l'obligation d'être salarié de l'entreprise organisatrice des élections, et développé le critère de l'intégration à la communauté de travail. Cette position a été reprise par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 13 novembre 2008 dans lequel elle a jugé que « sauf

⁷²⁶ B. Serizay, « Quel statut pour les entrepreneurs collaboratifs ? », *op. cit.*, p. 5.

⁷²⁷ F. Silva, « L'entreprise entre dans la postmodernité », *Personnel*, n° 548, mars 2014, p. 52.

⁷²⁸ *Cass. Ass. plén.*, 6 juil. 1990, pourvoi n°89-60.581, *Bull. AP*, 1990, n°10.

⁷²⁹ *CC.*, 28 déc. 2006, déc. n°2006-545.

dispositions législatives contraires, les travailleurs mis à disposition d'une entreprise, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, inclus à ce titre dans le calcul des effectifs [...], sont à ce même titre électeurs aux élections des membres du comité d'entreprise ou d'établissement et des délégués du personnel »⁷³⁰. La Cour de cassation vient considérer que la présence dans les mêmes locaux et pendant une certaine durée renforce l'idée de communauté de travail⁷³¹. Cette prise en compte des salariés mis à disposition vient accentuer l'effet utile de la participation des travailleurs « à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises », telle que prévue à l'article 8 du Préambule de la Constitution de 1946⁷³².

179. Limite au droit de la sub-organisation - Selon Jacques Barthélémy, cette troisième voie présente toutefois l'inconvénient majeur « de remplacer une frontière floue par deux autres qui le seront tout autant » entre le salariat, le statut intermédiaire et celui de travailleur indépendant⁷³³. La création d'un nouveau statut juridique n'entraîne pas forcément les effets escomptés et souligne la difficulté de traiter la problématique de la protection des travailleurs indépendants économiquement dépendants, la création d'un statut juridique ne faisant pas disparaître de fait les frottements et stratégies de contournement (notamment les « faux indépendants »). La crainte est d'assister à un effet report important de l'emploi salarié vers cette nouvelle catégorie. L'exemple de l'Italie est révélateur des effets contrastés que peut entraîner une telle mesure : le nombre de travailleurs parasubordonnés, en « contrat de collaboration coordonnée et continue » présents dans les entreprises a très fortement augmenté au début des années 2000. Les caractéristiques principales du « contrat de collaboration coordonnée » sont l'absence de lien de subordination, l'absence de temps de travail prédéfinis, le collaborateur peut se faire assister par un tiers dans une certaine proportion, les services rendus doivent être continus, le salaire doit être fixé à l'avance⁷³⁴. Alors que l'intention des autorités était principalement de reporter vers le salariat les « faux autonomes », le nombre de contrats de collaboration a au contraire

⁷³⁰ Cass. soc., 13 nov. 2008, pourvois n°07-60.465, 07-60.469, 07-60.470, 07-60.471, 07-60.472, Bull. civ., V, n°218.

⁷³¹ D. Chatard et F. Riquoir, « Mise à disposition de salariés : comment faire en pratique ? », *op. cit.*, p. 19.

⁷³² Y. Pagnerre et G. Saincaize, « L'intégration des salariés mis à disposition : nouvelles conditions, nouveaux effets », *JCP S*, n° 36, 1 septembre 2009, p. 1368.

⁷³³ J. Barthélémy, « Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *op. cit.*, p. 35.

⁷³⁴ C. Azaïs, *Labour and Employment in a Globalising World: Autonomy, Collectives and Political Dilemmas*, Peter Lang, 2010, p. 178.

connu une forte augmentation⁷³⁵. En second lieu, ce régime n'offre pas la certitude d'appréhender de manière exhaustive l'ensemble des situations concernées, dont la diversité n'a cessé de s'accroître⁷³⁶. Opter pour une protection particulière du travailleur économiquement dépendant effraie certaines organisations syndicales de salariés contraintes de « revoir leurs fondamentaux »⁷³⁷. Le risque peut être pourtant pris dès lors que le problème essentiel de la distinction entre le travail salarié et le travail indépendant ne tient pas à la difficulté de fixer la frontière mais à l'incapacité de cette opposition binaire à répondre de manière satisfaisante aux diverses situations d'activité professionnelle. Le débat sur la frontière du droit du travail et la définition de la subordination est fondamental. Certes il ouvre nécessairement une remise en cause au moins partiel du droit que nous connaissons, mais refuser de le reconnaître revient à abandonner ces travailleurs à leur sort. C'est en effet refuser leur développement, et les priver d'une nouvelle source d'emplois. Un raisonnement binaire est préjudiciable à l'emploi et à plus long terme à tous les travailleurs. La création d'une catégorie intermédiaire entre travail salarié et travail indépendant constitue une troisième voie, laquelle n'est pas nécessairement incompatible avec l'hypothèse de l'émergence d'un droit de l'activité professionnelle.

b. Un socle de droits fondamentaux.

180. Paupérisation du système social - Le basculement dans l'économie numérique ébranle le marché du travail et favorise l'emploi non salarié. La « révolution numérique » permet l'émergence de gains de productivité et paradoxalement d'une « paupérisation du système social voire économique »⁷³⁸. L'enjeu est d'éviter les risques de renforcement de la bipolarisation entre emplois salariés durables et qualifiés, et emplois non salariés précaires et peu qualifiés. Il convient de prendre garde à la fragmentation excessive du droit, avec la création de « statuts à la carte » pour prendre en compte, au fur et à mesure des sollicitations, les particularités de chaque profession ou de chaque situation⁷³⁹. « Nous devons nous préparer à vivre dans une société post-salariale mais pour cela il convient de réinventer un système de protection sociale afin que cette

⁷³⁵ FRANCE, Conseil d'orientation pour l'emploi, *L'évolution des formes d'emploi*, op. cit., p. 184.

⁷³⁶ *Ibid.*, p. 185.

⁷³⁷ P.-H. Antonmattéi et J.-C. Sciberras, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, op. cit., p. 8.

⁷³⁸ M.-J. Kotlicki, *Les nouveaux rapports industrie/services à l'ère du numérique*, op. cit., p. 5.

⁷³⁹ FRANCE, Conseil d'orientation pour l'emploi, *L'évolution des formes d'emploi*, op. cit., p. 14.

mutation ne nous ramène pas à l'époque de Zola »⁷⁴⁰. Dès lors, comment optimiser le potentiel de créations d'emplois et la protection du plus grand nombre ?

181. Solidarité au delà des statuts - La protection des actifs est née des métiers. Elle s'est développée sur la base du salariat, dans le cadre d'appartenances professionnelles stables et définies. Progressivement, elle s'est orientée vers la solidarité. Sans dénier son caractère collectif, il s'agit maintenant de l'organiser autour de la personne⁷⁴¹. La civilisation naissante du savoir doit « dépasser le clivage entre indépendants et salariés au profit d'un droit de l'activité les regroupant et dans laquelle le droit et la Sécurité sociale jouera un rôle essentiel »⁷⁴². Il s'agirait de construire un droit de l'activité professionnelle, composé d'un « socle de droits fondamentaux »⁷⁴³ applicables à tous quelle que soit la forme juridique de l'exercice de leur activité professionnelle.

182. Unifier la protection sociale - Les pyramides se transforment peu à peu en toile. La frontière qui permet d'identifier les situations professionnelles est peu claire. Les nouvelles formes d'emplois dits collaboratifs posent la question du régime social des indépendants (RSI). Un travailleur freelance, dont la multiplicité des clients l'amène à être rémunéré sous différents statuts (salariat, auto-entrepreneur...), se retrouve contraint de cotiser à autant de caisses de retraite ou d'assurance-maladie. Par ailleurs, les micro-entrepreneurs de l'économie numérique sont rarement conduits à investir dans un outil de travail dont la revente constituerait pour eux une épargne retraite (contrairement aux professions indépendantes traditionnelles). Cette complexité pourrait disparaître par la fusion des régimes ; une telle fusion générale nécessiterait de déterminer les caractéristiques du régime commun aux salariés et aux entrepreneurs⁷⁴⁴. Le rapport de la mission Mettling propose ainsi de « réinscrire les nouvelles formes de travail dans notre système de protection sociale »⁷⁴⁵. La question de la mise en place d'un statut pour les contributeurs indépendants, leur permettant l'accès à une protection sociale et la rémunération de leurs qualifications, doit être posée en effet posée en

⁷⁴⁰ *Freelance, auto-entrepreneurs, slashers : doit-on dire adieu au salariat ?*, <http://www.lopinion.fr/26-aout-2015/freelance-auto-entrepreneurs-slashers-doit-on-dire-adieu-salariat-27476>, consulté le 2 septembre 2015.

⁷⁴¹ FRANCE, S. Mahfouz, M. Boisson-Cohen, H. Garner et P. Laffon, *Le compte personnel d'activité, de l'utopie au concret*, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁴² J. Barthélémy, « Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *op. cit.*, p. 44.

⁷⁴³ A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*, p. 131.

⁷⁴⁴ B. Serizay, « Quel statut pour les entrepreneurs collaboratifs ? », *op. cit.*, p. 6.

⁷⁴⁵ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, p. 50.

instaurant si nécessaire des contributions sociales sur ces activités⁷⁴⁶. Des sociétés comme *Uber* ou *Airbnb* doivent être soumises aux mêmes lois que l'ensemble des entreprises de leurs secteurs, notamment en ce qui concerne leur assiette de taxation en France. Il s'agit, dans le prolongement du compte personnel d'activité, de construire puis garantir un cadre juridique pour favoriser l'exercice de nouvelles formes de travail en définissant un socle de droits attachés à la personne et sa contribution indispensable au financement de notre système de protection sociale. Ce niveau de protection pourrait être établi en rapport avec le niveau d'activité. Les avantages d'une telle évolution seraient : pour les employeurs, d'éviter la notion de délit de marchandage et de palier les problèmes liés aux écarts existants entre les conventions collectives ; pour les salariés ou les indépendants, de favoriser l'évolution et la sécurisation du parcours professionnel, y compris lors des périodes hors salariat. Dans le sens de cette évolution, le législateur a approuvé le principe d'assujettir aux cotisations sociales les particuliers qui louent leurs biens sur les plates-formes Internet, à partir d'un certain seuil de revenu. Jusqu'à présent, ils devaient payer des impôts sur les revenus tirés de cette activité de location mais pas de cotisations sociales⁷⁴⁷.

183. Compte personnel d'activité - Il faut faire du Code du travail un code recouvrant l'activité en général, en l'ouvrant à de nouvelles professions ou formes d'exercices, et avec des règles et des niveaux de protection différents selon les conditions d'exercice de leur activité⁷⁴⁸. Il existe déjà un certain nombre de mécanismes visant à dépasser le contrat de travail pour attacher les droits à la personne. C'est le cas, par exemple, du compte personnel de formation⁷⁴⁹ ou du compte épargne temps⁷⁵⁰. L'article 38 de la loi du 17 août 2015⁷⁵¹ relative au dialogue social et à l'emploi a prévu la mise en place du « compte personnel d'activité » (CPA). Le législateur donnait la définition suivante au CPA : c'est un compte « qui rassemble, dès son entrée sur le marché du travail et tout au long de sa vie professionnelle, indépendamment de son statut, les droits sociaux personnels utiles pour sécuriser son parcours professionnel ».

⁷⁴⁶ M.-J. Kotlicki, *Les nouveaux rapports industrie/services à l'ère du numérique*, *op. cit.*, p. 44.

⁷⁴⁷ « Loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017 » (JO n°0299, 24 décembre 2016).

⁷⁴⁸ O. Charbonnier et S. Enlart, *A quoi ressemblera le travail demain ? Technologies numériques, nouvelles organisations et relations au travail*, Paris, Dunod, 2013, p. 86.

⁷⁴⁹ Disponible tout au long de sa vie professionnelle, le compte personnel de formation permet de choisir une formation qualifiante favorisant l'évolution professionnelle et en réponse aux besoins du marché de l'emploi. « Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale ».

⁷⁵⁰ C. trav. L. 3151-1 à L. 3154-3 et D. 3154-1 à D. 3154-6. Le compte épargne-temps permet au salarié d'accumuler des droits à congé rémunéré ou de bénéficier d'une rémunération, immédiate ou différée, en contrepartie des périodes de congé ou de repos non prises ou des sommes qu'il y a affectées.

⁷⁵¹ « Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi », *op. cit.* (JO n°0189, 18 août 2015, p. 14346).

L'article 39 de la loi « travail »⁷⁵² en prévoit les modalités. Effectif dès le 1er janvier 2017 pour tous les salariés et les demandeurs d'emploi, et le 1er janvier 2018 pour les travailleurs indépendants, le CPA est un outil qui doit permettre « de renforcer l'autonomie et la liberté d'action de son titulaire et de sécuriser son parcours professionnel en supprimant les obstacles à la mobilité »⁷⁵³. La notion de compte renvoie à une sémantique technologique : portabilité, rechargeable, transférabilité, tout ce vocabulaire est technique et peut poser des problèmes de traduction en droit⁷⁵⁴. Grâce à un point d'entrée unique sur internet, le CPA permet d'accéder à l'ensemble de ses droits sous forme de points (congés, pénibilité, formations, chômage, retraite) et de les mobiliser de façon autonome⁷⁵⁵. Le CPA est l'idée qu'on ne peut plus baser le système de Sécurité sociale sur l'emploi stable mais il faut des dispositifs prenant en compte la plus grande mobilité précarité du marché du travail. « Ouvert de 16 ans jusqu'au décès, pour toute personne résidant en France, et il a un triple objectif consistant à sécuriser les parcours professionnels, à donner une plus grande autonomie en réduisant les inégalités entre actifs et à permettre à chacun d'avoir accès aux droits sociaux ; la nécessité de l'accompagnement ; et l'importance de tirer pleinement parti des potentialités qu'offre le numérique »⁷⁵⁶. Le compte personnel d'activité s'impose comme un droit de la personne, une personne placée au cœur du dispositif qui la prend pour objet. « Le CPA apparaît plus exactement comme un authentique droit social universel fondé sur un régime de solidarité. Il porte sur l'activité de la personne, qui recouvre des situations bien plus larges que le travail, et entend sécuriser le parcours professionnel de celle-ci »⁷⁵⁷. Dans les faits, la vocation universelle est toutefois remise en cause. L'objectif visant à assurer la continuité des droits sociaux de la personne ne sera en effet pas poursuivi de manière identique selon le scénario retenu. À l'origine vecteur d'une évolution significative du Code du travail, la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 se

⁷⁵² « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », *op. cit.* (JO n°0184, 9 août 2016).

⁷⁵³ C. trav. art. L. 5151-1, nouveau. Le compte personnel d'activité a pour objectifs, par l'utilisation des droits qui y sont inscrits, de renforcer l'autonomie et la liberté d'action de son titulaire et de sécuriser son parcours professionnel en supprimant les obstacles à la mobilité. Il contribue au droit à la qualification professionnelle mentionné à l'article L. 6314-1. Il permet la reconnaissance de l'engagement citoyen.

⁷⁵⁴ L. Bedja, « Réflexions autour du compte personnel d'activité », *Hebdo édition sociale*, n° 652, avril 2016.

⁷⁵⁵ Par exemple, le titulaire du compte pourrait choisir d'accumuler des droits au congé rémunéré ou de lui préférer une rémunération, immédiate ou différée, en contrepartie des périodes de congé ou de repos non prises. De même, libre aux actifs engagés dans des professions dont la pénibilité est reconnue (horaires, postures, bruits, agents chimiques,...), de convertir les points accumulés en formations, rémunération, ou points de retraite. *Le compte personnel d'activité en trois questions*, France Stratégie, 2015, p. 2.

⁷⁵⁶ FRANCE, S. Mahfouz, M. Boisson-Cohen, H. Garner et P. Laffon, *Le compte personnel d'activité, de l'utopie au concret*, *op. cit.*, p. 133.

⁷⁵⁷ M. Lafargue, « La personne au centre des réformes sociales : le compte personnel d'activité », *RDSS*, 2016, p. 358.

contentent de dessiner les bases du « compte personnel d'activité »⁷⁵⁸, alors qu'il devait d'abord permettre de faire entrer les nouvelles activités rémunérées du collaboratif dans le droit du travail. Si la loi ouvre aux indépendants les formations et validations des acquis, elle ne leur octroie ni congés rémunérés, ni assurance chômage. Finalement, dans sa version actuelle, le CPA pourrait bien être une « tempête dans un verre d'eau » ou une « coquille vide » enchérissant le coût du travail sans clarifier la situation des travailleurs qui en avaient le plus besoin⁷⁵⁹. Il convient toutefois de relever que pour arriver à son terme, ce dispositif demandera du temps et des efforts ainsi que de fréquents réajustements, qui sur de nombreux plans pourrait permettre de valoriser la personne⁷⁶⁰. Par ailleurs, le compte personnel d'activité ne saurait être à lui seul la réponse à l'ensemble des problèmes de l'emploi et du travail. Si l'originalité du CPA est de reconnaître l'existence de droits attachés à la personne, le risque existe aussi d'enfermer le dispositif dans une gestion individuelle des droits sociaux œuvrant à la déconstruction des solidarités collectives⁷⁶¹. « Ne faut-il pas étudier le chômage numérique, susceptible de révéler sa singulière parenté avec le chômage des intermittents du spectacle dont le régime d'indemnisation pourrait servir de modèle ? (...) Jadis, observant les coursiers motorisés travaillant à la demande, nos amis italiens les nommèrent, avec le sourire, « poney express », comme s'ils voulaient montrer que dans la nouveauté, gît toujours une expérience passée. Sagesse que le législateur contemporain pourrait faire sienne »⁷⁶².

184. Conclusion section - La définition dite « traditionnelle » du contrat de travail devient de plus en plus incertaine. Il y a encore 30 ans, on pouvait lire le droit du travail comme une tentative de création d'un équilibre face à une dualité de logiques entre employeurs et salariés, et à une opposition structurelle des intérêts de chaque groupe. On observe aujourd'hui, « un découplage entre un droit du travail arquebouté sur une conception communautaire de l'entreprise au sein de laquelle il a pour objectif de légitimer les rapports de domination, et une réalité sociale qui tend plutôt à faire

⁷⁵⁸ Les droits inscrits sur le CPA demeurent acquis par leur titulaire jusqu'à leur utilisation ou à la fermeture du compte (C. trav. art. L. 5151-3, nouveau). Le CPA ne peut être mobilisé qu'avec l'accord exprès de son titulaire. Le refus du titulaire du CPA de le mobiliser ne constitue pas une faute (C. trav. art. L. 5151-4, nouveau). Chaque titulaire d'un CPA aura connaissance des droits inscrits sur celui-ci et pourrait les utiliser en accédant à un service en ligne gratuit. Ce service en ligne sera géré par la Caisse des dépôts et consignations (C. trav. art. L. 5151-6, I, nouveau). Chaque titulaire d'un CPA aura également accès à une plateforme de services en ligne, qui lui fournirait une information sur ses droits sociaux ; lui donnerait accès à un service de conservation de ses bulletins de paie, lorsqu'ils ont été transmis par l'employeur sous forme électronique (C. trav. art. L. 3243-2).

⁷⁵⁹ B. Serizay, « La loi travail : une tempête dans un verre d'eau », *Les Cahiers Sociaux*, n° 286, juin 2016, p. 286.

⁷⁶⁰ M. Lafargue, « La personne au centre des réformes sociales : le compte personnel d'activité », *op. cit.*, p. 358.

⁷⁶¹ N. Maggi-Germain, « Le compte personnel d'activité, requiem for a dream ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 541.

⁷⁶² A. Lyon-Caen, « Plateforme », *op. cit.*, p. 301.

apparaître l'entreprise comme une institution politique au sein de laquelle coopèrent difficilement, des agents aux préférences hétérogènes et jouissant d'une autonomie relative »⁷⁶³. L'emploi numérique n'est pas constitué que d'ingénieurs informatiques ; ce sont aussi les chauffeurs de VTC, les emplois logistiques de la vente en ligne, les particuliers qui offrent des prestations touristiques, des travaux de réparation, etc. En réalité, l'économie numérique crée principalement deux catégories d'emplois : d'une part, des emplois bien rémunérés, à dimension managériale ou créative, requérant une qualification élevée ; d'autre part, des emplois peu qualifiés et non routiniers, largement concentrés dans les services à la personne⁷⁶⁴. « Loin d'avoir réussi à trouver un langage commun employés-salariés »⁷⁶⁵, l'informatisation de l'économie s'est faite sans réorganisation des processus juridiques. Comme le souligne une récente étude de France Stratégie : « Internet a favorisé le renforcement de pratiques sociales et d'organisations horizontales, bousculant les hiérarchies. La relation à l'autorité est mise en question, notamment dans les champs de la connaissance, avec la floraison des ressources en ligne et l'importance de l'apprentissage entre pairs »⁷⁶⁶. Dans le même temps, les dispositifs numériques sont paradoxalement aussi outils de pouvoir et de contrôle. Ils servent à contrôler l'efficacité des services ; c'est la raison pour laquelle les organisations hiérarchisées, verticales ne peuvent plus se passer de ces outils de gestion. « Ses deux corollaires, le besoin d'une gestion individualisée des salariés et la nécessaire flexibilité des relations de travail ont vocation à structurer durablement la relation de l'entreprise à ses collaborateurs. Ils devront toutefois être conciliés avec le besoin de tout travailleur de jouir sur la durée d'un sentiment de sécurité qui libère ses capacités d'initiatives individuelles, et avec la nécessité de maintenir un lien d'appartenance collective au sein de l'entreprise »⁷⁶⁷. Ce que l'on peut retenir, c'est qu'il n'y a donc pas substitution, mais tension, entre le vertical et l'horizontal. Cette instabilité organisationnelle qui caractérise l'entreprise dans un environnement compétitif ne disparaîtra pas dans les prochaines années sans un réexamen profond de notre système juridique. Si dans les organisations pyramidales, il est aisé d'identifier les rapports d'autorité, cette identification est beaucoup plus délicate lorsque l'entreprise est dispersée géographiquement et lorsque la gestion du personnel a pour principe la

⁷⁶³ J. Icard, « L'impact des NTIC au sein des entreprises post-industrielles », *Cahiers sociaux*, n° 178, p. 107.

⁷⁶⁴ N. Colin, A. Landier, P. Mohnenc et A. Perrot, *Économie numérique*, op. cit., p. 9.

⁷⁶⁵ S. Claudia, « Ce pouvoir qui fait obstacle au développement des compétences professionnelles », *Revue Européenne du droit social*, XV, 2012, p. 132.

⁷⁶⁶ FRANCE, *Note d'analyse internet : prospective 2030*, Commissariat Général à la Stratégie et à la Prospective, 2013, p. 11.

⁷⁶⁷ *L'entreprise de l'après-crise : Renouveler la contribution de l'entreprise à la cohésion sociale*, L'institut de l'entreprise, 2010, p. 7.

responsabilisation et l'autonomisation des salariés qui sont les corollaires de l'informatisation de la société. Face la diversification des formes d'emploi et à l'émergence de formes hybrides entre travail salarié et travail indépendant, la doctrine avance trois principales options : la réaffirmation et la clarification de la distinction fondamentale entre travail salarié et indépendant, la création d'un socle de garanties commun à l'ensemble des statuts ou la conception d'un statut intermédiaire entre travail salarié et indépendant. Ces options, théoriquement distinctes, ne sont en réalité pas exclusives dans les faits : elles peuvent se combiner et c'est d'ores et déjà ce qui se passe, avec un « certain continuum » de formes juridiques qui se met progressivement en place, dans les cadres existants un peu revisités⁷⁶⁸.

185. **Changer de logique** - Selon Philippe Askenazy et Christian Gianella, « seules les industries ayant simultanément adopté des pratiques de travail flexibles et fortement investi en informatique ont enregistré une forte hausse de la productivité totale des facteurs »⁷⁶⁹. Or il « a fallu plus de vingt ans pour qu'après la substitution des machines à vapeur par des moteurs électriques, l'électrification s'impose à travers de nouvelles formes d'organisation productive, lesquelles ont débouché sur les gains de productivité massifs des années 30 »⁷⁷⁰. De même, la « computerisation » des entreprises n'engendrera que des gains modestes pour la société tant que les logiques industrielles, au sens de production de la valeur, n'auront pas intégré les logiques numériques dans la société. Si la mise en œuvre d'une organisation horizontale était difficilement compatible avec les impératifs de l'industrie manufacturière du siècle dernier, faire perdurer une organisation verticale dans des organisations fortement informatisées l'est tout autant. En définitive, les critères supplétifs qui permettaient jadis d'intégrer des « constellations d'emplois exceptionnels (...) à l'aide de mécanismes juridiques valables pour les relations de travail normales »⁷⁷¹ sont devenus inopérants. A terme, « les formes modernes d'organisation du travail et de la production doivent conduire à reconsidérer la notion même de subordination dans le travail, au-delà de la seule subordination dite juridique »⁷⁷².

⁷⁶⁸ FRANCE, Conseil d'orientation pour l'emploi, *L'évolution des formes d'emploi*, op. cit., p. 14.

⁷⁶⁹ P. Askénazy et C. Gianella, « Le paradoxe de productivité : les changements organisationnels, facteur complémentaire à l'informatisation », op. cit., p. 219.

⁷⁷⁰ O. Bomsel et G. Le Blanc, « Qu'est ce que l'économie numérique? », op. cit., p. 84.

⁷⁷¹ S. Simitis, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », op. cit., p. 658.

⁷⁷² Z. Narvaiza, *Avis du Comité économique et social européen sur les «Nouvelles tendances du travail indépendant: le cas particulier du travail indépendant économiquement dépendant»*, Comité économique et social européen, 2010.

Conclusion chapitre

186. **Fin du modèle taylorien d'emploi** – On assiste à la fin du modèle taylorien d'emploi, avec l'avènement d'une économie où tout à la fois l'immatériel et l'investissement personnel des travailleurs sont prédominants. Le mode de rémunération du travail, qui ne prend en compte que le temps mis à disposition pour valoriser directement le capital technique, ne correspond plus à la valeur du « capital humain » véritablement engagé dans la production. Cette valeur est en effet constituée, pour une part dominante, d'intelligence, d'informations, de savoirs accumulés et constamment actualisés tout au long de l'existence et largement en dehors de l'entreprise⁷⁷³. Alors que la plupart des progrès de l'humanité se sont accomplis en sanctuarisant certains biens (le corps humain dans le travail par exemple pour éviter l'esclavage), « la possibilité même de vendre le produit de l'activité humaine intelligente (l'économie du savoir) suppose (...) de délivrer le cerveau de la contrainte harassante de chercher au jour le jour sa survie »⁷⁷⁴. Les activités « hors-travail » prenant de plus en plus d'importance dans les processus productifs⁷⁷⁵; il conviendrait pour certains auteurs de les rémunérer par une allocation universelle⁷⁷⁶, étant entendu que cette valeur ne peut être individualisée parce qu'elle est constituée « d'une part de richesses dont personne ne peut s'attribuer la paternité et qui résulte de tout ce que nos prédécesseurs ont accumulé de connaissances, de capacités et de résultats, et de tout ce que notre activité présente ajoute à cet héritage commun »⁷⁷⁷. Dégagées des contingences matérielles de survie et d'entretien, les personnes arbitreront entre l'emploi rémunéré aux conditions d'un marché libéré des statuts et les autres types d'activités ou d'occupations, notamment domestiques, sociales et citoyennes⁷⁷⁸.

⁷⁷³ Y. Bresson, « Le cœur de l'accord, garantir le revenu », *op. cit.*, p. 129.

⁷⁷⁴ *Aujourd'hui, qu'est ce qu'une externalité?*, <http://www.paristechreview.com/2011/03/11/qu-est-ce-qu-une-externalite/>, consulté le 6 novembre 2015.

⁷⁷⁵ Michel Bouvard, Thierry Carcenac, Jacques Chiron, Philippe Dallier, Jacques Genest, Bernard Lalande et Albéric De Montgolfier, *L'économie collaborative : propositions pour une fiscalité simple, juste et efficace*, *op. cit.*, p. 49.

⁷⁷⁶ Le revenu de base également appelé revenu universel, est un concept ancien, qui se présente comme un revenu de base versé à tous, d'un montant permettant de vivre, indépendamment du besoin qu'en a celui qui la reçoit, et sans obligation de travail en contrepartie. C. Chauvet, « La notion d'égalité des chances chez Jeremy Bentham », *Revue d'études benthamiennes*, n° 3, 1 octobre 2007.

⁷⁷⁷ R. Lafore, « L'allocation universelle : une fausse bonne idée », *op. cit.*, p. 686.

⁷⁷⁸ Juridiquement, le revenu de base pourrait prendre appui sur le préambule de la Constitution de 1946, repris par la Constitution de la Cinquième République. Ce dernier « proclame comme particulièrement nécessaire à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après ». Parmi ces principes figure cette première affirmation : « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi » et plus loin ce second alinéa : « Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler, a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ». En établissant un droit au revenu dissocié de la contrainte de travail, on peut alors mieux penser le droit au travail comme tel, c'est-à-dire « comme un droit et non comme un devoir imposé de l'extérieur par la nécessité de gagner un revenu ». J.-M. Ferry, *L'allocation universelle. Pour un revenu de citoyenneté*, Cerf., Paris, Cerf, 1995, p. 46.

Chapitre 2 Le droit de l'existence du contrat

187. **La dématérialisation des processus RH** - La gestion de ressources humaines est souvent un processus long et coûteux pour les entreprises. Depuis les années 1990, internet joue un rôle croissant dans la coordination du marché du travail. D'abord centrée sur des segments spécifiques, son utilisation s'étend à mesure qu'augmente la part des internautes dans la population⁷⁷⁹. Popularisé par les réseaux sociaux professionnels et les CV en ligne, la dématérialisation des processus de recrutement facilite la communication des informations. Elle permet au salarié d'avoir une vision d'ensemble et au manager de passer plus de temps dans l'analyse des documents que dans leur recherche. La dématérialisation concerne aussi bien l'acte de candidature qui permet la rencontre entre le « chercheur d'emploi » et le recruteur (section 1) que l'existence du contrat de travail qui formalise la relation entre le salarié et l'employeur (section 2).

Section 1 Le marché numérique de l'emploi

188. **Marché de l'emploi** – Les nouvelles technologies et le numérique ont profondément transformé le fonctionnement du marché du travail et notamment les conditions d'appariement entre offre et demande de travail⁷⁸⁰. Le secteur de l'emploi n'est encore qu'au début de sa transformation numérique : « la maîtrise et l'ouverture des données et de l'analyse statistique du marché de l'emploi pourraient s'avérer déterminantes pour fluidifier le marché du travail et lutter contre le chômage »⁷⁸¹. L'usage croissant du *Big Data* permet notamment d'identifier les informations les plus pertinentes contenues dans les candidatures⁷⁸². Parallèlement, l'utilisation des réseaux sociaux, donc du partage immédiat et continu d'éléments de la vie privée ou professionnelle des internautes, fait partie de la vie quotidienne de la plupart d'entre eux. Si le choix d'un futur salarié est toujours laissé à la libre appréciation de

⁷⁷⁹ R. Kessler, J.-M. Torres-Moreno et M. El-Bèze, « E-Gen : traitement automatique d'informations de ressources humaines », *Document numérique*, Vol. 13, n° 3, 1 avril 2011, p. 95.

⁷⁸⁰ FRANCE, Conseil d'orientation pour l'emploi, *Les réformes des marchés du travail en Europe*, Conseil d'orientation pour l'emploi, 2015, p. 74.

⁷⁸¹ FRANCE et P. Lemoine, *La nouvelle grammaire du succès - La transformation numérique de l'économie française*, op. cit., p. 126.

⁷⁸² *Méthodes de recrutement : l'impact du numérique*, <http://www.fedhuman.fr/methodes-de-recrutement-limpact-du-numerique>, consulté le 24 juin 2015.

l'employeur, celui-ci doit respecter un certain nombre de règles lors du recrutement⁷⁸³. La question est de savoir si les nouvelles pratiques s'inscrivent dans le respect de ces droits⁷⁸⁴. Il convient tout d'abord d'évaluer les principes qui encadrent la collecte et l'exploitation des données (I) puis ceux qui encadrent les droits du candidat (II)

I. La collecte des données sur le candidat

189. « **e-recrutement** » - « Le recrutement vise l'ensemble des opérations qui précèdent l'éventuelle conclusion d'un contrat de travail. C'est le moment pour les futurs employeurs, de la recherche de l'évaluation et du tri de candidats. C'est le moment pour les salariés, de la recherche d'emploi »⁷⁸⁵. Le numérique permet d'améliorer l'efficacité du processus de recrutement, notamment pour aller chercher les candidats là où ils se trouvent⁷⁸⁶. Les entreprises lancent ainsi de nouveaux processus pour digitaliser les recrutements : tests en ligne, entretiens par visioconférence, etc. Le recrutement classique (l'entretien d'embauche avec CV papier) laisse progressivement place à d'autres méthodes. La plus ancienne consiste à envoyer un mail avec en pièce jointe le CV et la lettre de candidature. Plus récemment, des procédés originaux ont fait leur apparition. Il en est ainsi du « CV vidéo »⁷⁸⁷ diffusé sur internet qui permet au candidat de se présenter à l'entreprise. La validité de certaines pratiques peut toutefois être remise en cause en l'absence de fondements juridiques pertinents. La procédure de recrutement et d'évaluation du candidat par l'intermédiaire des technologies de l'information et de la communication est en effet soumise à quatre exigences : la transparence (A), la pertinence (B), la finalité (C) et la non discrimination (D).

⁷⁸³ Le Conseil Constitutionnel dans une décision rendue le 20 juillet 1988 a déduit de la liberté d'entreprendre que l'employeur, responsable de l'entreprise, peut choisir librement ses collaborateurs. Cons. Const., 20 juillet 1988, décision n°88-244 DC: JO 21 juillet 1988, p. 9449.

⁷⁸⁴ *Le numérique et les droits fondamentaux*, Conseil d'Etat, 2014, p. 388.

⁷⁸⁵ E. Peskine et C. Wolmark, *Droit du travail*, 9. éd., Paris, Dalloz, 2014.

⁷⁸⁶ FRANCE, Conseil d'orientation pour l'emploi, *L'impact d'internet sur le fonctionnement du marché du travail*, Conseil d'orientation pour l'emploi, 2015, p. 42.

⁷⁸⁷ La vidéo doit être une manière originale de faire ressortir les qualités, ainsi que la passion et l'enthousiasme du candidat pour votre domaine de spécialité. Ce type de CV ne se prête donc pas à toutes les offres : s'il convient parfaitement aux secteurs créatifs comme le marketing, la communication ou la publicité...

A. *Transparence*

190. **Données sur Internet** - La meilleure façon de prédire un comportement n'est-il d'identifier la personnalité de son auteur ? Selon la CNIL, la collecte de références auprès de l'environnement professionnel du candidat (supérieurs hiérarchiques, collègues, maîtres de stages, clients fournisseurs ...) n'est pas contraire aux dispositions de l'article 25 de la loi du 6 janvier 1978 dès lors qu'elle n'est pas faite à l'insu du candidat⁷⁸⁸. Mais qu'en est-il de la collecte d'information librement accessibles sur internet ?⁷⁸⁹ Les tweets étant publics, il est aisé de développer une analyse de personnalité des utilisateurs qui s'y expriment⁷⁹⁰. Partant de cette-ci, l'entreprise pourrait calculer un « score de recrutement » en fonction de la personnalité des utilisateurs de *Twitter*.

191. **L'information du candidat** - *A priori* le recruteur qui utiliserait un tel dispositif se placerait hors de la loi. En application des dispositions de l'article 25 de la loi du 6 janvier 1978, la collecte de données, par tout moyen frauduleux, déloyal ou illicite est interdite. Suivant l'article L. 1221-9 du code du travail : « Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ». Candidats comme employés doivent ainsi être informés : de l'identité du responsable du fichier (cabinet de recrutement ou service des ressources humaines), de l'objectif poursuivi (gestion des candidatures ou gestion du personnel), du caractère obligatoire ou facultatif des réponses ainsi que des conséquences à leur égard d'un défaut de réponse, des destinataires des informations (autres cabinets de recrutements, par exemple), des conditions d'exercice de leurs droits d'opposition (pour motif légitime), d'accès et de rectification⁷⁹¹. La collecte

⁷⁸⁸ « CNIL, délibération n° 02-017, 21 mars 2002 ».

⁷⁸⁹ Google se sert de son moteur de recherche pour détecter les internautes dont les questions sont les mêmes que celles que se posent ses ingénieurs, et leur proposer des défis automatisés qui permettent de passer de premiers entretiens d'embauche avec un logiciel, avant de rencontrer les recruteurs humains. *Quand Google recrute en regardant les requêtes de ses utilisateurs*, <http://www.numerama.com/magazine/34025-quand-google-recrute-en-regardant-les-requetes-de-ses-utilisateurs.html>, consulté le 31 août 2015.

⁷⁹⁰ C'est le propos de ce programme de recherche d'IBM, qui utilise l'expertise en big data de l'entreprise, pour proposer une « Twitter Personality Analysis ». Par le biais d'une analyse psycholinguistique, le logiciel dessine une cartographie de votre personnalité : quels sont vos traits de personnalité principaux, vos valeurs, les éléments clefs de votre comportement social, vos besoins. *Cahier de Tendances 2014*, *op. cit.*, p. 51.

⁷⁹¹ En application des dispositions de l'article 27 de la loi du 6 janvier 1978 les personnes auprès desquelles sont recueillies des informations nominatives doivent être informées : du caractère obligatoire ou facultatif des réponses ; des conséquences à leur égard d'un défaut de réponse ; des personnes physiques ou morales destinataires des informations ; de l'existence d'un droit d'accès et de rectification. En application des articles 26, premier alinéa et 45, deuxième alinéa de la loi du 6 janvier 1978, toute personne a le droit de s'opposer, pour des raisons légitimes, à ce que des informations nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement. Lorsque de telles informations sont recueillies par voie de questionnaires, ceux-ci doivent porter mention de ces

d'informations, mais également les méthodes de recrutements, doivent être transparentes. Ces dispositions s'appliquent indifféremment aux salariés comme aux candidats dans l'emploi. On peut d'ailleurs établir un parallèle entre l'article L. 1222-3 et l'article L. 1221-8 du Code du travail dont la rédaction est quasiment identique⁷⁹². Serait contraire aux dispositions précitées, l'utilisation d'annonces qui ne correspondrait pas à un poste à pourvoir, mais aurait pour seul objet de constituer un fichier de candidatures⁷⁹³. Enfin, l'employeur doit informer les instances représentatives du personnel avant d'utiliser des techniques d'aide au recrutement ou des fichiers de gestion du personnel⁷⁹⁴.

192. Le recrutement participatif - La cooptation, qui peut se matérialiser par le simple envoi d'un profil ou d'un *curriculum vitae* numérique, est un mode de recrutement consistant à recommander une personne de son réseau pour un poste⁷⁹⁵. La difficulté, c'est que l'entreprise n'est pas certaine que la personne cooptée ait véritablement donné son accord. En effet constitue une manœuvre déloyale, le fait, pour une personne chargée du recrutement, de porter à la connaissance d'un employeur la candidature de l'un de ses salariés sans l'accord express de ceux-ci⁷⁹⁶. Dans le cas de la cooptation, le coopteur porte atteinte aux droits du candidat qui ne souhaite pas transmettre ses coordonnées, même si celles-ci sont librement accessibles sur Internet. Une charte d'engagement du salarié coopteur peut toutefois permettre de sécuriser ce type de dispositif puisque le salarié est en quelque sorte responsable de l'engagement à candidater du coopté. Afin de sécuriser complètement la démarche, il est préférable d'envoyer un message dès réception de la candidature du coopté par le coopteur, afin qu'il soit mis au courant de la bonne réception de sa candidature et du traitement de son dossier.

prescriptions. Enfin, il résulte en outre de l'article 10 de la directive 95-46 du 24 octobre 1995 que le candidat doit également être informé de l'identité du responsable du traitement ainsi que les finalités du traitement auquel les données sont destinées.

⁷⁹² « Le salarié est expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'évaluation professionnelles mises en œuvre à son égard » versus « Le candidat à un emploi est expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard ».

⁷⁹³ J.-P. Tricoit, « Recrutement, rupture du contrat de travail et TIC », *op. cit.*, p. 1381.

⁷⁹⁴ C. trav. art. L 2323-32 al. 1^{er} : « Le comité d'entreprise est informé, préalablement à leur utilisation, sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi ainsi que sur toute modification de celles-ci ».

⁷⁹⁵ Cette méthode représenterait 37% des recrutements de cadres en France. Afin d'inciter les collaborateurs à recommander un candidat de leur entourage, les entreprises proposent une prime de cooptation dont le montant varie. *Qu'est-ce que la cooptation ?*, <http://www.regionsjob.com/actualites/qu-est-ce-que-la-cooptation-25806>, consulté le 9 juillet 2015.

⁷⁹⁶ « CNIL, délibération n° 02-017, 21 mars 2002 », *op. cit.*

B. Pertinence

193. Évaluer les capacités du candidat - Les méthodes et techniques d'évaluation utilisées doivent être, selon l'alinéa 3 de l'article L. 1221-8 du Code du travail, « pertinentes au regard de la finalité poursuivie ». Dans le cadre d'un recrutement, les données collectées ne doivent servir qu'à évaluer la capacité du candidat à occuper l'emploi proposé (qualification, expérience, etc.). Il est interdit de demander à un candidat à un emploi son numéro de sécurité sociale. Il est également interdit de collecter des informations sur ses parents, sa fratrie, ses opinions politiques ou son appartenance syndicale. Il n'est pas certain que les procédés de recrutement employant les TIC soient tous conformes à ce principe. L'exigence de pertinence permet en principe d'interdire les méthodes qui ne relèvent pas de la science. « Qui pensera que la méthode de « recrutement sans CV », par laquelle l'employeur dépose de manière anonyme une annonce sans descriptif précis du poste à pourvoir, le candidat remplissant un questionnaire en ligne, correspond au principe de pertinence ? Qu'en est-il également des « business games » et des « serious games »⁷⁹⁷ et autres « chats emploi » ? »⁷⁹⁸. Qu'en sera-t-il enfin des test ADN de personnalité ?⁷⁹⁹

194. Vie personnelle du candidat - Certains éléments de la vie personnelle du candidat peuvent fournir des informations pertinentes aux yeux de l'employeur ; par exemple, la pratique de sports collectifs, la participation à des associations et projets citoyens peuvent renseigner sur la capacité à travailler en équipe. Le professeur Savatier précise que le contrat de travail est conclu *intuitu personae*, ce qui traduit juridiquement un rapport privilégié à la personne dans l'établissement du contrat et dans la relation de travail. Force est de constater qu'« aujourd'hui l'entreprise n'achète plus une force de travail, mais une personnalité dans toute sa complexité et ses ramifications familiales et

⁷⁹⁷ Le but du jeu est de proposer une mission fictive (stratégie, marketing, technique, scientifique, gestion d'une société récemment acquise...) pendant plusieurs mois à un groupe d'étudiants et d'élire les meilleurs en fonction de leurs résultats. Ces jeux d'entreprise, outre le fait de développer l'image de l'entreprise, permettent d'identifier et repérer des candidats potentiels en situation. L'Oréal recrute chaque année 200 stagiaires lauréats de Brandstorm et Reveal, des concours de lancement de produits ou de services. A. Gavand, *Le recrutement : enjeux, outils, meilleures pratiques et nouveaux standards*, Editions Eyrolles, 2013, p. 355.

⁷⁹⁸ J.-P. Tricoit, « Recrutement, rupture du contrat de travail et TIC », *op. cit.*, p. 1381.

⁷⁹⁹ En Suisse, une start-up a développé un test permettant, à partir d'un échantillon de salive, de définir différents traits de caractère d'une personne. Le test permet d'obtenir un rapport avec des résultats chiffrés sur quatorze traits de caractère, à l'exemple du niveau de sociabilité, de la capacité à innover, à prendre des décisions ou à être bon vivant, de la spontanéité, l'optimisme, l'émotivité, la tolérance au stress ou la confiance en soi. *Une start-up a élaboré un test ADN de personnalité*, http://www.letemps.ch/Page/Uuid/d38ce4b2-3f87-11e5-9e52-f184256dd392/Une_start-up_a_élaboré_un_test_ADN_de_personnalité, consulté le 12 août 2015.

sociales »⁸⁰⁰. Les entreprises s'intéressent de plus en plus au savoir-être des salariés, à côté de leur savoir-faire. Aux tests sur le quotient intellectuel viennent s'ajouter ceux sur le quotient émotionnel, perçus comme des moyens d'évaluer la résistance du sujet au stress, ses capacités d'adaptation au changement, de résolution des conflits, sa propension à réagir rapidement en cas de problème⁸⁰¹. Ses croyances, ses loisirs, son profil psychologique et émotionnel peuvent désormais être considérés comme fournissant des informations pertinentes pour l'employeur⁸⁰².

195. Sélection automatique des candidatures – L'algorithme de LinkedIn se base sur les actions des recruteurs afin de leur proposer « les utilisateurs qu'ils devraient embaucher » dans la base de CV du réseau social⁸⁰³. Ce service permet de repérer automatiquement les profils, de les ajouter à des listes de candidats potentiels, d'entrer en contact avec les anciens employeurs, sans que les utilisateurs eux-mêmes le sachent. « Contrairement à un jobboard, LinkedIn permet de toucher les talents passifs : ces actifs qui sont inscrits pour gérer leur identité professionnelle et entretenir leur réseau »⁸⁰⁴. L'utilisateur n'a pas accès à la liste de ceux qui ont consulté son profil et les recruteurs peuvent même se rendre invisibles. En application des articles 15 et 16 de la loi du 6 janvier 1978, les traitements automatisés d'informations nominatives effectués par les personnes chargées du recrutement doivent, préalablement à leur mise en œuvre, faire l'objet respectivement d'une demande d'avis ou d'une déclaration ordinaire auprès de la CNIL. En revanche, suivant le deuxième alinéa de l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978, aucune décision de sélection de candidature impliquant une appréciation sur un comportement humain ne peut avoir pour seul fondement un traitement informatisé donnant une définition du profil ou de la personnalité du candidat. Dès lors, une candidature ne saurait être exclue sur le seul fondement de méthodes et techniques automatisées d'aide au recrutement et doit faire l'objet d'une appréciation humaine.

⁸⁰⁰ J. Savatier, « La protection de la vie privée des salariés », *Droit social*, 1992, p. 329.

⁸⁰¹ L'expérience n'assure plus la réussite à un nouveau poste. En revanche, la personnalité, les motivations peuvent distinguer un candidat des autres. Dans un monde des affaires mouvant et ambigu, certains traits de caractère deviennent des compétences à part entière : leadership, esprit d'équipe, gestion du changement, résolution des conflits. C.-H. Dumon, *Recruter les meilleurs à l'ère digitale*, Editions Eyrolles, 2016, p. 56.

⁸⁰² Les blogs personnels permettent aux recruteurs à la recherche de talents de sélectionner des profils investis dans la thématique du blog. Les interventions des bloggeurs permettant aussi de déceler des compétences. A. Nishimata, J. Nishimata et O. Nishimata, *Etre entrepreneur aujourd'hui : Comprendre les principales tendances de l'entrepreneuriat*, Editions Eyrolles, 2016, p. 156.

⁸⁰³ M. Hossler, O. Murat et A. Jouanne, *Faire du marketing sur les réseaux sociaux: 12 modules pour construire sa stratégie social media*, Editions Eyrolles, 2014, p. 276.

⁸⁰⁴ J. Savatier, « La protection de la vie privée des salariés », *op. cit.*, p. 329.

C. Finalité

196. **Le rapport avec l'emploi sollicité** - La collecte d'information doit être limitée quant à l'objet des informations recueillies. Dès 1973, la Cour de cassation a précisé que des questionnaires d'embauche « ne permettent pas à l'employeur d'exiger des renseignements sans rapports directs avec l'emploi sollicité »⁸⁰⁵. Suivant l'article L. 1221-6 du code du travail, « les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles ». L'exigence de lien « direct et nécessaire » prohibe toute question et toute collecte d'information sans rapport avec l'emploi occupé. Cette exigence permet de faire le lien avec la non-discrimination du candidat. « Le candidat est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations ». A contrario, lorsque les informations demandées n'ont pas de lien direct et nécessaire, le salarié doit avoir le droit de répondre de mauvaise foi⁸⁰⁶. La circulaire n° 93-10 considère ainsi que, « à titre d'exemple et de manière non limitative, il ne peut en principe être demandé à un candidat ou à un salarié des renseignements portant sur son état de santé, sur sa vie sexuelle, sur son logement, sur la profession des parents ou du conjoint, sur le nom et les coordonnées de connaissances non professionnelles du candidat ou du salarié ou encore sur ses loisirs »⁸⁰⁷.

197. **Précisions de la CNIL** - Dans le cas de collecte d'informations nominatives par le biais de connexions à distance, la CNIL recommande que le candidat à l'emploi soit informé de la forme, nominative ou non, sous laquelle les informations le concernant seront éventuellement diffusées en ligne ou transmises aux employeurs. Le candidat doit également être préalablement informé de toute éventuelle cession d'informations à d'autres organismes chargés de recrutement et être en mesure de s'y opposer. Les informations collectées ne peuvent être utilisées que pour la proposition d'emploi à l'exclusion de toute autre finalité, notamment de prospection commerciale⁸⁰⁸. Les « zones commentaires » destinées à enregistrer des informations de gestion, telles des

⁸⁰⁵ Cass. soc., 17 oct. 1973, pourvoi n°72-40.360, Bull. civ., n°484.

⁸⁰⁶ S. Tournaux, *Droit du travail*, op. cit., p. 254.

⁸⁰⁷ Circ. DRT n° 93-10 du 15 mars 1993.

⁸⁰⁸ « CNIL, délibération n° 02-017, 21 mars 2002 », op. cit.

résumés d'entretien, doivent, comme toute donnée à caractère personnel enregistrée dans un traitement, être pertinentes, adéquates et non excessives au regard de la finalité du traitement. La CNIL veille au respect de ces principes. Conformément aux articles 45 et suivants de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, la formation contentieuse de la CNIL a prononcé, le 11 décembre 2007⁸⁰⁹, une sanction pécuniaire d'un montant de 40 000 euros à l'encontre d'une société, compte tenu de la gravité des manquements constatés. Ainsi, à la suite d'un contrôle sur place effectué par une délégation de la CNIL en décembre 2006, il a été constaté que des commentaires particulièrement subjectifs⁸¹⁰, relatifs aux personnes ayant déjà été employées par une société mais qui n'ont pas donné satisfaction, figuraient dans le traitement de gestion des salariés qu'elle avait mis en œuvre⁸¹¹.

D. Non-discrimination

198. **Principe de non-discrimination** - L'employeur peut être tenté de privilégier des critères de recrutement discriminatoire, ce que le code du travail interdit formellement⁸¹². Les cookies, posés lors de notre navigation sur les sites d'entreprises, permettent par exemple d'approcher des candidats directement suivant les mêmes procédés que le marketing publicitaire⁸¹³. Il faut tout d'abord noter que certaines données issues du marketing comportementale, si elles ne relèvent pas de la catégorie « données sensibles »⁸¹⁴ au sens de l'article 8 de la loi Informatique et Libertés, relèvent néanmoins des critères de la discrimination tel que définie par l'article L.1132-1 du Code du travail, qui précise que le principe de non-discrimination s'applique dès l'embauche du salarié. « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008

⁸⁰⁹ « CNIL, délibération n° 2007-374, 11 décembre 2007 ».

⁸¹⁰ Ont pu être relevés des commentaires tels que « trop chiant », « problèmes d'hygiène (odeurs) », « personne sans dents et qui boit ».

⁸¹¹ CNIL, *Guide pour les employeurs et les salariés*, 2010, p. 9.

⁸¹² M. Mercat-Bruns, « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *RDT*, 2015, p. 28.

⁸¹³ La publicité reposant sur les centres d'intérêt est une pratique qui prend en considération l'activité antérieure de navigation sur Internet. Elle permet aux marques d'afficher des publicités correspondant aux centres d'intérêt des internautes. W. Maxwell et N. Curien, *La neutralité d'Internet*, La Découverte, 2011, p. 80.

⁸¹⁴ Les données sensibles sont « les données qui font apparaître directement ou indirectement les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques ou philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnels, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci ».

portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (...) en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap ». Sur une discrimination à l'embauche, le Conseil de prud'hommes est compétent alors même qu'aucun contrat de travail n'a été conclu⁸¹⁵.

199. **Des données discriminantes** – En effet, le recruteur peut techniquement privilégier des candidats en fonction de leur navigation sur internet et exclure ceux qui ne partagent pas les mêmes centres d'intérêts⁸¹⁶ ou la position géographique que celle qu'ils auraient déclarés sur leur CV. « Comment sont utilisées ces statistiques qui révèlent une corrélation entre les salariés qui vivent à proximité de leur lieu de travail et leur propension à rester fidèle à leur employeur ? »⁸¹⁷. S'agissant de la géolocalisation, on voit également apparaître des services qui mettent à disposition des internautes des opportunités professionnelles qui correspondent au profil du candidat⁸¹⁸. Nonobstant toute volonté de discrimination, le fait de limiter la recherche de candidat à des personnes habitants dans un secteur géographique peut se révéler indirectement discriminante. Il faut toutefois relever que l'adresse postale, qui peut constituer un critère de discrimination sur l'origine géographique, apparaît beaucoup moins sur les réseaux sociaux professionnels que sur les « CV classiques ». La discrimination à l'embauche a des conséquences en droit civil et pénal. Tout refus d'embauche sur un motif discriminatoire est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende⁸¹⁹. Dans les faits cet élément est quasiment impossible à rapporter, sauf à présenter une preuve écrite.

⁸¹⁵ Cass. soc., 20 déc. 2006, pourvoi n°06-40.864, Bull. civ., V, n°404.

⁸¹⁶ Grâce aux cookies, les réseaux de publicité en ligne, intermédiaire entre les annonceurs et les sites, peuvent par exemple savoir qu'un internaute s'est renseigné sur un parti politique ou sur l'allaitement.

⁸¹⁷ L. Morin, *Recrutement : le 2.0 fait data*, http://www.liberation.fr/economie/2014/03/02/recrutement-le-20-fait-data_983966, consulté le 7 septembre 2015.

⁸¹⁸ L'application mobile « Kudoz » fonctionne avec un système de « match » à l'instar de l'application Tinder. Il est ainsi possible de recevoir une alerte pour un poste en adéquation avec le profil du candidat et son projet professionnel dans l'entreprise à côté de laquelle il passe en voiture ou à pied. L.G. Patrick, *Protection des données sur Internet*, Lavoisier, 2013, p. 141.

⁸¹⁹ C. pén., art. 225-2

II. Les droits des candidats

200. **Données personnelles du candidat** - En dehors des données liées à l'activité professionnelle, aux expériences et diverses missions menées par les candidats, les données personnelles présentes sur les réseaux sociaux professionnels diffèrent relativement peu des données que l'on peut trouver dans les CV classiques. En revanche, sur les réseaux sociaux non professionnels, et sur internet en général, la quantité d'informations disponibles relevant de la « vie privée » de la personne concernée est bien plus importante⁸²⁰. Or, ce n'est pas parce que les informations sont mises sur internet par un candidat que le recruteur peut s'en servir (A). Lorsque le recruteur collecte des données sur un candidat il doit en outre être particulièrement vigilant quant à leur durée de conservation (B).

A. E-réputation des candidats à l'emploi

201. **Incertitudes sur le spectre d'application** – La première question qui se pose en matière de recrutement en ligne est celle du champ d'application des principes généraux de recrutement. Les entreprises d'intermédiation sont-elles tenues aux règles encadrant le recrutement prévu par le Code du travail ? La réglementation est-elle applicable aux réseaux sociaux professionnels comme Viadeo ou LinkedIn ? Une circulaire du 15 mars 1993 précise que les principes de respect des droits des personnes et des libertés individuelles édictés par la loi, s'appliquent non seulement aux relations entre l'employeur et le candidat, mais aussi aux cabinets de conseil en recrutement ou aux intermédiaires intervenant dans la phase de recrutement⁸²¹. Au regard de la rédaction restrictive de cette circulaire, la réponse semble être négative. La technique a dépassé la réalité, car si ces réseaux permettent de recruter des candidats à un emploi, ils n'ont pas de liens avec l'entreprise qui souhaite embaucher⁸²². En revanche, les réseaux sociaux sont soumis à la loi informatique et libertés et au règlement européen sur la protection des données personnelles.

⁸²⁰ C. Vacarie-Bernard, *Sous l'œil du recruteur 2.0*, Mémoire Master Management et protection des données à caractère personnel, ISEP, 2009, p. 13.

⁸²¹ *Circ. min. n° 93-10, 15 mars 1993 : BO Travail 1993, n° 10.*

⁸²² J.-P. Tricoit, « Recrutement, rupture du contrat de travail et TIC », *op. cit.*, p. 1381.

202. **E-réputation** – Au cours d'une procédure de recrutement, la tentation est grande pour l'employeur d'interroger la toile sur le passé d'un salarié potentiel. Les réseaux sociaux professionnels sont devenus une vitrine incontournable pour les candidats et les responsables de ressources humaines. Les entreprises, cabinets de recrutement ou DRH peuvent-ils utiliser les réseaux sociaux pour recruter ? Compte tenu de la difficulté pour un salarié de prouver que son futur employeur a eu accès à des informations qui auraient pu être qualifiées de discriminantes s'il les avait demandées expressément dans le cadre d'un recrutement, quelques précautions s'imposent au salarié qui doit désormais être attentif à son e-réputation. Il doit au préalable mesurer les risques qu'il prend lorsqu'il s'exprime sur internet⁸²³. Rappelons que la mémoire du Web est infinie et que la question du droit à l'oubli numérique est l'un des enjeux majeurs de la protection des citoyens et du respect du droit à la vie privée, voire même de l'existence d'un droit à l'erreur et de la possibilité de se racheter⁸²⁴.

203. **Un critère pertinent** - « L'absence numérique rend invisible, introuvable. Pire, elle est suspecte et questionne le profileur sur la capacité du candidat à s'adapter au monde d'aujourd'hui »⁸²⁵. Pour les entreprises, recruter des personnes influentes sur les réseaux sociaux tels que Snapchat, Twitter, Facebook ou Google+ est certainement un avantage, surtout dans les métiers liés à la communication. Faut-il pour autant aller jusqu'à en faire un critère de recrutement ? En juin 2015, le tribunal administratif de Nantes a suspendu la décision de l'université d'Angers qui refusait l'accès en master 2 « Marketing et TIC » à l'un de ses étudiants. La raison invoquée ? Le jeune homme n'était pas présent sur les réseaux sociaux Twitter et LinkedIn. Un doute a été soulevé quant à la légalité de la décision prise par l'université⁸²⁶. L'usage privé des réseaux sociaux n'est pas un critère pertinent de sélection. Cette décision administrative pourrait inspirer la justice prud'homale au regard de l'exigence de transparence. La pertinence de l'information est en revanche sujette à discussion. On pourrait se demander s'il ne serait pas opportun de savoir que le candidat maîtrise les réseaux sociaux lorsqu'il prétend occuper un poste à l'occasion duquel il devra les utiliser. En août 2012, la marque

⁸²³ E. Walle et S. Savaïdes, « L'e-réputation sous le prisme du droit du travail », *Gaz. Pal.*, n° 288, 15 octobre 2011, p. 26.

⁸²⁴ Supra. Partie 1, titre 1, chapitre 2, section 1, II, B : la conservation des informations sur le candidat.

⁸²⁵ L. Morin, « Recrutement : le 2.0 fait data », *op. cit.*

⁸²⁶ *Angers. L'étudiant lésé faute de compte Twitter bientôt réinscrit ?*, <http://www.ouest-france.fr/justice-letudiant-lese-faute-de-compte-twitter-bientot-reinscrit-3546281/>, consulté le 9 juillet 2015.

Quechua a partagé une offre de stage⁸²⁷ sur laquelle on peut lire que le candidat devra, entre autres compétences, « avoir un score Klout d'au moins 35 »⁸²⁸. L'annonce avait fait beaucoup parler sur les réseaux sociaux⁸²⁹, mais les juristes pas du tout. Si l'initiative est restée isolée, elle révèle toutefois une tendance plus forte où le recrutement et les promotions dépendent en partie de la « réputation sociale ».

204. Recrutement prédictif - Pour diminuer l'incertitude du recrutement, des solutions logicielles fournissent aux entreprises des outils de mesure des informations contenues sur les sites de carrières et les réseaux sociaux professionnels : compétences, cursus, expérience. Un modèle informatique capable d'analyser des informations depuis un CV, les réseaux sociaux, des tests de personnalité (...) aurait plus de chance de sélectionner les meilleurs candidats que les employeurs⁸³⁰. « Quand on corrèle ces informations aux tests de capacités et d'analyse comportementale, on est en mesure de prédire l'adéquation et la performance d'un individu dans un environnement donné »⁸³¹. La difficulté majeure réside dans l'utilisation d'informations qui ne devraient pas être prises en compte dans le recrutement et dans la capacité à rapporter l'existence d'une pratique contraire aux principes généraux du recrutement. Pour le moment du moins, le recrutement « prédictif » n'a pas vocation à remplacer les décisions des humains, mais à servir de premier filtre. Il serait d'ailleurs plus objectif, car fondé sur des indicateurs chiffrés. Le frein majeur au déploiement de cette technologie, c'est qu'il faut rassembler des données avant que l'ordinateur ne construise un modèle référentiel. Or la loi informatique et liberté prévoit que la collecte et le traitement des informations doit avoir un objectif déterminé, légitime et explicite. Les informations collectées doivent être en lien avec la finalité du recrutement.

205. Une charte de bonnes intentions - En attendant que ces questions soient relevées par le législateur, l'engouement pour les réseaux sociaux a conduit des professionnels du recrutement à rédiger une charte pour prévenir les dérapages liés à

⁸²⁷ *Pas influent sur les réseaux sociaux ? Quechua ne vous embauche pas*, <http://www.numerama.com/magazine/23430-pas-influent-sur-les-reseaux-sociaux-quechua-ne-vous-embauche-pas.html>, consulté le 10 juillet 2015.

⁸²⁸ Klout.com analyse la présence, l'activité et les relations sur différents réseaux sociaux pour en déduire le «Klout score», un score dit d'influence entre 1 et 100. *Klout c'est quoi exactement, et à quoi ça sert ?*, <http://www.presse-citron.net/klout-cest-quoi-exactement-et-a-quoi-ca-sert/>, consulté le 10 juillet 2015.

⁸²⁹ *L'e-reputation, un nouveau critère d'embauche?*, <http://www.lesinrocks.com/2012/08/16/actualite/le-reputation-le-nouveau-critere-de-recrutement-11285928/>, consulté le 9 juillet 2015.

⁸³⁰ D. Klieger, D. Ones et N. Kuncel, *In Hiring, Algorithms Beat Instinct*, <https://hbr.org/2014/05/in-hiring-algorithms-beat-instinct>, consulté le 7 juillet 2015.

⁸³¹ L. Morin, « Recrutement : le 2.0 fait data », *op. cit.*

l'utilisation abusive des données privées trouvées sur le Web. Cette charte, à valeur « pédagogique », préconise ainsi à ses signataires de « limiter le recours aux réseaux personnels, du type Facebook ou Copains d'avant [...] à la seule diffusion d'informations, plus particulièrement d'offres d'emplois à des utilisateurs ayant manifesté leur intérêt pour de telles informations ». Elle suggère ensuite de « privilégier l'utilisation des réseaux professionnels, du type Viadeo ou LinkedIn » et, surtout, « de ne pas utiliser les moteurs de recherche ni les réseaux sociaux comme outils d'enquête pour collecter des informations d'ordre personnel [...] »⁸³². Que les candidats trop bavards sur les réseaux sociaux se « rassurent » : plusieurs organisations dont le MEDEF, l'association nationale des directeurs de ressources humaines, l'APEC et le SYNTEC-recrutement ont signé ledit document. Plus engageante, la charte de déontologie du Syntec Conseil en recrutement précise dans son article 1^{er} que le conseil en recrutement « exerce sa profession dans le respect des droits fondamentaux de la personne humaine. Il est, en particulier, respectueux de la vie privée et ne pratique aucun principe de discrimination fondée sur l'origine, le sexe, la situation de famille, la grossesse, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé, le handicap, les caractéristiques génétiques, les mœurs, l'orientation ou l'identité sexuelle, l'âge, les opinions politiques, les activités syndicales, l'appartenance ou la non-appartenance vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée »⁸³³. Il ne fait au demeurant aucun doute que ces éléments se déclinent parfaitement sur internet au regard de la quantité d'informations disponibles.

B. Conservation des informations sur le candidat

206. **La vie privée et le recrutement** - Si chacun jouit d'une protection de la vie privée via l'article 9 du Code civil et, au sein de l'Union européenne, de « la protection des données à caractère personnel la concernant »⁸³⁴, les réseaux sociaux professionnels sont devenus des outils importants pour la recherche d'emploi et posent des questions nouvelles quant à la collecte d'informations sur les candidats. Les adeptes du « vivons heureux, vivons cachés » éprouveront beaucoup de difficultés à dissimuler les fragments

⁸³² Réseaux sociaux, Internet, vie privée et recrutement, <http://www.acompetenceegale.com>.

⁸³³ Syntec Conseil en Recrutement, Charte du recrutement responsable, http://www.syntec-recrutement.org/fichiers/20130311144326_Charte_du_Recrutement_Responsable_Version_finale_2013.pdf.

⁸³⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 8.

de leur personnalité sur internet⁸³⁵. Si le droit à l'oubli existe déjà dans la loi informatique et libertés sous la forme de l'obligation d'une durée de conservation pertinente au regard de la finalité du traitement, force est de constater que ce droit n'est pas aujourd'hui appliqué et pose des problèmes techniques d'application⁸³⁶.

207. Droit à l'oubli - Les protagonistes principaux du recrutement, candidats et recruteurs, ne sont pas les seuls acteurs concernés : les sites eux-mêmes doivent également participer à un mouvement allant vers plus de vie privée effective pour les internautes sur les réseaux sociaux⁸³⁷. La recherche d'emploi peut être entravée de manière significative par une mention défavorable de la personne concernée accessible en ligne⁸³⁸. L'arrêt Google Spain du 13 mai 2014 de la CJUE⁸³⁹, qui consacre le droit au déréférencement, ouvre à cet égard de nouvelles perspectives. L'arrêt qualifie les moteurs de recherche de responsables de traitement des données personnelles qu'ils collectent lorsqu'ils sont saisis de requêtes concernant un individu. En se fondant sur les principes de la directive de 1995, la CJUE a créé un nouvel instrument juridique pour s'adapter au problème de « l'e-réputation » de la société numérique contemporaine⁸⁴⁰. Cependant, les demandes de déréférencement s'avèrent difficiles à examiner à l'aune des critères plutôt vagues établis par la CJUE⁸⁴¹. Ce droit ne concerne en outre que le moteur de recherche qui doit cesser d'indexer les pages en cause, mais le contenu peut demeurer sur les pages sources, notamment lorsqu'il est hébergé en dehors de l'espace européen. La personne concernée doit donc se tourner éventuellement vers le responsable de traitement ayant procédé aux publications initiales, si elle souhaite la suppression des pages⁸⁴². En définitive, les responsables de traitement des différents sites Internet doivent trouver le juste équilibre entre droit des personnes à l'oubli, et droit à l'information du public, afin de concilier liberté d'expression et droit à la vie privée. Le législateur et les autorités européennes seront certainement amenés à préciser les règles applicables au droit à l'oubli. En l'état de la technique, il convient de relativiser l'impact du « droit à l'oubli » ; effacer un lien dans un moteur de recherche

⁸³⁵ J.-M. Bruguière, « Le « droit à » l'oubli numérique, un droit à oublier », *D.*, 2014, p. 299.

⁸³⁶ Y. Lejeune, *TiC 2025, les grandes mutations : comment Internet et les technologies de l'information et de la communication vont dessiner les prochaines années*, FYP éditions, 2010, p. 147.

⁸³⁷ C. Vacarie-Bernard, *Sous l'œil du recruteur 2.0*, *op. cit.*, p. 41.

⁸³⁸ *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 390.

⁸³⁹ CJUE, 13 mai 2014, C-131/12.

⁸⁴⁰ *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 18.

⁸⁴¹ Les liens peuvent être supprimés des résultats de recherche lorsqu'ils font référence à des pages mentionnant des données inadéquates, pas ou plus pertinentes ou excessives au regard des finalités du traitement ou du temps qui s'est écoulé.

⁸⁴² F. Mattatia, *Le droit des données personnelles: n'attendez pas que la CNIL ou les pirates vous tombent dessus !*, Editions Eyrolles, 2016, p. 47.

n'empêchera pas son contenu de réapparaître, internet étant une « énorme machine » à copier des données. Le « droit à l'oubli » numérique renvoie en réalité au droit de demander « l'effacement des données personnelles ». C'est du moins ainsi que le règlement européen pour la protection des données personnelles l'envisage à l'article 17. En définitive, « l'oubli est un objet difficilement opératoire. L'oubli est en effet une quête juridique aussi difficile à atteindre que le bonheur, par exemple, que l'on trouve visé dans la Constitution américaine »⁸⁴³.

208. Droit d'accès aux informations collectées – L'importance que prend la gestion des données personnelles des salariés invite à consacrer un droit individuel à accéder aux données et à procéder, le cas échéant, à leur rectification. Il convient également de préciser les conditions dans lesquelles ils peuvent avoir accès à ces dernières pour leur propre usage⁸⁴⁴. La CNIL recommande ainsi que tout candidat soit informé des modalités d'exercice du droit d'accès et puisse obtenir sur sa demande toutes les informations le concernant y compris les résultats des analyses et des tests ou évaluations professionnelles éventuellement pratiqués. Le droit d'accès s'applique aux informations collectées directement auprès du candidat, aux informations éventuellement collectées auprès de tiers ainsi qu'aux informations issues des méthodes et techniques d'aide au recrutement⁸⁴⁵.

209. Durée de conservation - La CNIL recommande que le candidat ayant fait l'objet d'une procédure de recrutement, que cette dernière ait abouti ou non, soit informé de la durée pendant laquelle les informations le concernant seront conservées et du droit dont il dispose d'en demander, à tout moment, la suppression. En tout état de cause, la durée de conservation des informations ne devrait pas excéder deux ans après le dernier contact avec la personne concernée⁸⁴⁶. Seul l'accord formel du candidat permet une conservation plus longue. Les données relatives à un employé sont conservées le temps de sa présence dans l'organisme. Les fichiers mis en œuvre dans le cadre du recrutement doivent être déclarés à la CNIL, ainsi que ceux relatifs à la gestion du personnel.

⁸⁴³ J.-M. Bruguière, « Le « droit à » l'oubli numérique, un droit à oublier », *op. cit.*, p. 299.

⁸⁴⁴ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, p. 58.

⁸⁴⁵ « CNIL, délibération n° 02-017, 21 mars 2002 », *op. cit.*

⁸⁴⁶ *Ibid.*

Section 2 Conclusion et rupture électroniques du contrat

210. **Le contrat de travail électronique** – Acte juridique unissant un employeur à un salarié, le contrat de travail a une valeur juridique forte. Il suppose une rencontre des volontés des parties, chacune acceptant de s'engager par rapport à l'autre. Le contrat décrit la nature et les caractéristiques de la relation de travail, et en cas de litige entre les parties, il servira de preuve afin d'appuyer l'une ou l'autre des parties. Le contrat de travail existe dès l'instant où une personne (le salarié) s'engage à travailler, moyennant rémunération, pour le compte et sous la direction d'une autre personne (l'employeur). Seul le contrat à durée indéterminée à temps complet peut être non-écrit⁸⁴⁷. Il est alors qualifié d'oral, de verbal ou de tacite. En revanche, le Code du travail ne comporte pas de dispositions spécifiques quant à la conclusion du contrat de travail par voie électronique⁸⁴⁸ (I). S'agissant de la rupture électronique du contrat du travail le formalise va dépendre des conditions de cette rupture (II).

I. Conclusion électronique du contrat

211. **Dématérialisation du contrat** – Le concept de dématérialisation consister en ce que l'information est inscrite *ab initio* sur le support informatique. Les données sont initialement créées sous format numérique. Toutefois, la dématérialisation concerne tout aussi bien l'action par laquelle les données, sur support papier, sont transférées et/ou transformées en fichiers informatiques. Les documents initialement créés sous format papier sont alors numérisés⁸⁴⁹. La loi a permis de reconnaître à l'écrit électronique une valeur juridique équivalente à l'écrit sur support papier. Il existe des solutions informatiques pour la conclusion et la signature d'un contrat de travail en ligne, qui permettent de couvrir l'intégralité du cycle du recrutement, c'est-à-dire de la collecte des informations nécessaire à l'embauche et à la signature en ligne du contrat de travail (A). La numérisation du processus de recrutement prend également forme dans la dématérialisation des formalités entre l'entreprise et l'administration (B).

⁸⁴⁷ C. trav. art. L. 1221-2 : « Le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail ».

⁸⁴⁸ C. trav. art. L. 1221-1 : « Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter ».

⁸⁴⁹ H. Bitan, *Droit et expertise des contrats informatiques : contrats de communications électroniques*, Wolters Kluwer France, 2010, p. 388.

A. Support électronique du contrat de travail

212. **Absence de formalisme** - S'agissant du support physique ou électronique du contrat de travail, l'article L. 1221-1 du Code du travail prévoit que les parties peuvent décider des formes dans lesquelles elles conviennent de l'établir. On peut donc supposer qu'il est possible de conclure un contrat de travail électronique. Dans un arrêt en date du 5 juillet 2005, la Cour de cassation considère également que « le contrat de travail à durée indéterminée peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter ; qu'il en résulte que la preuve d'un accord des parties relativement aux clauses d'un contrat de travail à durée indéterminée et particulièrement à une période d'essai n'est pas subordonnée à un écrit »⁸⁵⁰. L'employeur pourra donc recourir au recommandé par voie électronique (1) qui suppose un certain formalisme pour se substituer au papier. En matière contentieuse, la preuve de l'existence du contrat sera toutefois admissible par tout moyen (2).

1) Recommandé par voie électronique

213. **Conclusion et vie du contrat** - L'ancien article 1369-8 du Code civil repris à l'identique à l'article 1127-5 autorise l'envoi par courrier électronique de lettre recommandée relative à la conclusion ou l'exécution de tout contrat, et donc notamment des contrats de travail⁸⁵¹. Pour le contrat de travail, il peut donc s'agir d'une promesse d'embauche ou du contrat de travail lui-même. En ce qui concerne l'exécution du contrat de travail, ce mode de correspondance est également susceptible d'être utilisé dans le cadre des relations entre l'employeur et son salarié. Il pourra notamment s'agir d'un avenant au contrat de travail ou d'une note d'information, mais également satisfaire aux cas de recours à une lettre recommandée prévus par le contrat de travail⁸⁵².

⁸⁵⁰ Cass. soc., 5 juil. 2005, pourvoi n°03-46.475, inédit.

⁸⁵¹ « Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations » (JO n°0035, 11 février 2016).

⁸⁵² On peut citer par exemple : la notification au salarié par l'employeur d'une sanction disciplinaire autre que le licenciement (C. trav. art. R 1332-2) ; l'envoi par la salariée enceinte à son employeur d'un certificat médical attestant son état de grossesse et la date présumée de son accouchement afin de bénéficier de la protection contre le licenciement (C. trav. art. R 1225-1) ; l'information du salarié par l'employeur lorsque que ce dernier envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail de l'intéressé pour un motif économique (C. trav. art. L 1222-6) ; la demande du salarié de la suspension de son contrat de travail dans le cadre d'un congé parental d'éducation (C. trav. art. R 1225-13), d'un congé sabbatique (C. trav. art. D 3142-47), pour l'exercice d'un mandat parlementaire (C. trav. art. D 3142-35).

214. **Recommandé par voie électronique** - Un décret du 2 février 2011 précise les caractéristiques de la lettre recommandée envoyée par voie électronique⁸⁵³. Le salarié, destinataire dit « non professionnel », doit avoir donné son accord explicite pour recevoir un courrier recommandé électronique. Cet accord se matérialise par un écrit. Une fois cet accord obtenu, trois conditions doivent alors être remplies pour rendre l'envoi valable : le courrier doit être acheminé par un tiers identifiable (le prestataire) ; le courrier doit désigner l'expéditeur ; le destinataire doit être précisément identifié. L'employeur doit communiquer au prestataire choisi pour l'acheminement du courrier, les informations suivantes : sa propre identité, l'identité et l'adresse du destinataire, le statut professionnel ou non du destinataire, le choix d'une lettre recommandée avec ou sans accusé de réception, le choix d'une lettre imprimée sur papier ou non et le choix du niveau de garantie contre les risques de perte, vol ou détérioration. Dans la pratique peu d'entreprises ont adopté jusqu'à présent ce format⁸⁵⁴. Plusieurs observateurs notent que la procédure instaurée par ce décret est assez lourde et dangereuse⁸⁵⁵, ils estiment plus prudent de résoudre les contrats par l'envoi d'un courrier postal classique⁸⁵⁶. Il semble en effet fastidieux de recourir à ce moyen qui nécessite impérativement que l'accord préalable du salarié soit recueilli et l'identification systématique de chaque partie (identifications multiples, collecte et mise à jour des adresses e-mail et des coordonnées des salariés). Paradoxalement, la conclusion électronique du contrat fait perdre beaucoup de temps et ne s'adresse qu'à des grandes entreprises qui ont les moyens de mettre en place des processus qui restent hors de la portée des petites et moyennes entreprises (ou des simples salariés)⁸⁵⁷. Le législateur pourrait étendre la portée des lettres électroniques et simplifier ce dispositif, ce qui répondrait aux objectifs de modernisation et de simplification guidant l'utilisation des moyens informatiques.

215. **Personne dûment identifiée** - L'e-mail (ou courriel) doit être distingué de la « signature électronique ». Le concept de signature numérique défini comme la conservation sous forme numérique d'une signature manuscrite produite via un écran tactile, a été introduit dans le droit français par l'article R. 249-11 du Code de procédure

⁸⁵³ « Décret n° 2011-144 du 2 février 2011 relatif à l'envoi d'une lettre recommandée par courrier électronique pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat ».

⁸⁵⁴ Depuis le mois de février 2013, chaque nouveau collaborateur d'Ernst & Young signe son contrat de travail de façon électronique et le conserve dans un coffre-fort sécurisé dans les centres d'hébergement de la Caisse des Dépôts et Consignations qui en garantit la valeur probante et la pérennité. *EY - La signature électronique du contrat de travail*, <http://www.ey.com/FR/fr/Careers/Ernst-Young---La-signature-electronique-du-contrat-de-travail>, consulté le 24 juillet 2015.

⁸⁵⁵ E. Ternynck, « La preuve électronique, figure des errances et des doutes du législateur », *LPA*, 28 octobre 2011, p. 7.

⁸⁵⁶ G. Guerlin, « La lettre recommandée électronique : quel usage ? », *LEDC*, n° 130, septembre 2013, p. 7.

⁸⁵⁷ G. Guerlin, « Articles 1126-6 à 1126-8 : la lettre électronique », *Revue des contrats*, n° 3, 2015, p. 745.

pénale. Il est également possible de recourir à la signature électronique pour parfaire le contrat de travail électronique⁸⁵⁸. La signature électronique est un mécanisme permettant de garantir l'intégrité d'un document électronique et d'en authentifier l'auteur, par analogie avec la signature manuscrite d'un document papier⁸⁵⁹. Le droit du travail étant silencieux en matière de signature électronique, il y a lieu à nouveau d'appliquer les règles civiles en la matière. Depuis la loi n°2000-230 du 13 mars 2000, la signature électronique d'un document a en France la même valeur légale qu'une signature manuscrite⁸⁶⁰. Concrètement, lorsque le contrat est prêt à être signé, il est envoyé au salarié. Selon les cas, il le reçoit sur sa messagerie électronique ou se connecte à une plateforme pour y accéder. Il reçoit ensuite, par SMS ou par e-mail un code lui permettant de signer le document.

2) *Preuve du contrat par tout moyen*

216. **Preuve du contrat** – Le recommandé par voie électronique n'est toutefois pas exclusif de nouvelles formes de conclusion du contrat de travail par voie électronique qui pourrait prendre la d'un simple courriel, ou d'un SMS. Dans un arrêt du 16 janvier 2013, la cour d'appel de Poitiers s'appuie sur les messages de l'employeur sur son compte Facebook pour déterminer l'existence d'un contrat de travail revendiquée par l'employée. Une vendeuse d'un magasin de l'île d'Oléron voulait voir reconnaître qu'elle avait été embauchée début juillet 2009 et licenciée le 21 juillet suivant. Or, la responsable de l'établissement se prévalait de relations amicales pour contester le lien de subordination et donc le contrat de travail. Or, sur sa page Facebook, elle désignait la personne comme sa vendeuse, se plaignait d'elle et a même affirmé qu'elle avait « viré la vendeuse ». L'employeur soutenait que les messages avaient été obtenus de manière déloyale. Ce que la cour a contesté en rappelant « qu'ils ont été émis par l'appelante sans restriction de destinataire sur le réseau social et qu'ils pouvaient ainsi être consultés de manière libre par toute personne »⁸⁶¹.

⁸⁵⁸ J.-P. Tricoit, « Recrutement, rupture du contrat de travail et TIC », *op. cit.*, p. 1381.

⁸⁵⁹ « Signature numérique », dans *Wikipédia*, 2015, .

⁸⁶⁰ « Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique » (JO n°62, 14 mars 2000, p. 3968).

⁸⁶¹ *CA Poitiers, 16 janv. 2013, n°10-03521.*

217. **Titre le plus vraisemblable** – L'article 1127 du Code civil conditionne le support du message à la qualité du destinataire, ainsi « les informations destinées à un professionnel peuvent lui être adressées par courrier électronique, dès lors qu'il a communiqué son adresse électronique ». L'article 1127-4 du Code civil précise toutefois qu'« une lettre simple relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique. L'apposition de la date d'expédition résulte d'un procédé électronique dont la fiabilité est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsqu'il satisfait à des exigences fixées par décret en Conseil d'Etat ». Cela montre que la loi nouvelle place délibérément les différents supports sur un pied d'égalité et se refuse à reconnaître une prééminence au support papier, sauf disposition légale ou convention contraires. Par un arrêt du 1er juillet 2015, la Cour de cassation considère qu'un courrier électronique envoyé par une société à un expert-comptable lui demandant une réponse étudiée sur trois questions précises, relatives à la fiscalité en Tunisie, constitue une commande ferme de prestation⁸⁶².

B. Obligations administratives

218. **La langue du contrat** - Avec la mondialisation des échanges, la pratique de l'anglais se généralise par l'intermédiaire d'internet⁸⁶³, et par voie de contagion dans la vie juridique. Or, « garantir la liberté du consentement contractuel est une tâche suffisamment difficile pour ne pas y ajouter un obstacle linguistique ». Le contrat de travail doit permettre d'appréhender toute la nature du travail. Encourt ainsi la cassation l'arrêt qui estime la rémunération variable contractuelle due au salarié alors que les documents fixant les objectifs étaient rédigés en anglais, en sorte que le salarié pouvait se prévaloir de leur inopposabilité⁸⁶⁴. Au visa de l'article L. 1321-6 du Code du travail, la haute juridiction déduit de ce texte que « tout document comportant des obligations pour le salarié ou des dispositions dont la connaissance est nécessaire pour l'exécution de son travail doit être rédigé en français ». En revanche, selon l'article L. 1321-6 du Code du travail, la règle de l'emploi obligatoire du français « n'est pas applicable aux

⁸⁶² Cass. 1ère civ., 1 juil. 2015, pourvoi n°14-19.781, Inédit.

⁸⁶³ Une tendance très forte et récente des entreprises multinationales est de standardiser leur fonctionnement à l'échelon international. Cette standardisation consiste notamment à faire utiliser les mêmes documents de travail, les mêmes outils informatiques, un intranet commun par toutes leurs implantations dans les différents pays. L'uniformisation linguistique par l'anglais fait partie de ce processus qui implique que la communication entre le siège social et les filiales, et entre les filiales soit effectuée dans cette langue. C. Truchot, « Internationalisation et choix linguistiques dans les entreprises françaises : entre « tout anglais » et pratiques plurilingues », *Synergies*, n° 9, 2013, p. 82.

⁸⁶⁴ Cass. soc., 29 juin 2011, pourvoi n°09-67.492, Bull. civ., V, n°167.

documents reçus de l'étranger ou destinés à des étrangers ». Si la solution est logique pour les salariés dont la langue maternelle est l'anglais⁸⁶⁵, elle ne va pas sans difficulté dans les entreprises où une majorité de salariés ne parlent pas de langue étrangère⁸⁶⁶.

219. Dématérialisation des formalités administratives - Les formalités administratives occupent une grande place dans la vie des entreprises. Afin de faciliter celles-ci, la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 a modifié la transmission des déclarations préalables à l'embauche par voie électronique pour les entreprises réalisant un grand nombre de déclarations. Aux termes de l'article L 1221-12-1 du Code du travail, les employeurs relevant du régime général de la sécurité sociale qui ont accompli plus de 500 déclarations préalables à l'embauche au cours de l'année civile précédente sont tenus d'adresser les déclarations préalables à l'embauche par voie électronique. Le non-respect de cette obligation est sanctionné par l'application d'une pénalité fixée à 0,5 % du plafond mensuel de la sécurité sociale par salarié concerné. Cette dématérialisation des échanges a également pour objet de réduire les risques de fraude documentaire.

220. Archivage des contrats électroniques - L'archivage est l'ensemble des actions, outils et méthodes mis en œuvre pour conserver à moyen ou long terme des informations dans le but de les exploiter. L'avantage des archives électroniques est le gain en espace réalisé. En effet, les délais de prescription sont longs. En vertu de l'article 2224 du Code civil, les employeurs doivent conserver pendant 5 ans les contrats de travail, lettres d'engagement et de licenciement, les doubles ou reçus pour solde de tout compte, certificats de travail, avis d'arrêt de travail en cas de maladie ou d'accident, et le registre du personnel. En matière de feuilles de paie, il faut se référer à l'article L. 3243-4 du Code du travail. La durée de conservation est identique. Les documents à archiver s'accumulent et provoquent des coûts que la dématérialisation permet d'éviter.

⁸⁶⁵ « Ayant constaté que la salariée, destinataire de documents rédigés en anglais et destinés à la détermination de la part variable de la rémunération contractuelle, était citoyenne américaine, la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante ». *Cass. soc.*, 24 juin 2015, pourvoi n°14-13.829, en cours de publication.

⁸⁶⁶ J. Mouly, « L'exception à l'usage obligatoire de la langue française dans les documents de travail destinés aux étrangers », *Dr. soc.*, 2015, p. 743.

II. Rupture du contrat de travail

221. **Un terrain hostile** - Dans le paysage de la rupture, les TIC ne sont pas les bienvenues. Le décret du 2 février 2011 s'applique à la conclusion des contrats de travail et leur exécution mais il ne s'applique pas pour les ruptures de contrat de travail⁸⁶⁷. Si la dématérialisation des licenciements ne semble aujourd'hui toujours pas admise (A), la matière n'est toutefois pas étrangère aux interrogations (B).

A. Dématérialisation de la procédure de licenciement

222. **La dématérialisation des licenciements** – La pratique de la dématérialisation des procédures est accompagnée de nombreux avantages. Grâce à elle l'information circule sous la forme d'un enregistrement traçable avec à la clé des économies de temps et d'argent. Mais peut-on l'appliquer à la procédure de licenciement ? Le licenciement désigne l'acte juridique par lequel l'employeur met fin unilatéralement au contrat de travail conclu pour une durée indéterminée. Il convient de présenter les conséquences potentielles de la dématérialisation sur la délégation de pouvoir pour désigner l'auteur de l'acte (1), la convocation à l'entretien (2), la tenue de l'entretien par visioconférence (3) et la notification (4).

1) Délégation de pouvoir

223. **Transfert de pouvoir** - Qui dans l'entreprise est titulaire du pouvoir de rompre le contrat de travail ? Un mail d'un supérieur hiérarchique engage-t-il l'entreprise ? En principe, l'employeur, c'est-à-dire le représentant de la société, est titulaire de ce pouvoir. En pratique, l'employeur délègue ce pouvoir à d'autres. Un écrit n'est pas nécessaire, la délégation pouvant se déduire du fait que le salarié était responsable des ressources humaines et de ce fait chargé de la gestion du personnel⁸⁶⁸. L'existence de la délégation de pouvoir n'a pas à être portée à la connaissance des salariés⁸⁶⁹. En revanche, l'employeur ne peut se défaire de son pouvoir de licencier au profit d'une

⁸⁶⁷ « Décret n° 2011-144 du 2 février 2011 relatif à l'envoi d'une lettre recommandée par courrier électronique pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat », *op. cit.*

⁸⁶⁸ *Cass. soc.*, 5 juil. 2011, pourvoi n°10-23.257, inédit.

⁸⁶⁹ *Cass. soc.*, 5 mai 2011, pourvoi n°09-72.924, inédit.

personne extérieure à l'entreprise. Aussi la procédure de licenciement ne peut être conduite par le cabinet ou l'avocat de l'employeur⁸⁷⁰. On relèvera toutefois que bien souvent les employeurs ne font que transmettre par courrier des projets de licenciement qui ont été portés à leur connaissance par un courriel de leur conseil.

2) Convocation à l'entretien

224. **Règles législatives** – L'article L. 1332-2 du Code du travail dispose que, « lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction (autre qu'un avertissement ou une sanction de même nature), il doit convoquer le salarié en lui précisant l'objet de la convocation ». Cette convocation à un entretien peut-elle être valablement délivrée par un SMS ou par un courriel ?⁸⁷¹ Tout d'abord, la convocation doit indiquer l'objet de l'entretien, préciser la date, l'heure et le lieu de l'entretien. Elle doit également rappeler que le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise⁸⁷². Ces mentions relativement longues apparaissent fastidieuses à faire apparaître dans un SMS mais elles ne sont toutefois pas insurmontables – les inscrire dans un courriel ne soulève en revanche aucune difficulté matérielle. Par ailleurs, la convocation doit être écrite, il n'est donc pas possible de laisser un message vocal sur le répondeur du salarié. La convocation est en principe, soit remise en main propre contre décharge, dans le délai de deux mois fixé au premier alinéa de l'article L. 1332-4, soit adressée par lettre recommandée envoyée dans le même délai⁸⁷³. Il est à noter que l'article 1369-8 du Code civil vise uniquement la conclusion et l'exécution du contrat. Il n'est fait aucune référence à la rupture de celui-ci, de sorte que l'envoi, par exemple, d'une lettre de licenciement par courrier électronique n'est pas possible. Seule la forme papier de la lettre recommandée peut être utilisée dans ce cas⁸⁷⁴.

225. **Jurisprudence** – L'interprétation de ces textes est relativement incertaine. D'une part, la Cour de cassation relève que l'envoi de la lettre de convocation à l'entretien

⁸⁷⁰ Doit être cassé l'arrêt qui, après avoir constaté que la procédure de licenciement avait été conduite par le cabinet comptable de l'employeur, personne étrangère à l'entreprise, a retenu que le licenciement du salarié était entaché d'une simple irrégularité de forme. *Cass. soc.*, 7 déc. 2011, pourvoi n°10-30.222, *Bull. civ.*, V, n°289.

⁸⁷¹ En 2010, une dizaine de salariés recrutés pour poser des compteurs électriques « intelligents » chez des particuliers ont appris leur licenciement par un SMS de convocation de leur employeur. *Des salariés apprennent leur licenciement par SMS*, <http://www.lefigaro.fr/emploi/2010/11/04/01010-20101104ARTFIG00600-des-salaries-apprennent-leur-licenciement-par-sms.php>, consulté le 11 août 2015.

⁸⁷² C. trav. art. R. 1332-1.

⁸⁷³ C. trav. art. R. 1332-2.

⁸⁷⁴ J.-P. Tricoit, « Recrutement, rupture du contrat de travail et TIC », *op. cit.*, p. 1381.

préalable par télécopie ne peut pallier l'inobservation des prescriptions légales qui exigent une convocation par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre récépissé⁸⁷⁵. Dans cet arrêt, en rappelant que « l'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation », les juges semblent considérer que le fax ne permet pas de vérifier cette condition. Mais d'autre part, les juges ont admis l'envoi d'une convocation par « Chronopost » dans un arrêt du 8 février 2011⁸⁷⁶. L'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par la remise en main propre contre décharge visé à l'article L. 1232-2 du Code du travail n'est alors qu'un « moyen légal » de prévenir toute contestation sur la date de réception de la convocation. Dès lors, doit être approuvée la cour d'appel qui a retenu que l'envoi de cette convocation par courrier « Chronopost », qui permet de justifier des dates d'expédition et de réception de la lettre, ne pouvait constituer une irrégularité de la procédure de licenciement. Pour le professeur Tricoit : « le croisement de ces données peut signifier que sous réserve que l'écrit électronique comporte toutes les mentions nécessaires et que l'employeur puisse justifier des dates d'expédition et de réception de la lettre de convocation, une convocation pourrait être envoyée au salarié par SMS ou par mail »⁸⁷⁷.

3) *Entretien par visioconférence*

226. **Visioconférence** - Où doit se passer l'entretien ? La visioconférence est de plus en plus utilisée au moment du recrutement, mais peut-elle être utilisée lors l'entretien préalable au licenciement ? L'employeur peut-il l'imposer au salarié ? Cette possibilité n'ayant pas été prévue par la loi, les modalités pratiques sont difficiles à fixer pour les entreprises.

227. **Irrégularité de procédure** – En principe, l'entretien doit se tenir sur les lieux de travail où le salarié exerce son activité, ou bien au siège social de l'entreprise. Mais le lieu n'a pas un caractère fondamental dans la procédure. Par exemple, si une note de service a prévu, en cas de licenciement d'un cadre, que l'entretien devait avoir lieu au

⁸⁷⁵ Cass. soc., 13 sept. 2006, pourvoi n°04-45.698, Bull. civ., V, n°267.

⁸⁷⁶ Cass. soc., 8 fév. 2011, pourvoi n°09-40.027, Bull. civ., V, n°45.

⁸⁷⁷ J.-P. Tricoit, « Recrutement, rupture du contrat de travail et TIC », *op. cit.*, p. 1381.

siège de l'entreprise, l'inobservation de cette règle cause au salarié un préjudice essentiellement moral qu'il y a lieu de réparer⁸⁷⁸. Le principe connaît également des exceptions. La convocation du salarié sur un autre lieu, sans motif légitime, constitue une irrégularité de procédure⁸⁷⁹. La Cour de cassation valide ainsi la possibilité de convoquer le salarié hors lieu d'exécution du travail et hors siège social de l'entreprise, dès lors qu'il y a une raison légitime à cela⁸⁸⁰. Un employeur pourrait par exemple faire valoir son impossibilité de se déplacer. On relèvera que pour les télétravailleurs, le domicile constitue le lieu d'exécution du travail. Il est donc plus que légitime que l'entretien, dans ce cas précis, puisse se dérouler à distance.

228. Option offerte au salarié - On pourrait également imaginer la possibilité pour le salarié de refuser la tenue à distance de l'entretien. A ce titre, le Conseil d'État relève que la réunion du comité d'entreprise portant sur le licenciement d'un salarié protégé, peut être organisée au moyen de la visioconférence lorsque ses membres sont répartis sur des sites distincts, dès lors que le caractère secret du scrutin est respecté⁸⁸¹. Ayant constaté qu'aucun des participants à la séance du comité central d'entreprise n'a formulé d'observation ni manifesté un quelconque refus quant à la tenue de la réunion par visioconférence, que les questions inscrites à l'ordre du jour n'impliquaient pas un vote à bulletin secret et qu'il n'a pas été procédé à un tel vote, une cour d'appel retient à bon droit que l'utilisation de la visioconférence n'était pas de nature à entacher d'irrégularité les décisions prises par le comité central d'entreprise.

229. Demande du salarié - Le salarié peut-il demander à faire l'entretien à distance ? Il est possible de considérer qu'il s'agit d'une faculté laissée à la libre appréciation de l'employeur. La solution s'explique par le fait que l'entretien préalable est une formalité prévue dans l'intérêt du salarié⁸⁸². En effet, il n'a pas l'obligation d'être présent à l'entretien préalable. Son absence, lorsqu'elle n'est pas justifiée par une irrégularité de la procédure de convocation, n'interdit pas à l'employeur, sauf abus, de notifier le licenciement dans le respect des délais prescrits.

⁸⁷⁸ Cass. soc., 13 oct. 1993, pourvoi n°89-43.989, inédit.

⁸⁷⁹ Cass. soc., 20 oct. 2009, pourvoi n°08-42.155, inédit.

⁸⁸⁰ Cass. soc., 28 janv. 2005, pourvoi n° 02-45.971, Bull. civ., V, n°38.

⁸⁸¹ CE, 9 sept. 2010, pourvoi n°327250, inédit.

⁸⁸² A. Cristau, « Contrat de travail à durée indéterminée », dans *Rép. trav.*, 2015, .

4) *Notification du licenciement*

230. **Lettre de licenciement** - La lettre de licenciement ou lettre de notification, a pour objet d'informer le salarié de la décision prise par l'employeur de rompre le contrat de travail et de lui faire connaître les motifs de son licenciement. Pour être valable, la notification du licenciement, qui emporte toute une série de conséquences, doit respecter des conditions tant de forme que de fond.

231. **Exigence d'un écrit** - La notification du licenciement doit à nouveau intervenir par écrit. Si l'employeur décide de licencier, il doit notifier au salarié sa décision par LRAR en vertu de l'article L 1232-6 alinéa 1er du Code du travail. Cette lettre, qui doit être envoyée au domicile du salarié, signée de l'employeur ou de son représentant, doit lui être adressée sous certains délais. La chambre sociale de la Cour de Cassation considère toutefois que l'envoi en LRAR ne constitue qu'un mode de preuve du licenciement. La preuve de la notification du licenciement peut être apportée par tous moyens⁸⁸³. L'envoi de la lettre recommandée avec avis de réception visée à l'article L. 1232-6 du code du travail n'est qu'un moyen légal de prévenir toute contestation sur la date de notification du licenciement⁸⁸⁴. Doit être approuvée la cour d'appel qui a débouté le salarié de sa demande d'indemnité au seul titre de l'irrégularité de procédure fondée sur la remise en main propre contre décharge de sa lettre de licenciement⁸⁸⁵. Sur le principe, la lettre de licenciement pourrait être notifiée par mail, dès lors que la preuve de la réception par son destinataire pourrait être faite.

232. **Lettre recommandée électronique** - La notification du licenciement par lettre recommandée électronique est-elle valable ? A priori, la lecture littérale de l'article 1369-8 du Code civil ne permet pas d'utiliser une lettre recommandée électronique. En effet, pour ce dernier son utilisation est circonscrite « à la conclusion ou à l'exécution du contrat ». A la lecture de cette mention, il apparaît que le législateur n'a pas envisagé la possibilité de résilier un contrat au moyen d'une lettre recommandée électronique⁸⁸⁶. La réponse ministérielle n°191 du 11 juin 2013 a toutefois adopté un raisonnement inverse. Aux termes de celle-ci, il est prévu que « si le texte ne mentionne pas

⁸⁸³ Cass. soc., 29 sept. 2014, pourvoi n°12-26.932, Bull. civ., V, n°213.

⁸⁸⁴ Cass. soc., 7 juil. 2010, pourvoi n°08-45.139, inédit.

⁸⁸⁵ Cass. soc., 16 juin 2009, pourvoi n°08-40.722, Bull. civ., V, n°149.

⁸⁸⁶ La résiliation d'un contrat par courrier électronique avec accusé-réception, c'est possible, <http://www.legavox.fr/blog/quid-juris/resiliation-contrat-courrier-electronique-avec-12118.htm#.VcykRHi3LCY>.

expressément la possibilité de solliciter également selon ce procédé la résiliation d'un contrat, il y a lieu de considérer qu'une telle modalité pourrait aussi être utilisée, dès lors que la résiliation, qui permet à l'une des parties de mettre fin à un contrat, notamment lorsque l'autre partie n'exécute pas ses obligations, est une modalité relative à l'exécution du contrat ». Cette solution consacre l'intégration des évolutions technologiques dans le formalisme de la procédure de licenciement. Elle puise sa logique dans la consécration en droit français par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique des procédés de preuves par voie électronique, qui ont la même force probante qu'un écrit papier⁸⁸⁷. Si le procédé permet de faire des économies, il peut toutefois accroître le risque de contentieux par la suite en raison de la susceptibilité de certains salariés à se faire remercier de la sorte.

233. **Annnonce de la rupture par SMS** – Suivant la jurisprudence, le licenciement est simplement irrégulier lorsque l'annonce verbale de la rupture du contrat de travail, prise à l'issue de l'entretien préalable, précède l'envoi de la lettre de licenciement motivée. « Une décision de licenciement prise à l'issue de l'entretien préalable, avant l'envoi de la lettre de licenciement motivée, constitue une irrégularité de procédure qui n'a pas pour effet de priver ce licenciement de cause réelle et sérieuse »⁸⁸⁸. De la même façon, le fait d'informer verbalement le salarié de la rupture de son contrat de travail n'a aucune incidence sur la régularité et la justification du licenciement lorsque cette information a lieu postérieurement à l'envoi de la lettre de rupture ; peu importe que celle-ci n'ait pas encore été réceptionnée par le salarié⁸⁸⁹. Il y a tout lieu de penser qu'un SMS informant le salarié aurait la même portée que ces deux décisions et ne devrait donc pas remettre en cause la motivation du licenciement.

B. Modalités de rupture spécifiques

234. **Fin de la relation de travail** – Outre la procédure de licenciement, les modalités de rupture de la relation de travail sont relativement nombreuses. Il convient de passer en revue, à la lumière des nouvelles technologies, les ruptures à l'initiative du salarié (1), les ruptures à l'initiative de l'employeur (2), les ruptures d'un commun accord (3) et

⁸⁸⁷ A. Rodrigues, *La valeur probante de l'écrit numérique*, http://www.avocats-picovschi.com/la-valeur-probante-de-l-ecrit-numerique_article_395.html, consulté le 13 août 2015.

⁸⁸⁸ *Cass. soc.*, 11 juil. 2007, pourvoi n°06-40.225, inédit.

⁸⁸⁹ *Cass. soc.*, 6 mai 2009, pourvoi n°08-40.395, *Bull. civ.*, V, n°123.

lors de la période d'essai (4). Le départ à la retraite ne supposant aucun formalisme particulier, il ne sera pas envisagé en l'absence de contentieux numérique connu.

1) *Modes de ruptures à l'initiative du salarié*

235. **SMS de démission** - Le licenciement s'oppose à la démission qui est le fait de la libre initiative du salarié. La démission n'a pas besoin d'être motivée, sauf si le salarié fait part d'agissements fautifs de son employeur. La démission pourra alors être qualifiée de prise d'acte de la rupture du contrat. La cour d'appel de Paris a estimé qu'une démission par e-mail est tout à fait possible dans la mesure où le salarié exprime une volonté claire et non équivoque de démissionner⁸⁹⁰. Il est également possible de démissionner par un simple SMS. Si le procédé est peu courtois, il est de plus en plus répandu. C'est alors la réception du message qui marque le point de départ du préavis du salarié.

236. **Réagir face à un SMS de démission** - Afin d'éviter tout litige, l'employeur doit se prémunir contre l'incertitude entourant l'intention du salarié. Comment interpréter par exemple un statut sur les réseaux sociaux : « J'en ai marre de mon job, je pars ? ». Comme ce message n'est pas directement adressé à l'employeur, il peut se poser la question si l'employé souhaite réellement quitter son travail ou s'il ne fait que partager son sentiment après une mauvaise journée. Il est également possible qu'un salarié annonce son intention de démissionner par SMS ou par mail, ne se présente pas par la suite au travail mais qu'il soit en réalité en arrêt maladie⁸⁹¹. Il convient d'être prudent, la légalité de l'acceptation d'une démission dépend de longue date de l'expression d'une volonté non équivoque de cesser les fonctions⁸⁹². « La démission est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail »⁸⁹³. L'employeur peut éventuellement lever l'incertitude en lui envoyant une lettre recommandée avec accusé de réception dans laquelle il prend acte de

⁸⁹⁰ CA Paris, 18e ch., 16 nov. 2001, *Mac Lachian c/SARL Starkey France*.

⁸⁹¹ *Les 21 pires manières de démissionner*, <http://www.blog-emploi.com/top-21-pires-demission/>, consulté le 13 août 2015.

⁸⁹² G. Couturier, « Démission équivoque ou démission nulle », *Dr. soc.*, 2010, p. 593.

⁸⁹³ Lorsque le salarié, sans invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission, remet en cause celle-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur, le juge doit, s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque, l'analyser en une prise d'acte de la rupture qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient ou dans le cas contraire d'une démission. *Cass. soc.*, 9 mai 2007, *pourvoi n°05-40.315*, *Bull. civ.*, V, n°70 ; *Cass. soc.*, 24 sept. 2014, *pourvoi n°12-29.224*, inédit.

sa démission « sous réserve d'une réaction écrite de sa part en sens contraire ». Après trois jours, sans nouvelles écrites du salarié, l'employeur peut envoyer une deuxième lettre dans laquelle il constate qu'il a bien démissionné et qu'il est dès lors en droit de lui réclamer une indemnité de préavis. La solution la moins risquée pour l'employeur reste néanmoins de mettre en demeure le salarié de reprendre son travail et à défaut de réponse d'engager une procédure disciplinaire pour abandon de poste pouvant aller jusqu'au licenciement⁸⁹⁴. En matière administrative, l'article 39 du décret du 15 février 1988 prévoit que « la démission est présentée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception », mais le juge administratif considère que « le recours à un tel envoi ne constitue pas un mode exclusif de preuve du dépôt effectif d'une démission »⁸⁹⁵. Sa décision suggère qu'un courrier électroniquement signé, dénué d'ambiguïté et dont l'auteur serait indubitablement identifié, pourrait être regardé comme une lettre de démission satisfaisant aux exigences du décret⁸⁹⁶. Une interprétation similaire pourrait être faite pour la chambre sociale.

237. Prise d'acte - La prise d'acte peut être envisagée si le salarié reproche à l'employeur des manquements suffisamment graves pour empêcher la poursuite du contrat de travail. Elle peut être justifiée notamment dans les cas de « cyber-harcèlement » commis par l'employeur ou par un salarié, quand bien même l'employeur aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements⁸⁹⁷. En effet, le support informatique facilite la commission de situations qui peuvent s'assimiler à du harcèlement. En matière pénale, les juges doivent par exemple juger des affaires de « *revenge porn* » (vengeance pornographique). Dans un arrêt du 16 mars 2016⁸⁹⁸, des poursuites avaient été engagées contre un individu sans scrupule qui avait diffusé sur internet une photographie représentant son ancienne compagne nue et enceinte. Certes, le cliché intime avait été pris avec le consentement de cette dernière. Mais sa diffusion ultérieure avait été réalisée sans son accord, probablement dans un esprit de vengeance après la séparation du couple. Ce type d'agissement pourrait faire irruption dans la sphère de l'entreprise. Le départ d'un salarié à l'issue de faits de harcèlement digital est d'autant plus plausible que le salarié peut être légitimement désireux d'échapper à une

⁸⁹⁴ En l'absence de volonté claire et non équivoque du salarié de démissionner, il appartient à l'employeur qui lui reproche un abandon de poste de le licencier. *Cass. soc.*, 10 juil. 2002, pourvoi n°00-45.566, *Bull. civ.*, V, n°240.

⁸⁹⁵ *CAA Nantes*, 24 mars 2015, n°13NT01016.

⁸⁹⁶ « Variations sur la démission par courrier électronique », *AJFP*, 2015, p. 273.

⁸⁹⁷ *Cass. soc.*, 3 fév. 2010, pourvoi n°08-40.144, *Bull. civ.*, V, n°30.

⁸⁹⁸ *Cass. crim.*, 16 mars 2016, pourvoi n°15-82.676, en cours de publication.

situation douloureuse et humiliante. Aucun formalisme n'est imposé au salarié. Il reste néanmoins préférable, pour des raisons de preuve en cas de litige, de prévenir l'employeur par un écrit listant les raisons de la prise d'acte. Si le support électronique facilite la commission de nouvelles situations justifiant la prise d'acte du salarié, il facilite aussi l'apport de preuve⁸⁹⁹. Pour établir l'existence d'un harcèlement, le salarié peut par exemple produire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS (de l'anglais : Short Message Service)⁹⁰⁰.

238. Résiliation judiciaire du contrat de travail - Le salarié qui reproche à son employeur des manquements graves à ses obligations contractuelles peut demander au conseil des prud'hommes de résilier son contrat de travail. Dans le cadre de la simplification des relations entre l'administration et les citoyens, l'ordonnance du 6 novembre 2014⁹⁰¹ prévoit les conditions d'exercice du droit des usagers de saisir l'administration par voie électronique et les modalités de traitement de ces demandes. Cette liste étant toutefois limitée, il n'est pas possible de saisir le Conseil de Prud'hommes en ligne. En revanche, il est désormais possible de constituer un dossier pour le Conseil de Prud'hommes grâce à internet. Certains sites prennent ainsi en charge la mise en forme du dossier ainsi que tous les envois postaux de manière automatisée tout en garantissant le respect des dispositions du Code de procédure civile⁹⁰².

2) Modes de ruptures à l'initiative de l'employeur

239. La prise d'acte de la rupture par l'employeur - L'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail, ou qui le considère comme rompu du fait du salarié, doit mettre en oeuvre la procédure de licenciement ; à défaut, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse⁹⁰³. Il convient donc de se reporter aux développements relatifs à la dématérialisation de la procédure de licenciement⁹⁰⁴.

⁸⁹⁹ Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 1, section 3, I : loyauté des enregistrements.

⁹⁰⁰ Cass. soc., 23 mai 2007, pourvoi n°06-43.209, Bull. civ., V, n°85.

⁹⁰¹ « Ordonnance n° 2014-1330 du 6 novembre 2014 relative au droit des usagers de saisir l'administration par voie électronique » (JO n°0258, 7 nov. 2014 p. 18780).

⁹⁰² On peut par exemple se reporter au site SaisirPrudhommes.com (www.saisirprudhommes.com). Il permet à tous les justiciables de démarrer une procédure devant le Conseil de Prud'hommes sur Internet, sans aucune assistance et à un prix fixe.

⁹⁰³ Cass. soc., 25 juin 2003, pourvoi n°01-40.235, Bull. civ., V, n°208.

⁹⁰⁴ Infra. Partie 1, titre 1, chapitre 2, section 2, II, A : la dématérialisation de la procédure de licenciement.

240. **Notification dématérialisée d'un projet de licenciement économique** - La loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a procédé à une refonte profonde des règles applicables en matière de licenciement collectif. Depuis, le 1er juillet 2014⁹⁰⁵, la notification du projet de licenciement, les informations et documents destinés aux représentants du personnel, ou, à défaut, à la Direccte⁹⁰⁶, la demande de validation de l'accord ou d'homologation du document unilatéral, le PSE et le dossier à déposer à l'administration ainsi que le bilan de la mise en œuvre du PSE doivent être transmis par voie dématérialisée sur le système d'information « Si-homologation »⁹⁰⁷. Ce site vise à dématérialiser les procédures d'homologation en respectant les délais contraints par la loi. S'y effectuent les échanges avec l'administration : l'employeur y dépose les documents relatifs à son projet de licenciement tout au long de la procédure ainsi que ses demandes⁹⁰⁸ ; la Direccte y dépose ses courriers administratifs (lettre d'observations, réponses à des demandes d'injonction, etc.), ses décisions signées et accuse réception des pièces et informations reçues.

241. **La force majeure** - En 2015, des pirates informatiques ont révélé les noms des utilisateurs du site américain de rencontres extraconjugales Ashley Madison... Une affaire qui a remis en cause la crédibilité de l'entreprise et la pérennité des emplois. Pour autant, le piratage informatique de l'entreprise peut-il être constitutif d'un cas de force majeure ? La force majeure s'entend, selon la Chambre sociale de la Cour de cassation, « de la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite » du contrat de travail⁹⁰⁹. Un arrêt récent admet qu'un dysfonctionnement informatique puisse être constitutif d'un cas de force majeure. En l'espèce la Cour de cassation retient la force majeure qui est déduite à la fois de ce que le débiteur avait pris les précautions suffisantes pour que l'ordre de virement soit donné dans les délais impartis et de ce qu'aucun incident n'avait eu lieu pendant dix-sept mois. Le problème informatique était relatif au système interne de la banque, il était ainsi totalement extérieur au débiteur. La sécurité absolue n'existe pas et un pirate suffisamment motivé arrivera toujours à ses fins. Pour autant, il revient à l'entreprise de

⁹⁰⁵ « Arrêté du 27 juin 2014 fixant la date d'entrée en vigueur des dispositions de l'article 5 du décret n° 2013-554 du 27 juin 2013 relatif à la procédure de licenciement collectif pour motif économique ».

⁹⁰⁶ C. trav. art. D. 1233-9 et 10.

⁹⁰⁷ Dont l'adresse internet est www.portail-pse.emploi.gouv.fr.

⁹⁰⁸ La notification du projet de licenciement ; les informations et documents destinés aux représentants du personnel et au comité central d'entreprise. Lorsqu'il n'existe pas de comité d'entreprise ni de délégués du personnel dans l'entreprise, l'employeur doit également transmettre les informations mentionnées à l'article L. 1233-31 du Code du travail.

⁹⁰⁹ *Cass. soc.*, 12 fév. 2003, pourvoi n°00-46.660, *Bull. civ.*, V, n°50.

gérer et d'assumer la sécurité de son matériel informatique, l'entreprise ne pourra donc pas prétendre à la force majeure. La responsabilité pénale du dirigeant pourra également être engagée en cas de négligence⁹¹⁰. Il est donc primordial d'anticiper ces risques, grâce à des solutions techniques adéquates.

3) *Modes de ruptures d'un commun accord*

242. **La rupture amiable de droit commun** - Si aucun écrit n'est pas requis *ad validitatem*, il est cependant conseillé d'en rédiger comme moyen de preuve. Il est en revanche recommandé d'éviter de demander une rupture conventionnelle par courriel (ou par lettre), car en cas de refus, cela laisse une trace écrite du souhait de mettre fin à la relation de travail.

243. **La rupture conventionnelle** – « Présentée comme une modernisation sans précédent des relations individuelles de travail, la rupture conventionnelle illustre avec bonheur les rapports complexes du droit social avec celui des contrats »⁹¹¹. Si elle semble « peu risquée » c'est à condition de respecter les règles légales qui l'entourent. Introduite par la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008⁹¹², la rupture conventionnelle obéit au respect d'une procédure spécifique, soumise à validation de la Direccte. La rupture conventionnelle est tout d'abord subordonnée à un ou plusieurs entretiens⁹¹³, mais aucun formalisme particulier n'est exigé pour convoquer le salarié. Un employeur peut donc aviser le salarié par un simple courriel. Lorsque les deux parties sont d'accord sur les conditions, elles peuvent signer le contrat de rupture conventionnelle. Ce dernier doit être établi en plusieurs exemplaires. La rupture conventionnelle est en effet considérée comme nulle si le salarié ne s'est pas vu remettre un exemplaire de la convention de rupture. Par ailleurs, la Cour de cassation énonce que « le droit de rétractation dont dispose chacune des parties à la convention de rupture doit être exercé par l'envoi à l'autre partie d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception »⁹¹⁴. Le salarié peut donc manifester son droit de rétraction par courriel, le recommandé électronique devrait néanmoins être privilégié afin de se

⁹¹⁰ C. pén. art. 226-17.

⁹¹¹ S. La Gac-Pech, « Les charmes et les dangers de la rupture conventionnelle du contrat de travail », *Petites affiches*, n° 107, 29 mai 2015, p. 8.

⁹¹² « Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail » (JO n°0148, 26 juin 2008, p. 10224).

⁹¹³ C. trav. art. L. 1237-12.

⁹¹⁴ *Cass. soc.*, 6 oct. 2015, pourvoi n°14-17.539, en cours de publication.

constituer une preuve de l'envoi dans les délais⁹¹⁵. L'administration permet enfin à l'employeur ou au salarié de saisir en ligne la demande d'homologation⁹¹⁶ d'une rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée. Selon l'administration, la saisie assistée « offre une garantie de qualité de remplissage du dossier et un traitement rapide de votre demande par l'administration »⁹¹⁷. On peut néanmoins regretter que toute la démarche ne soit pas dématérialisée, le formulaire personnalisé devant être téléchargé (format pdf) puis imprimé, signé par l'employeur et le ou la salarié(e) et envoyé à l'issue du délai de rétractation au service indiquées.

4) *Rupture en cours d'essai*

244. **Absence de formalisme** - La période d'essai revêt un caractère précaire tenant aux conditions de sa rupture. Pendant cette phase de transition, les règles du licenciement et de la démission ne sont pas applicables. L'employeur et le salarié peuvent procéder à la rupture du contrat de travail lors de la période d'essai, ce jusqu'au dernier jour de cette dernière⁹¹⁸. Les parties ont, sous réserve de respecter le délai de prévenance visé ci-après, toute liberté pour rompre la période d'essai. La tenue d'un entretien préalable n'est pas requise. De même, la loi n'oblige pas à notifier la rupture de l'essai par écrit. En pratique, le recours à l'écrit permet de constituer un élément de preuve d'une part de la rupture du contrat elle-même et d'autre part du point de départ du délai de prévenance. Cet écrit pourrait prendre la forme d'un SMS ou d'un courriel. A noter cependant que, dans l'hypothèse où il reprocherait une faute professionnelle au salarié, l'employeur est tenu de respecter à l'égard de celui-ci la procédure disciplinaire⁹¹⁹.

245. **Conclusion du chapitre** - La transaction électronique constitue un engagement presque comme les autres s'agissant du contrat de travail. En principe, s'il a acceptation d'une offre, il y a formation du contrat. Sur le plan juridique et technique, il n'y a aucun

⁹¹⁵ C. trav. art. L. 1237-13 : « A compter de la date de sa signature par les deux parties, chacune d'entre elles dispose d'un délai de quinze jours calendaires pour exercer son droit de rétractation. Ce droit est exercé sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie ».

⁹¹⁶ C. trav. art. L. 1237-14.

⁹¹⁷ DAGEMO, *TéléRC : le service de saisie d'une demande d'homologation de rupture conventionnelle (Cerfa n°14598*01)*, <https://www.telerc.travail.gouv.fr/RuptureConventionnellePortailPublic/jsp/site/Portal.jsp>, consulté le 12 octobre 2016.

⁹¹⁸ C. trav. art. L. 1231-1 : « Le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, ou d'un commun accord, dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre. Ces dispositions ne sont pas applicables pendant la période d'essai ».

⁹¹⁹ Convocation à un entretien puis entretien et enfin notification de la rupture de la période d'essai.

obstacle à ce que l'acceptation s'exécute en ligne par le fait de « cliquer sur sa souris ». Ce geste est comparable à l'acquiescement de la tête d'un acheteur lors d'une vente aux enchères. Toutefois, des problèmes relatifs à la preuve et à l'information préalable peuvent cependant se poser. En effet, la conclusion électronique du contrat est de nature à dénaturer les notions d'offre et d'acceptation. La méfiance historique du législateur n'est cependant pas totalement justifiée. Les documents électroniques sont aujourd'hui mieux protégés et plus accessibles (et ce y compris pour les travailleurs) que les documents au format papier. S'agissant spécifiquement de la rupture électronique du contrat de travail, les zones d'ombres et la complexité des dispositifs ne permettent pas de recommander la substitution de la procédure de rupture par des dispositifs dématérialisés. C'est d'autant plus paradoxale lorsqu'on considère que la relation de travail peut parfaitement s'opérer à distance.

Titre 2 L'EXECUTION DE LA RELATION NUMERIQUE DE TRAVAIL

246. **Métamorphose du travail humain** - « Antérieurement à la révolution industrielle, et jusqu'au début du XX^e siècle, plus de 90% des travailleurs étaient dispersés dans des boutiques d'artisans et de commerçants, ou dans des fermes disséminées dans les campagnes. Les gens se surveillaient mutuellement. Les conditions de l'activité industrielle ont rompu les équilibres ancestraux. La nécessité de réunir les travailleurs, majoritairement salariés, dans un même lieu pendant la même période pour une tâche commune a conduit la surveillance au travail à revêtir des formes appropriées aux nouvelles exigences »⁹²⁰. Plus récemment, la cyber-surveillance a pris place. Plus qu'une différence de degré, c'est une différence de nature qu'elle génère avec la mise en réseaux des ordinateurs. La généralisation des technologies de l'information et de la communication permet de travailler n'importe quand et en tout lieu. « La métamorphose du travail humain, qui met les ressources de la pensée en exergue, ajoute des questions nouvelles qui peuvent inviter à s'intéresser à ces modalités »⁹²¹. Dans cet environnement, la surveillance numérique (chapitre 1) peut être vue comme une contrainte limitant la marge de manœuvre du salarié, mais aussi comme une possibilité

⁹²⁰ H. Bouchet, « La surveillance numérique au travail », *Hermès, La Revue*, n° 53, 26 octobre 2013, p. 85.

⁹²¹ *Ibid.*, p. 87.

de lui offrir plus d'autonomie. Les nouvelles manières de travailler, le mélange entre la vie privée et la vie publique, tel qu'il se produit sur les réseaux sociaux, a également une incidence forte sur les conditions de travail (chapitre 2). L'ambivalence du sujet témoigne des évolutions en cours, et conduit à s'interroger sur l'efficacité des dispositifs juridiques existants pour la protection des droits des salariés.

Chapitre 1 Contrôle technologique de l'activité des salariés

247. **Contrôle** - Le contrôle désigne au sens littéral « l'action de contrôler quelque chose, quelqu'un, de vérifier leur état ou leur situation au regard d'une norme »⁹²². Par rapport au travail, « d'un point de vue historique, le contrôle est en quelque sorte à la gestion des ressources humaines ce qu'est l'œuf à la poule : une genèse en même temps qu'une finalité (parmi d'autres) »⁹²³. L'ère productive a longtemps été marquée par le recours quasi exclusif au type de contrôle personnalisé exercé tantôt par les maîtres de la corporation, tantôt par le tisserand ou le chef d'atelier⁹²⁴. La révolution industrielle a provoqué une certaine rupture dans l'exercice du contrôle, en combinant un contrôle personnalisé (celui du contremaître) à un contrôle mécanique (celui des machines). Dans l'usine la surveillance du salarié était ainsi matérialisée par une pointeuse et un contremaître. La première s'assurait que le salarié arrivait et partait bien à l'heure, le second s'assurait que le salarié suivait bien le rythme imposé par la cadence de la machine.

248. **La surveillance électronique** - La révolution numérique introduit une nouvelle rupture⁹²⁵. « S'ouvre désormais l'ère du « contremaître virtuel » pouvant tout exploiter sans que le salarié en ait toujours parfaitement conscience et permettant, le cas échéant, au-delà des légitimes contrôles de sécurité et de productivité des salariés, d'établir le profil professionnel, intellectuel ou psychologique du salarié »⁹²⁶. A la surveillance physique et présente, on peut aujourd'hui suppléer la comptabilisation de chaque action du salarié. Les TIC jouent « le rôle d'un outil venant équiper finement les normes

⁹²² Définitions : *contrôle* - Dictionnaire de français Larousse, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/contr%C3%B4le/18932>, consulté le 19 juin 2015.

⁹²³ L. Taskin, « Télétravail : Les enjeux de la déslocalisation pour le management humain », *Revue Interventions économiques. Papers in Political Economy*, n° 34, 1 juillet 2006.

⁹²⁴ F.-J.-P. Hye-Schoutheer, *Rapport général à sa majesté le roi, sur la création, les progrès et l'état actuel de la maison de travail de charité*, C. J. Fernand, 1818, p. 19-21.

⁹²⁵ J.-E. Ray, « À propos de la révolution numérique », *Dr. soc.*, 2012, p. 934.

⁹²⁶ FRANCE, Commission nationale de l'informatique et des libertés et H. Bouchet, *La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise*, op. cit., p. 4.

de productivité, les visées managériales, la mise en concurrence et le volume de l'activité », et « viennent enrichir la panoplie des outils de contrôle »⁹²⁷. Chargés d'émancipations possibles autant qu'ils sont lourds d'asservissements potentiels⁹²⁸, des collaborateurs de plus en plus nombreux refusent les nouveaux outils qui leur sont proposés. « Ils y voient là des outils de surveillance particulièrement performants et pernicieux, la réussite totale du panoptique, l'aboutissement des thèses des frères Bentham, dans lesquels le sentiment de se savoir possiblement surveillé est beaucoup plus efficace que la surveillance elle-même »⁹²⁹. La question de la surveillance des salariés est loin d'être marginale lorsque les nouvelles technologies permettent un contrôle toujours plus poussé de la productivité des travailleurs. « Le futur sera-t-il plutôt comme « 1984 » d'Orwell ou comme « Mon oncle » de Jacques Tati ? »⁹³⁰. Est-ce là le prix de la formidable liberté de mouvement physique qu'ils induisent ? Comment le droit existant appréhende ces nouveaux usages ? Il convient d'envisager dans un premier temps le *monitoring*⁹³¹ du salarié comme un moyen de surveillance à la disposition de l'employeur (Section 1), dans second temps, les marges éventuelles d'autonomie qu'offrent les ressources informatiques considérés cette fois comme des instruments de travail (Section 2), et enfin, dans un troisième temps, comme un moyen de preuve (Section 3)

Section 1 Droit de la surveillance numérique

249. **Déclinaison du pouvoir de l'employeur** – Le pouvoir peut être défini comme la faculté d'exercer sur un homme une domination telle qu'on obtienne de lui des actes ou comportements qu'il n'aurait pas adoptés spontanément⁹³². Dans le cadre de son pouvoir de direction et disciplinaire, il revient à l'employeur de s'assurer de la bonne exécution

⁹²⁷ Romain Chevallet et Frédéric Moatty, Impacts des TIC sur les rythmes, l'autonomie et le contrôle du travail in FRANCE, T. Klein, D. Ratier, Centre d'analyse stratégique et Direction générale du travail, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, *op. cit.*, p. 83.

⁹²⁸ C. Paul et C. Féral-Schuhl, *Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique*, Assemblée nationale, 2015, p. 11.

⁹²⁹ F. Coupez et F. La Pinta, *Droit à la déconnexion et objets connectés*, <http://blogatipic-avocat.com/droit-la-deconnexion-et-objets-connectes/>, consulté le 16 mars 2015.

⁹³⁰ *La transformation Numérique : rêve ou cauchemar ?*, <http://www.it-expertise.com/la-transformation-numerique-reve-ou-cauchemar/>, consulté le 9 février 2015.

⁹³¹ Le monitoring électronique est un terme appliqué à une variété de pratiques de travail utilisant des technologies d'information et de communication pour collecter et analyser des données sur la performance du travail des employés. Cette définition considère le monitoring en tant que « collecte continue, analyse et gestion de l'information portant sur le rendement au travail et de l'utilisation des équipements ». L.B.F. Aissi, « Monitoring électronique des performances : sources de stress », *Management & Avenir*, n° 37, 1 décembre 2010, p. 306.

⁹³² E. Gaillard, *Le Pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p. 96.

du travail de ses salariés. « L'employeur a le droit et même le devoir de surveiller l'activité de ses salariés »⁹³³. Il lui incombe notamment, en matière de durée du travail, l'obligation de fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires qu'il a effectivement réalisés⁹³⁴.

250. Les modalités du contrôle - Ce contrôle est avant tout un contrôle humain. Un supérieur hiérarchique peut procéder à une simple surveillance, sans informer préalablement le salarié⁹³⁵. Le développement des nouvelles technologies lui permet d'introduire des dispositifs de contrôle et de surveillance au sein de l'entreprise qui complètent le contrôle humain ou s'y substituent. Se faisant, les technologies numériques et les moyens de surveillance qu'elles offrent opèrent un nouvel équilibre entre les prérogatives de l'employeur et la liberté dont jouit le salarié⁹³⁶. L'évolution du rapport de travail tend à entraîner une concentration du pouvoir de l'employeur sur le contrôle de l'activité. Ce pouvoir se heurte toutefois à la prise en compte des libertés des salariés. On constate dès lors un « enchevêtrement normatif progressif des exigences relatives, d'une part, à la protection des données personnelles et, d'autre part, au droit du travail »⁹³⁷.

251. Données personnelles - La protection des données à caractère personnel est devenue un sujet majeur dans les relations sociales. Socle commun à tous les pays de l'Union européenne en matière de protection des données personnelles, la directive du 24 octobre 1995 sur la protection des données⁹³⁸ définit la donnée personnelle comme « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable » (le nom, le prénom, la photo mais aussi les empreintes digitales et autre donnée biométrique). Selon cette définition, un courriel professionnel constitue une donnée à caractère personnel. Les données indirectement personnelles sont des informations qui permettent d'identifier une personne indirectement, c'est-à-dire par référence à un numéro d'identification comme par exemple le numéro de sécurité sociale ou un numéro d'employé. Plus largement, dès qu'il est possible de rattacher une information à une

⁹³³ F. Favennec-Hery, « Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire », *Dr. soc.*, 2004, p. 48.

⁹³⁴ Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2, 1, A, 1, a « le respect des temps de repos ».

⁹³⁵ *Cass. soc.*, 26 avr. 2006, pourvoi n°04-43.582, *Bull. civ. V*, n°145.

⁹³⁶ Le contrat de travail se caractérise par la constatation de l'existence d'un lien de subordination, par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné.

⁹³⁷ W. Fraisse, « Conditions de mise en place d'un dispositif de surveillance des salariés », *Dalloz actualité*, 31 octobre 2014.

⁹³⁸ « Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ».

personne, même par le biais d'un cryptage ou d'un numéro d'identification, cette information constitue une donnée à caractère personnel, et elle est à ce titre protégée par la loi. Les problèmes de surveillance du salarié par l'employeur ont profondément évolué du fait des nouvelles technologies de l'information et de la communication⁹³⁹.

252. Proportionnalité des moyens de contrôle - Le pouvoir de contrôle permet à l'employeur de surveiller la qualité du travail fourni, d'évaluer la prestation du salarié, mais à condition que les procédés utilisés ne soient pas clandestins et disproportionnés. A priori le pouvoir de contrôle de l'employeur est plus étendu grâce aux TIC. La vidéo surveillance, les puces RFID, la géolocalisation, le fait de pouvoir joindre un salarié partout (notamment sur son portable) représentent autant de moyens qui permettent à l'employeur de savoir ce que le salarié fait. Mais se faisant il pourra potentiellement atteindre à la vie personnelle. C'est d'autant plus vrai lorsque le salarié travaille à son domicile. Dès lors comment s'assurer de la proportionnalité des moyens de contrôle ? Il convient d'envisager tout d'abord les fondements légaux (I), ensuite « l'état de l'art » du *monitoring* électronique (II) et enfin les chartes et autres documents internes aux entreprises qui supportent la mise en place de ces dispositifs (III).

I. Les fondements légaux

253. Une surveillance strictement encadrée - Les outils de surveillance électronique peuvent être utilisés de manière à entraver les droits fondamentaux et les libertés des salariés. « Même si la majorité des directions invoquent des impératifs de sécurité, le système de surveillance se transforme souvent en instrument d'un contrôle poussé des travailleurs »⁹⁴⁰. Il est donc apparu très rapidement nécessaire d'encadrer cette surveillance au nom de la vie privée du salarié (A). Les conditions de mise en place d'un dispositif de surveillance des salariés sont ainsi très largement encadrées par le droit du travail (B) et placées sous la surveillance de la CNIL qui veille au respect des procédures dès lors que les traitements relèvent du régime des données personnelles (C).

⁹³⁹ A. Rallet et F. Rochelandet, « Présentation », *Données personnelles et vie privée*, n° 167, 22 juin 2011, coll. « Réseaux », p. 10.

⁹⁴⁰ F. Février, *Pouvoir de contrôle de l'employeur et droits des salariés à l'heure d'Internet*, Mémoire sous la direction de F. Guiomard, Université Paris X Nanterre, 2003, p. 24.

A. La vie privée du salarié

254. **Le droit au respect de sa vie privée** - La dissémination toujours plus importante des données personnelles et la capacité croissante d'un certain nombre d'acteurs, à regrouper les données concernant un même individu, cause une perte de maîtrise de leurs données par les individus et des risques dont ceux-ci ne perçoivent encore qu'imparfaitement la matérialité⁹⁴¹. La protection des données personnelles est gouvernée par des normes internationales, communautaires et nationales, au premier rang desquelles figure l'article 8 relatif au respect de la vie privée de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁹⁴². Cet article définit le droit au respect « de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Ce droit est toutefois sujet à des restrictions « prévues par la loi » et « nécessaires, dans une société démocratique ».

255. **La jurisprudence de la CEDH** - La Cour européenne des droits de l'homme a clairement affirmé que : « Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. Il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de vie privée comme excluant les activités professionnelles ou commerciales : après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur. Un fait, souligné par la Commission, le confirme : dans les occupations de quelqu'un, on ne peut pas toujours démêler ce qui relève du domaine professionnel de ce qui en sort »⁹⁴³. Dans l'affaire *Halford c. Royaume-Uni*, la CEDH a établi que l'interception d'appels téléphoniques passés par les salariés depuis leur poste de travail constitue une violation de l'article 8 de la Convention. La Cour dans cet arrêt affirme que : « Il ressort clairement de sa jurisprudence que les appels téléphoniques émanant de locaux professionnels, tout comme ceux provenant du domicile, peuvent se trouver compris dans les notions de vie privée et de correspondance visées à l'article 8, § 1^{er}. Rien ne prouve que Mme Halford ait été prévenue, en qualité d'utilisatrice du réseau interne de télécommunications [...], que les appels passés sur ce système étaient

⁹⁴¹ L. Cytermann, « La loi Informatique et libertés est-elle dépassée ? », *RFDA*, 2015, p. 99.

⁹⁴² A. Grosjean, « La surveillance des salariés sur le lieu du travail et les nouvelles technologies de l'information au Grand-Duché du Luxembourg », *Journal des tribunaux Luxembourg*, n° 21, juin 2012, p. 70.

⁹⁴³ *CEDH*, 16 déc. 1992, *Niemietz c. Allemagne*, n°13710/88, *op. cit.*

susceptibles d'être interceptés. La Cour estime qu'elle pouvait raisonnablement croire au caractère privé de ce type d'appels »⁹⁴⁴. Il résulte des enseignements de la jurisprudence de la CEDH que les salariés peuvent légitimement s'attendre au respect de leur vie privée sur leur lieu de travail. Ce droit existe même s'ils utilisent des outils de communication ou d'autres équipements professionnels de l'employeur⁹⁴⁵. La CEDH ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de «vie privée». Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un «cercle intime» où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Dans les occupations de quelqu'un, on ne peut pas toujours démêler ce qui relève du domaine professionnel de ce qui en sort. De plus, on risquerait d'aboutir à une inégalité de traitement si on refusait le bénéfice de l'article 8 au motif que la mesure dénoncée concernerait uniquement des activités professionnelles : la protection continuerait à jouer en faveur d'un individu dont les activités professionnelles et non professionnelles s'imbriqueraient à un point tel qu'il n'existerait aucun moyen de les dissocier⁹⁴⁶.

256. En droit interne - La distinction entre vie personnelle et vie professionnelle du salarié conduit à permettre une surveillance plus stricte du travailleur au temps et au lieu du travail que pendant les périodes où le salarié échappe à l'autorité de l'employeur⁹⁴⁷. La Cour de cassation déclare toutefois que « le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée et que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances »⁹⁴⁸. Même lorsqu'il est au travail, une part de la personne du salarié échappe donc au pouvoir de l'employeur. Celui-ci ne saurait, par exemple, interdire toute conversation étrangère au service entre salariés⁹⁴⁹.

257. Limité au temps et au lieu - En janvier 2010, une société de transport public licencie pour faute grave l'un de ses contrôleurs de bus. Motif ? Non-respect des horaires de travail, mais aussi abandon de poste en cours de service. L'agent conteste cette sanction en rappelant que les faits ont été révélés par une surveillance menée à son

⁹⁴⁴ CEDH, 25 juin 1997, *Halford c/ Royaume-Uni*, n°20605/92, *op. cit.*

⁹⁴⁵ J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une oeuvre encore en demi-teinte », *RDT*, 2008, p. 16.

⁹⁴⁶ « Violation de la vie privée protégée par la Convention européenne des droits de l'homme : perquisition au cabinet d'un avocat, CEDH, 16 décembre 1992, n°13710/88 », *D.*, 1993, p. 386.

⁹⁴⁷ J. Mouly et J. Savatier, « Droit disciplinaire », dans *Rép. trav.*, 2015, .

⁹⁴⁸ *Cass. soc.*, 2 oct. 2001, *pourvoi n°99-42.942*, *Bull. civ.*, V, n°291.

⁹⁴⁹ *CE*, 25 janvier 1989, *req. n°64296*, *Dr. soc.* 1989, p. 201.

insu. Un procédé estimé illicite. La Cour de cassation lui donne tort dans un arrêt du 5 novembre 2014⁹⁵⁰. Le contrôle de son activité s'est limité à son temps et à son lieu de travail, qui peut être situé, comme ici, hors les murs de l'entreprise. Il n'y a donc pas eu atteinte à la vie privée. Un employeur a en effet le droit de contrôler à tout moment l'activité de son personnel sans le prévenir. Cela fait partie de son pouvoir de direction. A noter en revanche que, si un employeur ne veut plus se contenter d'un contrôle humain mais souhaite installer du matériel de surveillance (caméras, écoutes téléphoniques, GPS dans un véhicule de la société...), il devra alors en informer ses équipes et consulter le comité d'entreprise. Ce n'était manifestement pas le cas dans notre affaire⁹⁵¹.

258. **Des prérogatives antagonistes** - En théorie, on ne peut pas considérer *a priori* que le droit au respect de la vie privée devrait supplanter l'exercice de l'autorité patronale ou *vice versa*. Il s'agit de droits tout aussi légitimes de part et d'autre. Tout comme il serait inconcevable qu'un travailleur puisse en tout état de cause se prévaloir de son droit au respect de la vie privée pour faire obstacle à toute possibilité de contrôle quant à la bonne exécution de ses prestations de travail, on ne peut pas davantage concevoir que l'exercice de l'autorité patronale conduise à un *monitoring* permanent des faits et gestes des travailleurs⁹⁵². En pratique, la conciliation de ces deux prérogatives antagonistes s'avère relativement délicate. On constate en effet une perméabilité entre sphère privée et professionnelle. Le caractère rapide des échanges entraîne un changement dans la façon d'utiliser les médias sociaux (courriels, réseaux sociaux, chat, commentaires en ligne, etc.). Plus informels il n'est pas rare que leurs contenus mêlent des considérations privées et professionnelles. Ce qui se disait au détour de la machine à café se dématérialise souvent dans ces échanges⁹⁵³.

B. Conditions de mise en place d'un dispositif de surveillance des salariés

259. **La loi « informatique et libertés »** - Le contrat de travail crée un lien de subordination avec le salarié. Il faut que l'employeur soit en mesure d'exercer effectivement son autorité. A l'heure du développement de l'utilisation des smartphones,

⁹⁵⁰ Cass. soc., 5 nov. 2014, pourvoi n°13-18.427, Bull. civ., V, n°255.

⁹⁵¹ Un salarié peut-il être surveillé sans en avoir été préalablement informé ?, <http://www.capital.fr/carriere-management/conseils-juridiques/un-salarie-peut-il-etre-surveille-sans-en-avoir-ete-prealablement-informe-1017581>, consulté le 1 avril 2015.

⁹⁵² J.-F. Henrotte et F. Jongen, *Pas de droit sans technologie*, Éditions Larcier, 2015, p. 162.

⁹⁵³ *Ibid.*

du télétravail et du *bring your own device*, de plus en plus de renseignements à caractères personnels concernant les employés peuvent être l'objet d'une exploitation informatique. Un tel traitement doit être effectué, conformément aux principes de légitimité, de nécessité, de proportionnalité, de finalité et de transparence, définis par la loi « informatique et libertés » n° 78-176 du 6 janvier 1978. Si cette loi s'était efforcée de décrire de manière plus concrète les technologies auxquelles elle s'appliquait, elle aurait rapidement été dépassée⁹⁵⁴. Suivant l'article 6, de la loi « informatique et libertés », un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel qui satisfont aux conditions mentionnées. Il convient dès lors d'évaluer l'incidence de chacun des principes clés de la protection des données personnelles appliquée à la relation de travail : la finalité (1), la proportionnalité et la pertinence des données (2), la durée de conservation des données (3), la sécurité et la confidentialité des données (4), le respect des droits attachés aux salariés (5).

1) *La finalité*

260. **Un objectif spécifique, explicite et légitime** - Le principe de finalité découle de l'obligation de loyauté des cocontractants. En effet, suivant le premier alinéa de l'article 6 de la loi « informatique et libertés » : « Les données sont collectées et traitées de manière loyale et licite ». Le deuxième alinéa précise : « Elles sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. Toutefois, un traitement ultérieur de données à des fins statistiques ou à des fins de recherche scientifique ou historique est considéré comme compatible avec les finalités initiales de la collecte des données, s'il est réalisé dans le respect des principes et des procédures prévus au présent chapitre, au chapitre IV et à la section 1 du chapitre V ainsi qu'aux chapitres IX et X et s'il n'est pas utilisé pour prendre des décisions à l'égard des personnes concernées ». Par principe, les données à caractère personnel ne peuvent être recueillies et traitées que pour un usage déterminé et légitime, correspondant aux missions de l'établissement, responsable du traitement⁹⁵⁵.

261. **Détournement de la finalité** - Les objectifs poursuivis par la mise en place d'une application informatique doivent donc être au préalable clairement définis (sécurité du

⁹⁵⁴ L. Cytermann, « La loi Informatique et libertés est-elle dépassée ? », *op. cit.*, p. 99.

⁹⁵⁵ CNIL, *Guide pour les employeurs et les salariés*, *op. cit.*, p. 3.

réseau informatique, contrôle du temps de travail, etc.). La collecte, l'enregistrement et l'utilisation des données personnelles des salariés sont ainsi strictement limités à ce qui est nécessaire pour atteindre des buts expressément fixés par avance. Toutefois, dès qu'un traitement est mis en œuvre, il y a toujours un risque de détournement de la finalité initiale. La Cour de cassation admet ainsi que dès lors que le salarié a été informé de la présence d'une caméra, l'employeur peut s'écarter de la finalité initiale du dispositif et établir une faute disciplinaire au moyen des enregistrements effectués par une caméra dont la finalité n'était pas surveillance des salariés⁹⁵⁶. Pour le professeur Supiot, le responsable informatique de l'entreprise, en tant que garant de la protection de l'intégrité de la vie privée des salariés sur le réseau qu'il contrôle, devra se voir reconnaître à l'instar du médecin du travail en charge de l'intégrité physique des salariés, une autonomie vis-à-vis de l'employeur⁹⁵⁷.

2) *La proportionnalité et la pertinence des données*

262. **Principe de pertinence** – Suivant le troisième alinéa de l'article 6 de la loi « informatique et libertés », les données collectées doivent être « adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs ». Le pouvoir « discrétionnaire » laisse place à un contrôle de la légitimité, à un contrôle des justifications. Le traitement de données personnelles n'est possible que s'il existe une raison suffisamment légitime pour le justifier, s'il est indispensable pour pouvoir exécuter un contrat, pour respecter une obligation ou assurer la sécurité des biens et des personnes⁹⁵⁸. Le pouvoir patronal est invité à une motivation de plus en plus poussée notamment lorsqu'il vient se heurter aux libertés fondamentales. Les magistrats ont ainsi mis en place ces dernières années un contrôle plus poussé des objectifs fixés par les employeurs⁹⁵⁹.

263. **Proportionné au but recherché** - Le système mis en place doit être proportionnel au but recherché : l'article L. 1121-1 du Code du travail précise que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de

⁹⁵⁶ Cass. soc., 2 fév. 2011, pourvoi n°10-14.263, inédit.

⁹⁵⁷ A. Supiot, « Travail, droit et technique », *op. cit.*, p. 25.

⁹⁵⁸ Conforama, le pays où les salariés rebelles sont fichés, <http://rue89.nouvelobs.com/rue89-eco/2013/03/15/conforama-le-pays-ou-les-salaries-rebelles-sont-fiches-240562>, consulté le 10 novembre 2015.

⁹⁵⁹ V. Renaux-Personnic, « De la contractualisation obligatoire à la décontractualisation possible des objectifs », *RJS*, 2001, p. 99.

restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». L'article L. 1321-3 du Code du travail qui aborde les restrictions possibles des droits des salariés par le règlement intérieur va également dans le sens de la proportionnalité. Le traitement d'informations faisant apparaître les opinions et convictions ou qui sont en rapport avec l'état de santé et la vie sexuelle, y compris les données génétiques, est interdit, hormis certaines exceptions énumérées de façon limitative par la loi.

264. **Primauté des droits de la personne** - L'étude des fondements du pouvoir de contrôle de l'employeur révèle l'ambiguïté entre la prise en compte des impératifs de sécurité informatique devenus primordiaux dans l'entreprise, et une dérive vers un contrôle du travail des salariés. Hésitant entre sa qualité de propriétaire et d'employeur, le chef d'entreprise se trouve à la croisée des chemins entre le pouvoir sur les choses et la direction des travailleurs. L'usage d'internet par l'entreprise crée ainsi un conflit entre atteintes aux biens et atteintes aux personnes. Cependant, le droit du travail, dans un contexte de développement des droits et libertés des salariés, a fait le choix de la primauté de la personne⁹⁶⁰.

3) *La durée de conservation des données*

265. **Durée du traitement** - La proportionnalité réside également dans la question de la durée de conservation des données. Suivant le cinquième et dernier alinéa de l'article 6 de la loi du 6 janvier 1978 : « Elles sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées ». Celle-ci doit être conforme à la finalité poursuivie par le traitement mis en place et ayant fait objet d'une déclaration à la CNIL. La mesure impose ici à la technique une conservation limitée dans le temps. Les informations ne peuvent être conservées de façon indéfinie dans les fichiers informatiques. Une durée de conservation précise doit ainsi être déterminée en fonction de la finalité de chaque fichier. Le législateur a prévu expressément certaines durées de conservation. Les fichiers relatifs à la paie doivent par

⁹⁶⁰ F. Février, *Pouvoir de contrôle de l'employeur et droits des salariés à l'heure d'Internet*, op. cit., p. 59.

exemple être conservés cinq ans⁹⁶¹, les documents relatifs à la comptabilisation des jours de travail des salariés sous convention de forfait doivent être conservés trois ans⁹⁶². Dans une délibération du 22 avril 2010, la CNIL relève qu'un système de vidéosurveillance était installé dans une société de transport routier. Plusieurs salariés étaient filmés à leurs postes de travail de manière permanente par deux caméras situées chacune à une extrémité de leur bureau commun. Lors d'un contrôle, la délégation de la CNIL constate que la console du poste de gardiennage permettait d'accéder à des enregistrements vidéo datant du 25 décembre 2009, c'est-à-dire conservés depuis plus de deux mois au jour du contrôle sur place. Une telle durée de conservation, outre qu'elle apparaît a priori excessive au regard de la finalité du traitement, constitue une violation des engagements pris dans le cadre de la déclaration effectuée auprès de la CNIL qui visait une durée de conservation d'un mois⁹⁶³. Si l'employeur rend les données collectées anonymes, c'est-à-dire qu'il est impossible d'identifier directement ou indirectement une personne physique, alors la durée de conservation peut être illimitée. Un droit à l'oubli est ainsi assuré⁹⁶⁴.

4) *La sécurité et la confidentialité des données*

266. **Obligation de sécurité** - L'employeur, en tant que responsable du traitement, est également astreint à une obligation de sécurité : il doit définir les mesures nécessaires pour garantir la confidentialité des données. Cette obligation passe par la sécurité des matériels, des mots de passe individuels, des habilitations d'accès définies en fonction des besoins réels de chaque intervenant. Ainsi, les données à caractère personnel ne peuvent être consultées que par les services habilités à y accéder en raison de leurs fonctions. Elles peuvent néanmoins être communiquées à des tiers autorisés en application de dispositions législatives particulières (inspection du travail, services fiscaux, services de police...) ⁹⁶⁵.

267. **Données de santé** – Les données de santé sont considérées comme des informations sensibles, et à ce titre, sont soumises à un haut niveau de sécurité, physique

⁹⁶¹ C. trav. art. L. 3243-4.

⁹⁶² C. trav. art. D. 3171-16.

⁹⁶³ « CNIL, délibération n°2010-112, 22 avril 2010, interruption d'un traitement mis en œuvre par la Société X ».

⁹⁶⁴ F. Mattatia, *Le droit des données personnelles : N'attendez pas que la CNIL ou les pirates vous tombent dessus !*, Editions Eyrolles, 2016, p. 152.

⁹⁶⁵ CNIL, *Guide pour les employeurs et les salariés*, op. cit., p. 3.

et technique. Les professionnels de santé, ainsi que ceux intervenant dans le système de santé, sont soumis au secret médical⁹⁶⁶. Le traitement de ces données, notamment leur collecte, utilisation, communication, stockage, destruction, est soumis à des conditions particulières définies dans la loi Informatique et Libertés (article 8, 34 et 35) et le Code de la santé publique⁹⁶⁷.

5) *Le respect des droits attachés aux salariés*

268. **Le droit à la transparence** - Il est nécessaire de maintenir un équilibre entre le contrôle de l'activité des salariés et la protection de la vie privée. Cet équilibre passe avant tout par une bonne compréhension des droits et des obligations de chacun, et du cadre légal applicable. Si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de surveillance clandestin et à ce titre déloyal⁹⁶⁸. Conformément à l'article L. 1222-4 du Code du travail « aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ». L'information du salarié sur les dispositifs de contrôle de son activité découle directement du principe de loyauté, qui doit exclure les modes de preuves ayant pour objet ou pour effet de piéger le salarié. Selon une formule classique de la Cour de cassation, si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés⁹⁶⁹.

269. **Droit d'accès du salarié concerné par le traitement** - Le salarié est en droit d'accéder aux données personnelles le concernant traitées par son employeur et, le cas échéant, de demander la rectification, l'effacement ou le verrouillage des données dont le traitement n'est pas conforme. En effet, suivant le quatrième alinéa de l'article 6 de la loi « informatique et libertés », « elles sont exactes, complètes et, si nécessaire, mises à jour ; les mesures appropriées doivent être prises pour que les données inexactes ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées soient effacées ou rectifiées ». Le Conseil d'État juge « que toute personne peut à tout moment

⁹⁶⁶ CSP. art. L.1110-4.

⁹⁶⁷ Supra. Partie 1, titre 2, section 2, I, B, 2 : « La protection des informations relations à la santé ».

⁹⁶⁸ Cass. soc., 18 mars 2008, pourvoi n°06-45.093, Bull. civ., V, n°64.

⁹⁶⁹ Cass. soc., 15 mai 2001, pourvoi n°99-42.219, Bull. civ., V, n°167.

avoir accès aux données à caractère personnel la concernant contenues dans un fichier ; que si le responsable du traitement de ces données a auparavant répondu favorablement à une demande de l'avocat de l'intéressé, formulée dans le cadre d'un litige avec son employeur, cette circonstance est sans influence sur l'application des dispositions de l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978 qui font obligation au responsable du traitement, sauf si la demande dont il est saisi présente un caractère abusif, de transmettre au demandeur les données dont il sollicite la communication »⁹⁷⁰. S'agissant de l'enquête contradictoire préalable à la délivrance d'une autorisation administrative de licenciement d'un salarié protégé, celui-ci doit, sous peine d'irrégularité de l'autorisation de licenciement, être informé non seulement de l'existence des pièces de la procédure, mais aussi de son droit à en demander la communication⁹⁷¹.

270. **Droit d'opposition** - Toute personne a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant soient enregistrées dans un fichier informatique, sauf si celui-ci résulte d'une obligation légale ou réglementaire, comme par exemple la tenue du registre du personnel. Un salarié peut ainsi s'opposer à la mise en ligne de ses coordonnées professionnelles ou de sa photographie⁹⁷². Afin d'anticiper les contentieux, il est ainsi recommandé que l'utilisation de photographies de salariés sur l'internet fasse l'objet d'une autorisation préalable écrite.

C. Les procédures

271. **Formalités préalables** - Toute mise en place d'un système de surveillance et de contrôle de l'activité des salariés ne peut se faire que si les représentants du personnel ont été préalablement consultés (3) et les salariés avertis (4) selon le principe de transparence. Le traitement informatique doit faire l'objet d'une déclaration à la CNIL (1) en attendant que le règlement sur la protection des données soit applicable (2).

⁹⁷⁰ CE, 20 oct. 2010, req. n°327916, publié au Rec. Lebon ; AJDA, 2011, p. 350.

⁹⁷¹ CE, 22 fév. 2012, req. n° 346307, tables Rec. Lebon.

⁹⁷² « CNIL, délibération n°97-060, 8 juillet 1997, portant recommandation relative aux annuaires en matière de télécommunications » ; « CNIL, délibération n°96-065, 9 juillet 1996, pour les annuaires des personnels du CNRS ».

1) *Vis-à-vis de la CNIL*

272. **Autorité administrative indépendante** – La CNIL⁹⁷³ reçoit les déclarations relatives aux traitements. Le non-respect de ces formalités par les responsables de fichiers est passible de sanctions administratives ou pénales. La CNIL peut également instruire les plaintes et investiguer⁹⁷⁴.

273. **Principe, déclaration préalable** - Conformément à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, tout système de surveillance de l'activité des salariés, comportant l'enregistrement des données personnelles, doit faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de la CNIL⁹⁷⁵. Cette procédure est relativement contraignante. La déclaration d'un fichier à la CNIL ne peut indiquer qu'une seule finalité. Si l'entreprise souhaite déclarer deux finalités, elle doit effectuer deux déclarations pour deux traitements distincts. Par exemple, une déclaration pour le dispositif de vidéosurveillance et une déclaration pour le dispositif de surveillance des connexions internet des salariés. L'obligation de déclaration n'est pas soumise au constat du franchissement d'un seuil de données ou de fichier. Elle s'impose donc même pour un fichier ne comportant des informations que sur une seule personne, la loi n'exigeant pas le franchissement d'un seuil de données ou de fichiers⁹⁷⁶.

274. **Déclaration simplifiée** - Certains fichiers font toutefois l'objet d'une déclaration simplifiée⁹⁷⁷. Sont visés par la CNIL : l'utilisation de services de téléphonie fixe et mobile sur les lieux de travail⁹⁷⁸, les traitements de données personnelles les plus courants⁹⁷⁹, la gestion des contrôles d'accès aux locaux, des horaires et de la

⁹⁷³ Créée par la loi du 6 janvier 1978 dite « informatique et libertés », la CNIL a pour mission essentielle de protéger les données personnelles. C'est une autorité administrative indépendante. Outre sa mission d'informer les personnes de leurs droits et obligations, ou de proposer au gouvernement les mesures législatives ou réglementaires de nature à adapter la protection des libertés et de la vie privée à l'évolution des techniques, elle veille également à ce que les citoyens accèdent efficacement aux données contenues dans les traitements les concernant.

⁹⁷⁴ L. 1978, art. 11, 2°-c.

⁹⁷⁵ L. 1978, art. 23.

⁹⁷⁶ *Cass. crim.*, 8 sept. 2015, pourvoi n°13-85.587, en cours de publication.

⁹⁷⁷ L. 1978, art. 24-I, 25-II, 26-IV et 27-III.

⁹⁷⁸ Norme simplifiée n°47 : Délibération n° 2005-019 du 3 février 2005 portant création d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de l'utilisation de services de téléphonie fixe et mobile sur les lieux de travail.

⁹⁷⁹ Norme simplifiée n°46 : Délibération n°2005-002 du 13 janvier 2005 portant adoption d'une norme destinée à simplifier l'obligation de déclaration des traitements mis en œuvre par les organismes publics et privés pour la gestion de leurs personnels.

restauration⁹⁸⁰. Après avoir renseigné un formulaire sur le site CNIL, le télédéclarant reçoit un accusé de réception par courrier électronique, indiquant le numéro CNIL attribué au dossier. Après vérification de la déclaration, un récépissé est adressé par voie électronique dans un délai maximum de 4 jours.

275. Exception, autorisation préalable - Dans certains cas, la mise en place du dispositif est soumise à une autorisation préalable de la CNIL. Ce régime est prévu par l'article 25 de la loi « informatique et libertés ». Il s'agit d'un régime plus protecteur s'appliquant aux fichiers considérés comme « sensibles » ou comportant des risques pour la vie privée ou les libertés⁹⁸¹. L'entreprise doit notamment détailler les mesures prises pour assurer la sécurité des données (architecture sécurité générale, sécurité préventive, authentification, sécurité cryptographique). La CNIL doit se prononcer dans un délai de deux mois, renouvelable une fois, à compter de la réception de la demande. En l'absence de réponse dans ces délais, l'autorisation est réputée rejetée.

276. Dispense de déclaration – Dans certaines hypothèses l'employeur n'a pas besoin de déclarer le traitement. La CNIL dispense par exemple de déclaration les traitements mis en œuvre par les comités d'entreprises ou d'établissements, les comités centraux interentreprises ou les délégués du personnel pour la gestion de leurs activités sociales et culturelles⁹⁸² sont également dispensés les ministères dans le cadre de gestion de crise aux fins de pouvoir mobiliser leurs ressources humaines et celles d'autres structures prestataires de services⁹⁸³. C'est également le cas lorsque la mise en place du système de surveillance est rendue obligatoire par des dispositions nationales ou supranationales⁹⁸⁴. Ainsi, dans le secteur du transport routier, l'employeur a l'obligation, sous peine de

⁹⁸⁰ Norme simplifiée n°42 : Délibération n° 02-001 du 8 janvier 2002 concernant les traitements automatisés d'informations nominatives mis en œuvre sur les lieux de travail pour la gestion des contrôles d'accès aux locaux, des horaires et de la restauration.

⁹⁸¹ L'autorisation concerne trois catégories de fichiers : ceux qui enregistrent les catégories de données suivantes : de données dites sensibles (énumérées à l'article 8 de la loi : origine raciale ou ethnique ; opinion philosophique, politique, syndicale, ou religieuse ; vie sexuelle ou santé des personnes), de données biométriques, de données génétiques (ADN), d'infractions, de condamnations ou mesures de sûreté, le numéro de Sécurité sociale, d'appréciations sur les difficultés sociales des personnes. ceux qui poursuivent des finalités spécifiques : enquêtes statistiques de l'INSEE, traitements susceptibles d'exclure du bénéfice d'un droit, d'une prestation ou d'un contrat, interconnexion de fichiers dont les finalités principales sont différentes ou correspondent à des intérêts publics différents, traitements de recherche médicale et d'évaluation des pratiques de soins. ceux qui comportent des transferts de données hors de l'Union Européenne.

⁹⁸² Dispense n° 10 : Délibération de la CNIL n° 2006-230 du 17 octobre 2006 dispensant de déclaration les traitements mis en œuvre par les comités d'entreprises ou d'établissements, les comités centraux interentreprises ou les délégués du personnel pour la gestion de leurs activités sociales et culturelles.

⁹⁸³ Dispense n° 18 : Délibération n° 2012-389 du 8 novembre 2012 dispensant de déclaration les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les ministères dans le cadre de gestion de crise aux fins de pouvoir mobiliser leurs ressources humaines et celles d'autres structures prestataires de services.

⁹⁸⁴ W. Fraisse, « L'étendue de l'opposabilité de la preuve issue d'un chronotachygraphe », *Dalloz actualité*, 30 janvier 2014.

sanctions pénales, de mettre en place et d'utiliser un appareil enregistreur de vitesse et de temps de conduite. Même en l'absence de déclaration à la CNIL, de l'emploi de cet appareil, l'information qui en découle est opposable au salarié⁹⁸⁵. Dans toutes les autres hypothèses, les informations collectées d'un dispositif non déclaré à la CNIL constituent des preuves illicites⁹⁸⁶.

277. Le CIL et le DPO - La désignation d'un Correspondant informatique et libertés (CIL) emporte jusqu'à présent dispense de l'accomplissement, auprès de la CNIL, des formalités relatives aux traitements relevant d'un régime de simple déclaration⁹⁸⁷. Ces traitements sont portés au registre de l'établissement. Né à l'occasion de la refonte de la « Loi Informatique et Libertés » en 2004, le métier de CIL connaît une évolution avec le projet de règlement européen⁹⁸⁸. Les CIL disparaîtront pour laisser la place au *Data Protection Officer* (DPO)⁹⁸⁹. Le DPO aura davantage de responsabilités que le CIL aujourd'hui : il sera impliqué dans tous les aspects de la conformité de traitement de données à caractère personnel dès son élaboration. Lui incomberont également la gestion des droits des personnes, définition des mécanismes de vérification de la conformité, les audits, la vérification de l'adéquation des mesures de sécurité, le maintien de la documentation, etc⁹⁹⁰. Le DPO fait le lien entre l'entreprise et la CNIL. D'une part, il assume en interne la responsabilité du pilotage de la protection des traitements de données et, d'autre part, il peut s'appuyer sur la CNIL pour bénéficier de conseils et s'assurer en permanence de la protection optimale des données. Cette activité de conseil aux entreprises est déjà largement développée au sein de la CNIL. En effet, plus d'une dizaine de milliers de demandes de conseils sont formulées chaque année⁹⁹¹.

278. Transferts de données internationaux – Confrontées aux évolutions technologiques et à la mondialisation, les institutions doivent adapter les réglementations afin de réguler les pratiques des organisations relatives à l'exploitation

⁹⁸⁵ Cass. soc., 14 janv. 2014, pourvoi n°12-16.218, Bull. civ., V, n°4.

⁹⁸⁶ Cass. soc., 8 oct. 2014, pourvoi n°13-14.991, Bull. civ., V, n°230.

⁹⁸⁷ Déclarations ordinaires et simplifiées prévues aux articles 23 et 24 de la loi de 1978.

⁹⁸⁸ S. Bonenfant, « Profession : Correspondant informatique et libertés (CIL) », *AJCT*, 2014, p. 52.

⁹⁸⁹ Art. 37, 38 et 39, règlement n°2016/679 du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

⁹⁹⁰ Questions - Réponses sur la réforme du régime de protection des données de l'UE, <http://www.europarl.europa.eu/news/fr/news-room/content/20130502BKG07917>, consulté le 10 novembre 2015.

⁹⁹¹ « Entretien avec Édouard Geffray, Secrétaire général de la CNIL », *Semaine Sociale Lamy*, 2016, p. 2.

des données personnelles des salariés⁹⁹². Le transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers à l'Union européenne est, en principe, interdit, sauf si le pays de destination assure un niveau de protection suffisant (ou « adéquat ») des données personnelles. Des clauses contractuelles adoptées par la Commission européenne permettent alors d'encadrer les transferts de données personnelles hors de l'Union européenne. Elles ont pour but de faciliter la tâche des responsables de traitement dans la mise en œuvre de contrats de transfert⁹⁹³.

279. **Safe Harbor** - Par une décision du 6 octobre 2015⁹⁹⁴, la CJUE a invalidé la décision par laquelle la Commission européenne avait constaté que les États-Unis assurent un niveau de protection suffisant des données à caractère personnel européennes transférées à l'extérieur du territoire européen vers les États-Unis. Concrètement, l'invalidation de la décision de la Commission européenne qui reconnaissait l'adéquation du « *Safe Harbor* » pose la question du niveau de protection des données personnelles transférées aux États-Unis. Les autorités de protection des données devront désormais examiner la validité des transferts qui leur sont soumis, en tenant compte du fait que la situation américaine n'est pas « adéquate »⁹⁹⁵.

280. **Les règles internes d'entreprises** - Les *Binding Corporate Rules* (BCR) désignent un code de conduite interne qui définit la politique d'un groupe en matière de données personnelles. L'entreprise doit notamment s'engager à mettre en œuvre : un régime de responsabilité pesant sur le siège européen ou sur la filiale européenne responsable par délégation de la protection des données, une procédure d'audit et un réseau de responsables à la protection des données⁹⁹⁶. Ces règles d'entreprises, si elles sont reconnues par les autorités de contrôle (la CNIL et ses homologues de l'Union européenne) comme présentant des garanties suffisantes en matière de protection des

⁹⁹² B. Juanals, « Protection des données personnelles et TIC au cœur des enjeux de société et de la mondialisation : les mécanismes d'un contrôle distribué », *TIC & société*, vol. 8, n° 1-2, 31 mai 2014.

⁹⁹³ Afin d'encadrer les transferts de données entre deux responsables de traitement, il existe deux ensembles de clauses contractuelles applicables aux transferts. Le premier ensemble résulte de la décision de la Commission 2001/497/CE du 15 juin 2001 et le second de la décision de la Commission du 24 décembre 2004 modifiant la décision 2001/497/CE. Les principales différences entre ces deux ensembles de clauses ont trait aux clauses de responsabilité, de règlement des litiges, aux modalités d'exercice de leurs droits d'accès par les personnes et la coopération avec les autorités de protection des données.

⁹⁹⁴ CJUE, 6 oct. 2015, *Schrems*, C-362/14.

⁹⁹⁵ Commission nationale de l'informatique et des libertés, *Invalidation du « safe harbor » par la Cour de Justice de l'Union européenne : une décision clé pour la protection des données*, <http://www.cnil.fr/linstitution/actualite/article/article/invalidation-du-safe-harbor-par-la-cour-de-justice-de-lunion-europeenne-une-decision-cl/>.

⁹⁹⁶ Délibération de la CNIL n° 2015-137 du 7 mai 2015 portant autorisation unique de transferts de données à caractère personnel hors Espace économique européen encadrés par les règles internes d'entreprise (BCR) « responsable de traitement » et « sous-traitant » du groupe Atos (BCR-001).

données personnelles, permettent alors la libre circulation des données entre toutes les entités d'un même groupe dans le monde⁹⁹⁷. En ce sens, elles constituent également une alternative aux principes du « Safe Harbor » pour les transferts vers les États-Unis.

281. Illicéité des dispositifs de contrôle non déclarés - L'ensemble des décisions ou actes qui se basent sur les données personnelles ayant été collectées sans déclaration suffisante sont privées de base juridique. L'employeur ne peut procéder à un contrôle de l'activité ni se prévaloir de la désobéissance du salarié s'il n'a pas respecté les obligations imposées par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. Les informations collectées d'un dispositif non déclaré à la CNIL constituent des preuves illicites, sauf dans la seule hypothèse où la mise en place du système de surveillance est rendue obligatoire par des dispositions nationales ou supranationales⁹⁹⁸. Dans un arrêt de principe, un employeur avait institué un système de badges géré par des moyens automatisés et permettant d'identifier les entrées et sorties des salariés dans les locaux de l'entreprise. Pour la Cour de cassation, le refus par un salarié d'utiliser à sa sortie de l'entreprise un badge géré par des moyens automatisés, et dont le traitement n'a pas été déclaré à la CNIL, ne peut justifier son licenciement, et cela nonobstant le fait qu'une disposition du règlement intérieur faisait obligation aux salariés d'utiliser le badge⁹⁹⁹.

282. Dispositif déclaré postérieurement - Dans un arrêt du 8 octobre 2014, la chambre sociale analyse les conséquences en droit du travail non pas d'une absence totale de déclaration à la CNIL mais d'une déclaration tardive intervenue postérieurement à la mise en œuvre du dispositif de surveillance¹⁰⁰⁰. En l'espèce, une salariée a été licenciée, le 23 décembre 2009, en raison d'une utilisation excessive de la messagerie électronique de l'entreprise à des fins personnelles. Contestant son licenciement, elle saisit la juridiction prud'homale. Courant des mois d'octobre et novembre 2009, elle avait envoyé respectivement 607 et 629 messages à caractère personnel. Ce contrôle aurait été effectué au moyen d'un logiciel de « contrôle individuel de l'importance et des flux des messageries électroniques ». Ce système permettait, sans faire apparaître le contenu des messages, de faire apparaître la date et l'heure d'envoi ou de réception, le destinataire ou l'expéditeur, et l'objet. La Cour de

⁹⁹⁷ A. Mole, « Le nouveau droit des flux transfrontières de données personnelles », *Droit social*, 2004, p. 1072.

⁹⁹⁸ *Cass. soc.*, 14 janv. 2014, pourvoi n°12-16.218, *Bull. civ.*, V, n°4, *op. cit.*

⁹⁹⁹ *Cass. soc.*, 6 avr. 2004, pourvoi n°01-45.227, *Bull. civ.*, V, n°103.

¹⁰⁰⁰ *Cass. soc.*, 8 oct. 2014, pourvoi n°13-14.991, *Bull. civ.*, V, n°230, *op. cit.*

cassation censure l'arrêt d'appel en s'inscrivant dans la continuité des arrêts précités, rappelant que les informations collectées sur la période antérieure à la déclaration constituent un mode de preuve illicite, qui ne peut en aucun cas permettre à l'employeur, en cas de contentieux, d'établir la réalité du fait fautif devant le juge prud'homal. En ces termes, elle précise que « constituent un moyen de preuve illicite les informations collectées par un système de traitement automatisé de données personnelles avant sa déclaration au CNIL ». Le juge ne peut que constater l'irrecevabilité des preuves de ce dispositif qui a été déclaré tardivement. La présente décision est donc pleinement à approuver¹⁰⁰¹.

283. Recevabilité de l'action civile d'une union syndicale - L'omission, par un employeur, de déclaration à la CNIL d'un système de vidéosurveillance installé au sein d'un site de production est susceptible de porter atteinte à l'intérêt collectif d'un syndicat dès lors qu'elle a pour conséquence de permettre l'enregistrement illicite de l'image des salariés dans leur activité, et notamment dans l'exercice de leurs droits syndicaux, et d'en permettre le traitement et la conservation sans le consentement des intéressés. La Cour de cassation insiste notamment sur la mise en place du système de vidéosurveillance « au sein du site de production et à ses abords immédiats ». Et plutôt que de se référer au droit au respect de la vie privée des salariés, elle insiste sur l'entrave à la liberté syndicale, afin de justifier l'atteinte à l'intérêt collectif¹⁰⁰².

284. Sanctions pénales - L'utilisation des informations collectées par les dispositifs de surveillance doit correspondre à l'objectif déclaré et ne doit pas servir à d'autres fins. Ainsi, un employeur qui utiliserait le dispositif de géolocalisation pour contrôler l'activité de ses employés alors que la finalité déclarée à la CNIL est la lutte contre le vol, commettrait un détournement de finalité. Le fait d'utiliser des données personnelles à des fins étrangères à celles qui ont justifié leur collecte est une infraction pénale¹⁰⁰³. La loi sanctionne de la même façon l'omission de réalisation des formalités préalables, puisque celle-ci fait l'objet de sanctions pénales, définies par l'article 226-16 du Code pénal : « Le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en œuvre prévues par la loi est puni de cinq ans

¹⁰⁰¹ W. Fraisse, « Conditions de mise en place d'un dispositif de surveillance des salariés », *op. cit.*

¹⁰⁰² Cass. crim. 9 fév. 2016, pourvoi n°14-87.753, Bull. en cours de publication.

¹⁰⁰³ C. pén. art. 226-21.

d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende (...) ». La loi vise également la négligence. Oublier de déclarer un traitement de données personnelles est condamnable au même titre que son omission volontaire. En 2002, le TGI de Versailles¹⁰⁰⁴ a reconnu coupable un responsable des ressources humaines pour avoir créé un fichier du personnel de son entreprise sans l'avoir déclaré préalablement à la CNIL, fait qui relève de l'article 226-16 du Code pénal cité ci-dessus, et pour n'avoir pas assuré son obligation de confidentialité des informations nominatives, infractions réprimées par l'article 22§-17 du Code pénal, car il n'avait pu « empêcher la fuite de 38 documents communiqués à la presse nationale »¹⁰⁰⁵.

285. **Packs de conformité** - Dans la perspective du règlement européen, la CNIL a profondément modifié ses modes d'interventions. Elle a mis en place, des « packs de conformité ». En termes de contenu, l'objet est de décliner, pour un secteur particulier, les obligations issues de la loi informatique et libertés de manière opérationnelle, afin de permettre aux acteurs de connaître les exigences légales et de s'y conformer. Concrètement, les packs peuvent ainsi contenir deux volets : d'une part, des recommandations ou « bonnes pratiques » sectorielles, regardées par le régulateur comme satisfaisantes au regard des droits et principes posés par le législateur. Sans être juridiquement contraignantes par elles-mêmes, ces recommandations permettent de fixer des lignes directrices à la lumière desquelles seront examinées les situations individuelles, compte tenu naturellement de leurs caractéristiques propres. En termes de méthode, les packs de conformité sont élaborés avec les professionnels – souvent via leurs fédérations – des secteurs concernés. C'est donc au terme d'une large concertation, permettant d'identifier les besoins effectifs des métiers, mais aussi de disposer d'une connaissance fine des pratiques et des questions posées, que le contenu des packs est arrêté. Enfin, ce contenu est lui-même évolutif, évitant ainsi de « figer » définitivement une doctrine susceptible d'être remise en cause par l'émergence de nouveaux outils¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰⁴ TGI, Versailles, chambre correctionnelle, 4 mars 2002.

¹⁰⁰⁵ F. Mattatia, *Le droit des données personnelles*, op. cit., p. 149.

¹⁰⁰⁶ É. Geffray, « Droits fondamentaux et innovation : quelle régulation à l'ère numérique ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 52, 6 janvier 2016, p. 7.

2) *Vis-à-vis du règlement sur la protection des données*

286. **Règlement sur la protection des données** - L'accumulation et la diversité des données personnelles, souvent recueillies automatiquement, sont sans commune mesure avec celles des classiques traitements automatisés régulés par la CNIL depuis 1978¹⁰⁰⁷. Après quatre ans de négociations, l'Union européenne s'est dotée, le 27 avril 2016, d'un règlement européen 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, abrogeant la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995. Le texte, publié au Journal officiel de l'UE du 4 mai, ne sera applicable qu'à compter du 25 mai 2018. D'ici là, c'est la loi actuelle qui s'applique. Les entreprises ont donc deux ans pour se mettre en conformité. On retrouve les grands principes qui guident la matière (finalité, pertinence, etc.), mais le règlement renforce les droits des citoyens européens et leur donne le contrôle de leurs données personnelles¹⁰⁰⁸. Il simplifie également les formalités pour les entreprises et leur offre un cadre juridique unifié. Il accentue aussi les pouvoirs répressifs des autorités de protection et crée un nouvel organe européen de coopération, le Comité européen de la protection des données. Le droit sera désormais le même pour tous, dans tous les États membres de l'Union européenne. La réforme est en effet portée par un règlement, ce qui signifie que le texte est d'application directe dans l'ordre juridique des États membres de l'UE, sans transposition nationale contrairement à la directive du 24 octobre 1995¹⁰⁰⁹.

287. **Nouveaux droits** - Les droits des personnes sont globalement renforcés. L'article 7 du règlement encadre le consentement de la personne concernée (le sujet des données) au traitement de ses données privées. Ce dernier est érigé en « clé de voûte », ce qui peut avoir des conséquences particulières en matière de droit du travail lié à la relation de subordination juridique. Le considérant 32 précise que ce consentement pourrait se faire, notamment, en cochant une case lors de la consultation d'un site internet¹⁰¹⁰. Le salarié concerné par un traitement devra être informé, en particulier, de l'existence du traitement des données et de ses finalités, de la durée probable pendant laquelle les données seront conservées pour chaque finalité, de la transmission éventuelle des

¹⁰⁰⁷ H. Oberdorff, « L'espace numérique et la protection des données personnelles au regard des droits fondamentaux », *Revue du droit public*, n° 1, 1 janvier 2016, p. 41.

¹⁰⁰⁸ T. Douville, « Données personnelles : le changement, c'est pour bientôt ! », *L'essentiel. Droit de la famille et des personnes*, n° 06, 15 juin 2016, p. 1.

¹⁰⁰⁹ « Entretien avec Édouard Geffray, Secrétaire général de la CNIL », *op. cit.*, p. 2.

¹⁰¹⁰ D. Cohen, « Ampleur et qualités du consentement donné par clic de souris », *LPA*, 18 août 2014, p. 3.

données à des tiers ou à des pays tiers. Le droit d'accès déjà existant, permettant à un particulier de connaître les données détenues par une entreprise, est complété par un droit à la portabilité (article 20), c'est-à-dire le droit de récupérer ces données sous un format lisible et réutilisable et de les transférer à un tiers. La Cour de cassation considère que la non-communication de sa fiche de notation à un salarié qui en fait la demande constitue un des éléments permettant de caractériser un comportement discriminatoire à son encontre¹⁰¹¹. De son côté la CNIL estime que la notation annuelle et le potentiel de carrière du salarié, même « confidentiels » doivent être communiqués à ce dernier dès lors qu'ils ont été utilisés pour prendre une décision à son égard¹⁰¹². L'article 16 prévoit un droit à la rectification. Ainsi, la personne concernée aura le droit d'obtenir du responsable du traitement, dans les meilleurs délais, la rectification des données à caractère personnel la concernant qui sont inexacts. Par ailleurs, l'article 17 du Règlement consacre un droit à l'oubli, appelé droit à l'effacement. En particulier, les personnes concernées auront le droit d'obtenir que leurs données à caractère personnel soient effacées et ne soient plus traitées : lorsqu'elles ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées d'une autre manière ; lorsque les personnes concernées ont retiré leur consentement au traitement ou lorsqu'elles s'opposent au traitement de données à caractère personnel les concernant ; ou encore lorsque le traitement de leurs données à caractère personnel ne respecte pas d'une autre manière le règlement. Le texte pose toutefois des limites au droit à l'oubli. La conservation ultérieure des données à caractère personnel est toutefois licite lorsqu'elle est nécessaire à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information, au respect d'une obligation légale, à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement. Enfin, les articles 21 et 22 fixent des limites au profilage, une technique utilisée pour analyser ou prédire les performances d'une personne au travail, sa situation économique, sa localisation, sa santé, ses préférences, sa fiabilité ou son comportement grâce au traitement automatique de ses données personnelles¹⁰¹³.

¹⁰¹¹ Cass. soc., 23 oct. 2001, pourvoi n°99-44.215, inédit.

¹⁰¹² S. Niel, *Droit et RH : suivez le guide*, Wolters Kluwer France, 2007, p. 187.

¹⁰¹³ En principe, la personne concernée aura le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire. Toutefois, cette interdiction ne s'appliquera pas lorsque la décision :

- est nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et un responsable du traitement ;
- est autorisée par le droit de l'Union ou le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis et qui prévoit également des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée ;
- est fondée sur le consentement explicite de la personne concernée.

288. **Accountability** - Les entreprises devront internaliser le contrôle et vérifier, en temps réel, qu'elles assurent une protection optimale des données (article 32). On passe d'une logique de conformité lors de la mise en place du dispositif à une logique dynamique consistant à se demander si la protection maximale des données est assurée en continu, compte tenu des évolutions technologiques. « L'entreprise ne pourra plus se réfugier derrière la déclaration faite à la CNIL, qui ne vaut d'ores et déjà pas certificat de conformité mais qui est parfois vécue comme telle »¹⁰¹⁴. Conséquence principale, les déclarations préalables à la CNIL disparaîtront à compter de mai 2018, même si un système de demande d'avis ou d'autorisation subsistera dans certains cas. Pour les traitements les plus sensibles, l'entreprise devra effectuer des études d'impact sur la vie privée (*Privacy Impact Assessment*) préalablement à la mise en œuvre des traitements et prendre les mesures nécessaires pour protéger les données personnelles des salariés. Cette étude sera soumise à la CNIL qui pourra, le cas échéant, s'opposer au traitement. En cas de violation de données à caractère personnel (articles 33 et 34), le responsable du traitement devra en notifier la violation en question à l'autorité de contrôle compétente, dans les meilleurs délais et, si possible, 72 heures au plus tard après en avoir pris connaissance, à moins que la violation en question ne soit pas susceptible d'engendrer un risque pour les droits et libertés des personnes physiques. Le sous-traitant notifiera quant à lui au responsable du traitement toute violation de données à caractère personnel dans les meilleurs délais après en avoir pris connaissance. En outre, lorsqu'une violation de données à caractère personnel est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés d'une personne physique, le responsable du traitement communique la violation de données à caractère personnel à la personne concernée dans les meilleurs délais¹⁰¹⁵.

289. **Responsabilité conjointe du sous-traitant** - Le montant maximal des sanctions est considérablement renforcé. Il est porté à 20 millions d'euros d'amende et 4 % du chiffre d'affaires mondial consolidé. Ce montant doit être rapproché avec le fait que la décision de sanction est unique pour l'ensemble du territoire de l'Union européenne. En cas de manquement, les CNIL pourront faire des contrôles conjoints et prononcer, des sanctions conjointes. Dès lors qu'un traitement sera transnational, l'ensemble des autorités concernées seront compétentes. Cependant, l'entreprise ne connaîtra qu'un «

¹⁰¹⁴ « Entretien avec Édouard Geffray, Secrétaire général de la CNIL », *op. cit.*, p. 2.

¹⁰¹⁵ V. Téchené, « Protection des données personnelles : publication du Règlement au JOUE », dans *Lexbase Hebdo édition affaires*, n° N2513BWY, 2016, vol.454,.

guichet unique » au niveau européen. Ce dernier correspondra à l'autorité du pays où l'entreprise a son siège ou son établissement principal, c'est-à-dire l'endroit où sont déterminées les finalités et les modalités du traitement de données. Pour éviter les saturations liées à l'effet d'aubaine ou le « forum shopping »¹⁰¹⁶, la « CNIL » du pays en question travaillera conjointement avec ses homologues des autres pays européens, afin d'arriver à une position conjointe¹⁰¹⁷. Autre changement, par l'effet combiné de la loi Informatique et Libertés et de la directive de 1995, l'essentiel de la responsabilité est aujourd'hui supporté par le responsable de traitement. La loi s'applique peu aux sous-traitants qui pèsent parfois davantage que les entreprises responsables de traitement, notamment s'il s'agit de TPE/PME. A partir des articles 24 à 31 du règlement européen, les obligations seront harmonisées et la responsabilité pourra être conjointe. L'ensemble de la chaîne pourra être saisi, quel que soit le type de traitement, et attiré dans la procédure de conformité ou de sanction¹⁰¹⁸. Comme le règlement n'entend pas épuiser la question dans le domaine du droit du travail, la législation nationale est à même de compléter ce volet. Typiquement, le règlement prévoit une obligation d'information. Ces modalités seront organisées par les législations nationales. Par exemple, en France, l'information des salariés passe par l'information des représentants du personnel et du comité d'entreprise¹⁰¹⁹.

3) *Vis-à-vis des organisations représentatives du personnel*

290. Information et consultation des représentants du personnel - Aux dispositions relatives aux données personnelles et libertés individuelles s'ajoutent les exigences du droit du travail. L'information et la consultation du comité d'entreprise est requise sur le fondement de deux articles spécifiques. L'article L. 2323-47 du Code du travail mentionne expressément le contrôle de l'activité des salariés. « Le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés ». La

¹⁰¹⁶ La pratique dénommée forum shopping consiste pour un plaideur à s'assurer l'accès au for le plus favorable à ses intérêts, que ce soit sur le terrain du fond, afin de profiter de l'application de solutions substantielles plus intéressantes, ou plus fréquemment sur le terrain procédural, afin de bénéficier de procédures facilitant l'action en justice. Le forum shopping est généralement le fait du demandeur, il peut être également celui de défendeur - sorte de forum shopping « à l'envers » - qui prend l'initiative d'une procédure devant un for étranger afin de neutraliser la procédure préalablement engagée par le demandeur devant un for qu'il estime défavorable. D. Cohen, « Contentieux d'affaires et abus de forum shopping », *D.*, 2010, p. 975.

¹⁰¹⁷ « Entretien avec Édouard Geffray, Secrétaire général de la CNIL », *op. cit.*, p. 2.

¹⁰¹⁸ V. Téchené, « Protection des données personnelles : publication du Règlement au JOUE », *op. cit.*

¹⁰¹⁹ « Entretien avec Édouard Geffray, Secrétaire général de la CNIL », *op. cit.*, p. 2.

portée de l'article L. 2323-29 est plus générale : « le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à tout projet important d'introduction de nouvelles technologies, lorsque celles-ci sont susceptibles d'avoir des conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail ». Le CHSCT devra également être consulté au titre de ses compétences générales lorsque l'introduction de ces nouvelles technologies constitue un « aménagement important modifiant les conditions de travail, de santé et de sécurité »¹⁰²⁰ dans le cadre d'une consultation spécifique sur le projet, et lors de l'introduction de nouvelles technologies, sur les conséquences de ce projet ou de cette introduction sur la santé et la sécurité des travailleurs¹⁰²¹. Lorsqu'il n'existe pas de CHSCT dans l'entreprise, ce sont les délégués du personnel qui sont consultés ou, à défaut, les salariés qui sont directement informés.

291. **Avis défavorable** - Lorsque le CE estime que le projet qui lui est soumis est illicite, il ne peut pas pour autant refuser de donner un avis. Le CE doit alors rendre un avis défavorable et motivé en relevant les éléments et les dispositions illicites. Dans les cas où la CNIL fait des observations, il sera nécessaire de saisir de nouveau le comité pour une seconde consultation. Si l'employeur met tout de même en œuvre ce projet, il appartiendra aux représentants du personnel d'engager une procédure devant le juge des référés du tribunal de grande instance pour faire interdiction à l'employeur de poursuivre son projet, au besoin sous astreinte¹⁰²². Le juge des référés peut par exemple accueillir la demande de suspension faite par le CE de l'utilisation d'un outil de pilotage commercial comme moyen de contrôle de l'activité des salariés car le CE n'avait pas été consulté sur cet usage. Bien au contraire, lors de l'insertion de cet outil, des années avant, le CE avait été informé qu'il ne serait pas utilisé comme moyen de contrôle et qu'il n'était destiné qu'à mettre en place une nouvelle modalité de rémunération. Son usage comme moyen de contrôle est donc suspendu jusqu'à la consultation du CE¹⁰²³. Enfin, les délégués du personnel pourront exercer leur droit d'alerte en cas d'atteinte aux libertés individuelles prévues par l'article L. 2313-2 du Code du travail.

¹⁰²⁰ C. trav. art. L. 4612-8.

¹⁰²¹ C. trav. art. L. 4612-9.

¹⁰²² *Nouvelles technologies : règles et limites posées par la CNIL*, http://www.editions-tissot.fr/actualite/droit-du-travail-article.aspx?secteur=RP&id_art=2915&titre=Nouvelles+technologies+%3A+règles+et+limites+posées+par+la+CNIL.

¹⁰²³ *Cass. soc.*, 10 avr. 2008, pourvoi n°06-45.741, inédit.

292. **Défaut de consultation** - Le défaut de consultation emporte la nullité de la preuve¹⁰²⁴. En cas d'entrave à l'exercice des fonctions des représentant du personnel l'employeur s'expose également à poursuites pénales¹⁰²⁵. La Cour de cassation et les juridictions du fond ont eu l'occasion d'annuler des dispositifs d'alerte professionnelle en raison du défaut de consultation du CE et CHSCT¹⁰²⁶. A contrario, en l'absence d'un dispositif technique de contrôle (badgeuse, vidéosurveillance, enregistrements...), « le simple contrôle de l'activité d'un salarié par l'employeur ou par un service interne à l'entreprise chargé de cette mission ne constitue pas, même en l'absence d'information et de consultation préalable du comité d'entreprise, un mode de preuve illicite de l'employeur »¹⁰²⁷. En effet, la compétence du CE et du CHSCT est fondée sur la technique, non sur le dispositif de contrôle.

293. **Recevabilité de l'action civile d'une union syndicale** - L'omission, par un employeur, de déclaration à la CNIL d'un système de vidéosurveillance installé au sein d'un site de production est également susceptible de porter atteinte à l'intérêt collectif d'un syndicat dès lors qu'elle a pour conséquence de permettre l'enregistrement illicite de l'image des salariés dans leur activité, et notamment dans l'exercice de leurs droits syndicaux, et d'en permettre le traitement et la conservation sans le consentement des intéressés¹⁰²⁸. En l'espèce, le directeur d'une société avait, dans une instance en diffamation contre plusieurs salariés, produit un enregistrement d'images issues du système de surveillance vidéo de l'établissement, révélant la distribution de tracts syndicaux. Après un contrôle de l'inspection du travail ayant abouti au constat de plusieurs irrégularités dans la mise en œuvre de ce système, une union départementale de syndicats avait fait citer la société devant le tribunal correctionnel du chef de non déclaration à la CNIL d'un système de vidéosurveillance, et de diverses infractions à la loi du 6 janvier 1978, au code du travail et au code pénal. Plutôt que de se référer au droit au respect de la vie privée des salariés, la Cour de cassation insiste sur l'entrave à la liberté syndicale, afin de justifier l'atteinte à l'intérêt collectif¹⁰²⁹.

¹⁰²⁴ Cass. soc., 8 oct. 2014, pourvoi n°13-14.991, Bull. civ., V, n°230, op. cit.

¹⁰²⁵ Le délit d'entrave est applicable à toutes les catégories de représentants du personnel : délégués syndicaux (C. trav. art. L. 2146-1) ; délégués du personnel (C. trav., art. L. 2316-1) ; comité d'entreprise (C. trav., art. L. 2328-1) ; membres du CHSCT (C. trav., art. L. 4742-1).

¹⁰²⁶ Cass. soc., 8 déc. 2009, pourvoi n°08-17.191, Bull. civ., V, n° 276.

¹⁰²⁷ Cass. soc., 4 juil. 2012, pourvoi n°11-14.241, inédit.

¹⁰²⁸ Cass. crim. 9 fév. 2016, pourvoi n°14-87.753, Bull. en cours de publication, op. cit.

¹⁰²⁹ C. Fonteix, « Vidéosurveillance non déclarée à la CNIL : recevabilité de l'action civile d'une union syndicale », *Daloz actualité*, 11 mars 2016 en ligne sur www.daloz-actualite.fr.

4) *Vis-à-vis des salariés*

294. **Information du salarié** - Selon l'article L. 1222-4 du Code du travail « aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ». Avant même cette intervention législative, la Cour de cassation, sur la base de l'article 9 du code civil, avait déclaré que, « si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite »¹⁰³⁰. La règle vaut même si le système utilisé est celui installé sur le site d'une société cliente¹⁰³¹; en revanche, elle ne s'applique pas pour des systèmes de surveillance installés dans des entrepôts où les salariés ne travaillent pas¹⁰³². Enfin, en l'absence de dispositif numérique « le contrôle de l'activité d'un salarié, au temps et au lieu de travail, par un service interne à l'entreprise chargé de cette mission ne constitue pas, en soi, même en l'absence d'information préalable du salarié, un mode de preuve illicite »¹⁰³³. Cette jurisprudence se rapproche de celle relative au CE et au CHST. Il faut souligner qu'en l'absence de formalisme particulier imposé par le législateur, la rédaction précise des mentions d'information est capitale car c'est sur la base de ce degré de précision que le juge acceptera ou non de considérer que l'information du salarié a été réalisée de manière suffisante et loyale.

II. Les principaux outils techniques de surveillance

295. **Outils techniques de surveillance** - À la lumière du cadre juridique des traitements de données à caractère personnel aux fins de surveillance des salariés, il convient de s'interroger comment le contrôle de l'employeur sur ses salariés peut s'opérer en pratique par le biais des technologies de l'information. Si la législation encadre fortement les moyens de contrôle de l'employeur, chaque année la CNIL enregistre un nombre croissant de plaintes, des chiffres en augmentation qui témoignent de « l'explosion des données personnelles » dans un contexte de développement du

¹⁰³⁰ Cass. soc., 20 nov. 1991, pourvoi n°88-43.120, Bull. civ., V, n°519.

¹⁰³¹ Cass. soc., 10 janv. 2012, pourvoi n°10-23.482, Bull. civ., V, n°2.

¹⁰³² Cass. soc., 31 janv. 2001, pourvoi n°98-44.290, Bull. civ., V, n°28.

¹⁰³³ Cass. soc., 5 nov. 2014, pourvoi n°13-18.427, Bull. civ., V, n°255, *op. cit.*

numérique, alors que 15% des plaintes sont liées au travail. Un grand nombre de plaintes portent sur la vidéosurveillance (un peu plus de 300 en 2014) et plus généralement sur des dispositifs de contrôle mis en œuvre par les employeurs (géolocalisation, cybersurveillance)¹⁰³⁴. Badges sur le lieu de travail, RFID, Biométrie (A), téléphonie, systèmes d'information et messageries (B) ; géolocalisation (C), vidéosurveillance (D), Big Data, objets connectés et intelligence artificielle (E)... « tous ces phénomènes, inexistant il y a encore quelques années, s'accompagnent de questions sur l'applicabilité de concepts juridiques élaborés avant leur apparition et sur l'effectivité des instruments »¹⁰³⁵.

A. Badges sur le lieu de travail, RFID, Biométrie

296. **Contrôle biométrique pour l'accès aux bureaux** - Si le badge électronique est largement entré dans les usages, le développement des moyens de communication, l'augmentation des déplacements à l'intérieur et à l'extérieur des entreprises mais aussi l'émergence des menaces (terrorismes, fraudes, etc.) ont augmenté le recours à la biométrie et aux technologies RFID. Les nombreuses possibilités offertes par ces technologies posent toutefois certains problèmes d'ordre bioéthique¹⁰³⁶. Les dispositifs biométriques permettent de contrôler les accès à un ordinateur individuel ou à certains locaux dans l'entreprise par reconnaissance digitale ou vocale notamment. Ces dispositifs sont très contrôlés et posent de nombreuses questions quant à la confidentialité des données et le respect du travailleur. En France, toute installation biométrique doit recevoir au préalable une autorisation de la CNIL. Depuis juin 2009, la CNIL autorise la mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance du réseau veineux des doigts de la main ayant pour finalité le contrôle d'accès sur les lieux de travail¹⁰³⁷. Ces dispositifs ne sont toutefois justifiés que s'ils sont fondés sur un impératif de sécurité¹⁰³⁸.

¹⁰³⁴ FRANCE, Commission nationale de l'informatique et des libertés, *Rapport d'activité 2014*, Paris, La Documentation Française, 2015, p. 45.

¹⁰³⁵ *Le numérique et les droits fondamentaux, op. cit.*, p. 153.

¹⁰³⁶ La principale dérive à éviter est l'exploitation de bases de données à l'insu des personnes fichées.

¹⁰³⁷ Autorisation unique n° AU-019 - Délibération n°2009-316 du 7 mai 2009 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance du réseau veineux des doigts de la main et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux sur les lieux de travail.

¹⁰³⁸ Par exemple l'accès à une centrale nucléaire, à une cellule de production de vaccins ou à un site Seveso II.

297. **Autorisation unique** - Afin de faciliter les formalités, la Commission a défini un cadre, appelé autorisation unique, applicable à certains dispositifs biométriques. Cette procédure d'autorisation unique s'applique à trois types de dispositifs reposant sur la reconnaissance : du contour de la main pour assurer le contrôle d'accès au restaurant scolaire¹⁰³⁹ et aux locaux et à la restauration sur les lieux de travail¹⁰⁴⁰ ; de l'empreinte digitale exclusivement enregistrée sur un support individuel détenu par la personne concernée pour contrôler l'accès aux locaux professionnels¹⁰⁴¹. Les entreprises doivent alors associer une carte à puce RFID¹⁰⁴² sur laquelle est stockée l'empreinte du salarié. A titre d'exemple, la société Easydentic a été condamnée début 2011 pour avoir fourni, entre 2004 et 2006, des dispositifs biométriques de contrôle d'accès non conformes à la réglementation en vigueur : la CNIL refuse en effet les dispositifs permettant la centralisation d'empreintes digitales dans une base unique¹⁰⁴³.

298. **Dispositif biométrique et suivi du temps de travail** - Par une délibération du 5 mars 2015, la CNIL a refusé d'accorder à une banque l'autorisation de mettre en œuvre un traitement automatisé de données personnelles reposant sur un dispositif biométrique de reconnaissance de l'empreinte digitale et ayant pour finalité le contrôle et le suivi du temps de travail. Elle a constaté qu'aucune circonstance exceptionnelle n'était démontrée, que le dispositif « ne résult[ait] pas de la mise en œuvre de mesures de sécurité telles qu'identifiées par une analyse de risques », et que le traitement envisagé ne relevait donc pas d'une finalité de sécurité justifiant un recours impératif à la biométrie. Elle a en outre relevé « l'impossibilité pour les personnes concernées de recourir à un dispositif alternatif » et a donc considéré que le recours exclusif à un tel dispositif n'apparaissait « ni adapté ni proportionné à la finalité poursuivie »¹⁰⁴⁴.

¹⁰³⁹ Autorisation unique n° AU-009 - Délibération n°2006-103 du 27 avril 2006 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements automatisés de données à caractère personnel reposant sur l'utilisation d'un dispositif de reconnaissance du contour de la main et ayant pour finalité l'accès au restaurant scolaire.

¹⁰⁴⁰ Autorisation unique n° AU-007 - Délibération n°2012-322 du 20 septembre 2012 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements reposant sur la reconnaissance du contour de la main et ayant pour finalités le contrôle d'accès ainsi que la restauration sur les lieux de travail.

¹⁰⁴¹ Autorisation unique n° AU-008 - Délibération n°2006-102 du 27 avril 2006 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance de l'empreinte digitale exclusivement enregistrée sur un support individuel détenu par la personne concernée et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux sur les lieux de travail.

¹⁰⁴² Une puce RFID (ou NFC - Near Field Contact) est une puce informatique couplée à une antenne lui permettant d'être activée à distance par un lecteur et de communiquer avec ce dernier. Nous utilisons déjà quotidiennement cette technologie présente dans de nombreux objets de la vie quotidienne, tels les titres de transports (passe Navigo ou carte Vélib), les cartes bancaires, les passeports électroniques, les badges d'accès aux immeubles, les clés sans contact des voitures...

¹⁰⁴³ E.J. Kindt, *Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications: A Comparative Legal Analysis*, Springer Science & Business Media, 2013, p. 518.

¹⁰⁴⁴ « CNIL, délibération n°2015-087, 5 mars 2015 ».

299. « **Human Hacking** » - La surveillance accrue du salarié est rendue possible par les progrès de la technologie : miniaturisation des puces, capacités de stockage et de traitement... En Espagne, des puces RFID sont injectées sous la peau pour servir de moyen de paiement dans certaines discothèques¹⁰⁴⁵. Le problème avec ces outils d'identification c'est que la personne conserve en permanence un identifiant unique qui peut être suivi en continu. Les implants RFID représentent de ce point de vue une menace pour la vie privée. En France, ce type de dispositif est considéré par la CNIL comme tout à fait disproportionné, dans la mesure où il touche à l'intégrité des personnes¹⁰⁴⁶. Contrairement aux États-Unis, un salarié ne pourrait donc pas se porter volontaire pour se faire implanter une puce par son entreprise¹⁰⁴⁷.

B. Téléphonie, systèmes d'information et messageries

300. **Le droit au respect de la correspondance** - Consacré aux côtés du droit au respect de la vie privée par tous les instruments internationaux protecteurs des droits de l'Homme y compris la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, le droit au respect de la correspondance doit être appliqué aux évolutions technologiques. C'est l'utilisation du téléphone qui a permis à la jurisprudence européenne de faire produire au droit au respect des correspondances ses effets les plus importants. Les arrêts « *Kruslin et Huvig c/ France* » ont poussé la France à compléter et préciser en matière pénale, par une loi du 10 juillet 1991, le droit des interceptions de correspondances émises par la voie de télécommunications, en dressant contre elle un constat de violation de l'article 8 parce que les écoutes et autres formes d'interceptions des entretiens téléphoniques représentant une forme d'atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance, doivent être prévues par des lois d'une précision et d'une clarté particulières¹⁰⁴⁸. L'arrêt *Halford c/ Royaume-Uni* a, quant à lui, précisé que le droit au respect de la vie privée et de la correspondance étendait également sa protection aux conversations émises à partir d'un téléphone de bureau¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁵ *Barcelona clubbers get chipped*, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/3697940.stm>, consulté le 20 février 2015.

¹⁰⁴⁶ CNIL, *RFID : Des puces aux usages multiples et aux impacts variés en termes de vie privée*, <http://www.cnil.fr/nc/linstitution/actualite/article/article/rfid-des-puces-aux-usages-multiples-et-aux-impacts-varies-en-termes-de-vie-privee/>, consulté le 10 janvier 2013.

¹⁰⁴⁷ *Des salariés américains se font implanter une puce dans le bras*, <http://www.01net.com/editorial/308219/des-salaries-americains-se-font-implanter-une-puce-dans-le-bras/>, consulté le 1 octobre 2013.

¹⁰⁴⁸ CEDH, 24 avr. 1990, *Kruslin et Huvig c/ France*, n°11801/85 et n°11105/84.

¹⁰⁴⁹ CEDH, 25 juin 1997, *Halford c/ Royaume-Uni*, n°20605/92, *op. cit.*

301. Les correspondances électroniques - La Cour européenne des droits de l'Homme, avait pris un certain retard sur les juridictions nationales, et notamment sur la chambre sociale de la Cour de cassation qui leur avait consacré dès le 2 octobre 2001 un arrêt *Nikon France*¹⁰⁵⁰, pour soumettre les communications électroniques au droit au respect des correspondances. Elle l'a comblé par son arrêt « *Copland c/ Royaume-Uni* »¹⁰⁵¹ suivant lequel les courriels envoyés depuis un poste de travail relèvent, comme les appels téléphoniques, des notions de vie privée et de correspondance au sens de l'article 8. Le Conseil constitutionnel, dont la décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité fait figurer le secret des correspondances au nombre des libertés constitutionnellement garanties, a précisé, par sa décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, que la définition du courrier électronique par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique se bornait à décrire un procédé technique et qu'elle ne saurait affecter le régime juridique de la correspondance privée. Le droit est donc de ce point de vue indifférent à la technologie. Suivant l'article, l'article 226-15 du code pénal protégeant le secret de la correspondance, « le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ». En revanche, les dispositions pénales protégeant la vie privée à travers les correspondances ne s'appliquent pas à tous les enregistrements électroniques, car la messagerie ne transporte pas de « paroles »¹⁰⁵². Mais si l'on associe à la messagerie un logiciel permettant de la faire « parler » ou à un enregistrement vidéo, l'article 226-1 CP pourrait s'appliquer.

302. Écoutes et enregistrements des conversations professionnelles - La norme simplifiée 57 de la CNIL simplifie l'enregistrement des appels passés au sein de l'entreprise ou administration, avec plusieurs réserves¹⁰⁵³. Les écoutes doivent être « ponctuelles » et non systématiques ; une sollicitation complémentaire est requise pour

¹⁰⁵⁰ *Cass. soc.*, 2 oct. 2001, pourvoi n°99-42.942, *Bull. civ.*, V, n°291, *op. cit.*

¹⁰⁵¹ *CEDH*, 3 avril 2007, *Copland c/ Royaume-Uni*, n°62617/00, *op. cit.*

¹⁰⁵² Concernant la captation de paroles ou d'images voir CP. art. 226-1. « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : 1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ; 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. Lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé ».

¹⁰⁵³ Norme simplifiée n° 57 : Délibération n° 2014-474 du 27 novembre 2014 portant adoption d'une norme simplifiée relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics et privés destinés à l'écoute et à l'enregistrement des conversations téléphoniques sur le lieu de travail.

un éventuel enregistrement vidéo, non prévu par la norme simplifiée ; les informations récoltées suite à l'enregistrement téléphonique ne peuvent être recoupées avec des données issues d'une capture d'écran du poste informatique de l'employé, et ne pourront être stockées plus de six mois. Ne sont donc pas concernés les enregistrements permanents et systématiques des appels sur le lieu de travail, y compris à des fins probatoires. Par ailleurs, ces écoutes et enregistrements doivent avoir pour but la formation ou l'évaluation des employés ou encore l'amélioration de la qualité du service. La délibération précise les données traitées, qui incluent les enregistrements sonores, ainsi que leurs destinataires qui sont les personnes chargées de la formation des employés, de leur évaluation, ainsi que celle chargées de l'amélioration de la qualité du service, le tout dans la limite de leurs attributions respectives. Les enregistrements ne doivent pas être conservés au-delà de 6 mois à compter de leur collecte. Les employés ainsi que leurs interlocuteurs doivent être informés de l'identité du responsable de traitement ; de la finalité poursuivie par le traitement ; des catégories de données traitées ; des destinataires ou catégories de destinataires des données ainsi que de leurs droits d'accès, de rectification et d'opposition.

303. Usage abusif du téléphone de l'entreprise – Selon la jurisprudence, la simple vérification des relevés de la durée, du coût et des numéros des appels téléphoniques passés à partir de chaque poste au moyen de l'autocommutateur téléphonique de l'entreprise n'est pas illicite même s'il n'a pas été porté à la connaissance du salarié. C'est pourquoi le licenciement du salarié, pour usage abusif du téléphone de l'entreprise afin de joindre des messageries privées pour adultes, est licite¹⁰⁵⁴.

304. Salariés protégés - L'employeur ne peut examiner les relevés téléphoniques permettant l'identification des correspondants du salarié protégé joints au moyen du téléphone mis à sa disposition¹⁰⁵⁵. La délibération n°2005-019 du 3 février 2005 de la CNIL dispose en son article 7, intitulé « Respect des droits et libertés des employés protégés », que : « Des mesures particulières doivent être prises afin que les conditions de mise en œuvre et d'utilisation des services de téléphonie n'entravent pas l'exercice des droits reconnus par la loi en matière de droits et libertés des représentants des personnels et des employés protégés. À cet effet, ils doivent pouvoir disposer d'une

¹⁰⁵⁴ Cass. soc., 29 janv. 2008, pourvoi n°06-45.279, inédit.

¹⁰⁵⁵ Cass. soc., 4 avr. 2012, pourvoi n°10-20.845, Bull. civ., V, n° 117.

ligne téléphonique excluant toute possibilité d'interception de leurs communications ou d'identification de leurs correspondants ». La Cour de cassation indique que le droit à la confidentialité n'est pas réservé aux seuls représentants du personnel élus ou désignés. Tout salarié protégé peut s'en prévaloir. En l'espèce, le salarié protégé en question, exerçant le mandat d'administrateur de l'URSSAF, reprochait à son employeur d'avoir consulté la liste des appels téléphoniques passés avec son téléphone portable fourni par l'entreprise. Elle énonce que « pour l'accomplissement de leur mission légale et la préservation de la confidentialité qui s'y attache, les salariés protégés doivent pouvoir disposer sur leur lieu de travail d'un matériel ou procédé excluant l'interception de leurs communications téléphoniques et l'identification de leurs correspondants »¹⁰⁵⁶. Dès lors, il est recommandé aux entreprises de s'assurer que des mesures ont été prises afin d'assurer le respect de la confidentialité des informations traitées par les salariés protégés en choisissant par exemple d'occulter les quatre derniers chiffres des numéros de téléphone listés dans les factures détaillées des téléphones professionnels.

305. **Outils de télémaintenance** - La CNIL constate parfois que des outils de télémaintenance ou de prise de main à distance sont utilisés à des fins de contrôle, par l'employeur, de l'activité de ses employés sur leur poste informatique. Il doit être considéré qu'une telle utilisation n'est ni conforme au principe de proportionnalité, ni respectueux du principe de finalité posé par la loi « informatique et libertés ». L'utilisation de ces logiciels à des fins strictes de maintenance informatique n'est en revanche pas soumise à déclaration auprès de la CNIL¹⁰⁵⁷.

C. Géolocalisation

306. **Définition** - Avec l'émergence des objets connectés, les systèmes de géolocalisation des salariés se multiplient¹⁰⁵⁸. Dans une première délibération adoptée le 16 mars 2006 relative à la mise en œuvre de dispositifs destinés à géolocaliser les véhicules automobiles, la CNIL définit les dispositifs de géolocalisation comme un moyen « permettant aux employeurs privés ou publics de prendre connaissance de la position géographique, à un instant donné ou en continu, des employés par la

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*

¹⁰⁵⁷ CNIL, *Guide pour les employeurs et les salariés*, op. cit., p. 23.

¹⁰⁵⁸ M. Quemener, *Cybersécurité des acteurs économiques - risques, réponses stratégiques et juridiques*, Lavoisier, 2013, p. 42.

localisation d'objets dont ils ont l'usage (badge, téléphone mobile) ou des véhicules qui leur sont confiés »¹⁰⁵⁹. Les données de géolocalisation sont également définies par la Directive Européenne 2002/58 comme « les données traitées dans un réseau de communications électroniques indiquant la position géographique de l'équipement terminal d'un utilisateur d'un service de communications électroniques accessible au public ». Si ces dispositifs peuvent apparaître d'une grande utilité lorsqu'ils sont impératifs pour la sûreté et de sécurité du salarié lui-même ou du véhicule ou des marchandises dont il a la charge, ils peuvent être vécus comme abusifs et intrusifs par le salarié dans d'autres situations¹⁰⁶⁰. Ils imposent à la CNIL et aux juges une étroite surveillance de l'exploitation de tels systèmes afin de protéger les salariés contre une éventuelle utilisation abusive de leur localisation. Au-delà des règles procédurales qui s'appliquent naturellement à la géolocalisation, un contrôle doit être opéré sur la finalité poursuivie.

307. Géolocalisation des véhicules des entreprises - Pourquoi une entreprise aurait-elle besoin de localiser en temps réel un véhicule ? Compte tenu de l'évolution des pratiques en matière de géolocalisation des véhicules des entreprises et donc des salariés qui les utilisent, la CNIL a modifié la norme n°51 permettant de simplifier la déclaration des traitements visant à géolocaliser un véhicule utilisé par un employé¹⁰⁶¹. Il apparaît ainsi que c'est d'abord la sûreté ou la sécurité de l'employé, des marchandises ou du véhicule dont il a la charge qui peut être à l'origine du système de géolocalisation. C'est aussi une meilleure allocation de moyens pour des prestations à accomplir en des lieux dispersés qui peut être recherchée. Si la CNIL reconnaît qu'une finalité accessoire du traitement peut être le suivi du temps de travail lorsqu'il ne peut pas être réalisé par un autre moyen, c'est sous réserve de ne pas collecter ou traiter de données de localisation en dehors du temps de travail des salariés concernés. Cette interdiction vise en particulier les trajets domicile-lieu de travail, ainsi que les temps de pause. Les salariés doivent avoir la possibilité de désactiver la fonction de géolocalisation des véhicules en particulier à l'issue du temps de travail ou pendant les temps de pause¹⁰⁶². Quant aux salariés représentants du personnel, ils ne peuvent pas faire l'objet d'une opération de

¹⁰⁵⁹ Délibération n° 2006-067 du 16 mars 2006 portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics ou privés destinés à géolocaliser les véhicules utilisés par leurs employés.

¹⁰⁶⁰ B. Bossu et T. Morgenroth, « La géolocalisation ne doit pas être détournée de sa finalité », *RDT*, 2012, p. 156.

¹⁰⁶¹ « CNIL, délibération n° 2015-165, 4 juin 2015, JO 17 juin 2015 ».

¹⁰⁶² A. Gardin, « Géolocalisation du véhicule du salarié : quand finalité, proportionnalité et fiabilité font loi », *RDT*, 2015, p. 544.

géolocalisation pendant l'exercice de leur mandat. Les organismes qui ont effectué une déclaration simplifiée sous la norme antérieure et qui ne respecte pas les nouvelles conditions ont jusqu'au 17 juin 2016 pour mettre leur traitement en conformité¹⁰⁶³.

308. Communication des données à caractère personnel - Un salarié peut demander communication des données de géolocalisation de son véhicule de fonction pour faire reconnaître un accident de la circulation comme accident du travail. En cas de refus, l'employeur encourt une sanction pécuniaire pour non-respect du droit de communication des données à caractère personnel¹⁰⁶⁴.

309. Filature électronique - Les smartphones peuvent également permettre de suivre de manière continue et en temps réel le positionnement d'un salarié¹⁰⁶⁵. Ces technologies ouvrent de nouvelles possibilités pour assurer la sécurité mais aussi la surveillance des salariés. Les informations de localisation enregistrées peuvent être précieuses pour l'employeur qui, par exemple, soupçonne son salarié de travailler pour la concurrence. Toute la question est de savoir si l'employeur peut obtenir ces données et, le cas échéant, s'en prévaloir pour justifier d'un comportement fautif dans le cadre d'une mesure disciplinaire¹⁰⁶⁶. Il paraît évident que la géolocalisation d'un mobile personnel est interdite, même si le collaborateur a souscrit un abonnement à son nom mais se fait rembourser par l'entreprise. S'agissant d'un instrument professionnel, l'employeur doit s'en tenir au périmètre temporel professionnel, et ne pas chercher à localiser le salarié en dehors du temps de travail¹⁰⁶⁷. L'employeur souhaitant mettre en place un tel système devra effectuer une déclaration préalable à la CNIL. La difficulté d'une telle déclaration réside dans la détermination de la finalité du traitement envisagé. La surveillance systématique des déplacements des salariés est prohibée ; elle pourrait être assimilée par les juridictions à une véritable « filature électronique »¹⁰⁶⁸ et constituer ainsi une atteinte

¹⁰⁶³ « Géolocalisation des salariés : pas en dehors du temps de travail », *Liaisons soc.* 19 juin 2015, *bref n° 16857*.

¹⁰⁶⁴ Délibération de la formation restreinte n°2012-213 du 22 juin 2012 portant sanction pécuniaire à l'encontre de la société équipements Nord Picardie.

¹⁰⁶⁵ Environ 30 % des applications utilisent la géolocalisation, parfois plusieurs fois par minute, précise la Cnil sur son site, avant d'expliquer comment neutraliser cette fonctionnalité activée par défaut. CNIL, *Maîtrisez les réglages « vie privée » de votre smartphone*, <http://www.cnil.fr/documentation/fiches-pratiques/fiche/article/maitrisez-les-reglages-vie-privee-de-votre-smartphone/>.

¹⁰⁶⁶ *Données de localisation : quand nos téléphones nous trahissent au travail*, http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/laurence-neuer/donnees-de-localisation-quand-nos-telephones-nous-trahissent-au-travail-21-04-2015-1923102_56.php, consulté le 6 mai 2015.

¹⁰⁶⁷ J.-E. Ray, « Géolocalisation, données personnelles et droit du travail », *Dr. soc.*, 2004, p. 1077.

¹⁰⁶⁸ Une filature organisée par l'employeur pour surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur. *Cass. soc.*, 26 nov. 2002, *pourvoi n°00-42.401*, *Bull. civ.*, V, n°352.

à la vie privée de ces derniers, ne pouvant pas être justifiée par les intérêts légitimes de l'employeur, eu égard à son caractère disproportionné. Il est possible par ce biais de constater l'appartenance d'un salarié à un parti politique, un syndicat ou encore une institution religieuse¹⁰⁶⁹. Les catégories de salariés susceptibles d'être contrôlés doivent donc avoir la possibilité de désactiver l'application en dehors des horaires de travail.

310. Une géolocalisation prohibée pour les salariés autonomes – La Cour de cassation affirme que « l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut être fait par un autre moyen et n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail. En somme, la Cour de cassation retourne l'argument de l'employeur contre lui : si le salarié bénéficie d'une relative indépendance, elle doit être préservée et non être réduite par un système de géolocalisation¹⁰⁷⁰. La solution peut sembler paradoxale car si un salarié ne dispose d'aucune liberté dans l'organisation de son travail (comme le travailleur à la chaîne par exemple), il n'a pas besoin d'être géolocalisé puisque l'employeur sait parfaitement où il se trouve. Au contraire, lorsqu'un salarié bénéficie d'une grande autonomie, l'employeur tenu d'une obligation de sécurité de résultat s'agissant de la santé physique et mentale de ses travailleurs, pourrait avoir intérêt à contrôler par la géolocalisation le respect des temps de repos. La géolocalisation permet alors le contrôle de celui qui sort de l'exécution stricte. Mais l'employeur doit aussi être logique avec lui-même. Dès lors qu'il décide d'accorder une autonomie totale à son travailleur dans l'organisation de son travail, la surveillance n'a plus lieu d'être¹⁰⁷¹.

311. Pertinence de la durée de conservation au regard de la finalité - Pour la CNIL, « le responsable du traitement doit prendre toutes les précautions utiles au regard des risques présentés par son traitement pour préserver la sécurité des données » de géolocalisation, notamment « empêcher qu'elles soient déformées, endommagées ou que des tiers non autorisés y aient accès »¹⁰⁷². Si l'objet du dispositif est l'optimisation des tournées, le traitement des données de géolocalisation (date/heure/lieu) doit se faire en

¹⁰⁶⁹ Aux termes de l'article 31 de la Loi du 6 janvier 1978, il est « interdit de mettre ou conserver en mémoire informatique, sauf accord exprès de l'intéressé, des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales ou les mœurs des personnes ».

¹⁰⁷⁰ A. Astaix, « Contrôle de la durée du travail : conditions d'utilisation d'un GPS », *Dalloz actualité*, 14 novembre 2011.

¹⁰⁷¹ B. Bossu et T. Morgenroth, « La géolocalisation ne doit pas être détournée de sa finalité », *op. cit.*, p. 156.

¹⁰⁷² « CNIL, délibération n° 2015-165, 4 juin 2015, JO 17 juin 2015 », *op. cit.*

temps réel. Les données ne doivent donc pas être conservées. En revanche, si le dispositif de géolocalisation a été mis en place pour contrôler l'activité des employés, la CNIL recommande que ces mêmes données (date/heure/lieu) ne soient conservées que deux mois maximum¹⁰⁷³. Au regard des enjeux en présence, il est difficile de faire valoir la géolocalisation comme une contrepartie à l'autonomie dans le travail.

D. Vidéosurveillance

312. **Vidéoprotection ou vidéosurveillance** - Il n'est pas un mois sans que des annonces se succèdent sur le développement de la vidéosurveillance et de ses usages, en lui préférant le néologisme de « vidéoprotection », terme sans doute plus rassurant et devant marquer la véritable tâche dévolue à cet outil¹⁰⁷⁴. Parallèlement à cette évolution sémantique, la menace d'une atteinte à la vie privée ou aux libertés individuelles est reléguée derrière les risques présumés d'agression, voire même d'attentat. « Des impératifs de sécurité, mais aussi des velléités de surveillance de l'activité professionnelle et du comportement des salariés conduisent en effet à la généralisation des moyens technologiques de surveillance et de contrôle »¹⁰⁷⁵. L'installation de caméras permet à l'employeur de visualiser de façon précise dans l'espace et dans le temps les salariés. L'état actuel du droit se caractérise par la concurrence de deux régimes juridiques applicables : celui de la loi « informatique et libertés » du 6 janvier 1978 et celui de l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation pour la sécurité. Pour savoir quelle formalité préalable est nécessaire, il convient d'abord de déterminer si le dispositif de vidéosurveillance concerne un lieu public (ouvert au public)¹⁰⁷⁶ ou un lieu privé (non ouvert au public)¹⁰⁷⁷.

313. **Dans les lieux de travail ouverts au public** – Tout d'abord, concernant les lieux ouverts au public, le recours à la vidéosurveillance dans est régi par la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité. L'article 10 de ce texte prévoit plusieurs cas de recours à la vidéosurveillance, notamment pour assurer la sécurité des personnes et des biens lorsque ces lieux sont particulièrement exposés à

¹⁰⁷³ CNIL, *Guide pour les employeurs et les salariés*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁷⁴ G. Benesty, « Le clair-obscur du contrôle de la vidéosurveillance », *AJDA*, 2010, p. 764.

¹⁰⁷⁵ M. Grévy, « Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ? », *Dr. soc.*, 1995, p. 329.

¹⁰⁷⁶ Par exemple : le guichet d'une banque ou un supermarché.

¹⁰⁷⁷ Par exemple : le parking réservé au personnel d'une entreprise, un entrepôt ou des bureaux fermés au public.

des risques d'agression ou de vol ou sont susceptibles d'être exposés à des actes de terrorisme. L'installation d'un tel système est subordonnée à une autorisation du préfet et, à Paris, du préfet de police, donnée après avis d'une commission départementale présidée par un magistrat du siège ou un magistrat honoraire¹⁰⁷⁸. L'autorisation implique que le public soit informé de manière claire et permanente de l'existence du système de vidéosurveillance et de l'autorité ou de la personne responsable. En plus de l'autorisation préfectorale susvisée, l'employeur doit, d'une part, informer et consulter les représentants du personnel et, d'autre part informer individuellement les salariés.

314. Vidéosurveillance dans les lieux de travail non ouverts au public – Dans les lieux de travail non ouverts au public, le dispositif de vidéosurveillance ne peut être installé que s'il a préalablement fait l'objet d'une déclaration normale auprès de la CNIL, sauf désignation d'un correspondant informatique et libertés. Le recours à la vidéosurveillance doit respecter, en ce cas, le principe énoncé à l'article L. 1121-1 du Code du travail selon lequel nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché¹⁰⁷⁹. Une réflexion préalable à l'installation d'un système de vidéosurveillance, fondée sur une analyse des risques doit être menée afin d'identifier des solutions alternatives (une sécurisation des accès au moyen de badges magnétiques peut par exemple constituer la réponse efficace et adaptée à un objectif particulier de sécurisation)¹⁰⁸⁰.

315. Contrôle de la finalité - Si la faute d'un salarié est révélée grâce au système de vidéosurveillance, il faut que le mécanisme ait été utilisé pour assurer la sécurité des clients d'un magasin et de leurs biens. C'est à cette condition que cet enregistrement peut servir de preuve¹⁰⁸¹. On notera toutefois que la jurisprudence ne fait pas toujours preuve d'une aussi grande rigueur dans le contrôle de la finalité déclarée lors de mise en place d'un système par vidéosurveillance. La Cour de cassation a ainsi décidé dans un arrêt du 2 février 2011¹⁰⁸² que si le salarié a été informé de la présence d'une caméra

¹⁰⁷⁸ G. Benesty, « Le clair-obscur du contrôle de la vidéosurveillance », *op. cit.*, p. 764.

¹⁰⁷⁹ Tout dépend des droits en présence. S'agissant de l'ingérence dans la vie privée d'un courtier, elle n'est pas d'une gravité telle qu'elle doive occulter l'intérêt du public à être informé de malversations en matière de courtage en assurances, a jugé la cour européenne des droits à l'homme concernant l'utilisation de caméras cachées par des journalistes pour sensibiliser le public sur un sujet d'intérêt général. *CEDH, 2e sect., 24 février 2015, Haldimann et a. c/ Suisse, n°21830/09.*

¹⁰⁸⁰ CNIL, *Guide pour les employeurs et les salariés, op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁸¹ B. Bossu, « Nouvelles technologies et surveillance du salarié », *RJS*, 2001, p. 665.

¹⁰⁸² *Cass. soc., 2 fév. 2011, pourvoi n°10-14.263, inédit, op. cit.*

pour des raisons de sécurité, l'employeur peut s'écarter de cette finalité initiale et établir une faute disciplinaire grâce aux enregistrements réalisés par la caméra. En l'espèce, un barman avait été licencié pour faute grave pour avoir omis d'encaisser de nombreuses consommations. Dans un autre arrêt, du 26 juin 2013, l'employé d'un rayon boucherie d'un supermarché s'était rendu en tenue de travail au guichet billetterie du magasin situé dans la galerie marchande. Il s'était approprié le téléphone portable qu'une cliente avait oublié à ce guichet. Il avait ensuite été identifié par l'agent de sécurité grâce à la bande d'enregistrement du système de vidéosurveillance installé dans le magasin. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif que « le système de vidéo-surveillance avait été installé pour assurer la sécurité du magasin et n'avait pas été utilisé pour contrôler le salarié dans l'exercice de ses fonctions ». En conséquence, le demandeur « ne pouvait invoquer les dispositions du code du travail relatives aux conditions de mise en œuvre, dans une entreprise, des moyens et techniques de contrôle de l'activité des salariés ». Enfin, elle a jugé que « ce comportement, qui affectait l'obligation de l'employeur d'assurer la sécurité des clients et de leurs biens, se rattachait à la vie de l'entreprise et, étant de nature à y rendre impossible le maintien de l'intéressé, constituait une faute grave »¹⁰⁸³. A travers ces deux arrêts, la jurisprudence semble assouplir le cadre de l'utilisation de la vidéosurveillance comme mécanisme de surveillance, ce qui, à terme, pourrait conduire à des excès et des atteintes à la vie privée des salariés¹⁰⁸⁴.

316. Surveillance permanente - Une surveillance permanente des salariés par la vidéo doit être condamnée dans son principe, en raison de l'atteinte qu'elle porte à l'identité de l'individu. « L'enregistrement continu des faits et gestes du salarié dans son activité professionnelle permet en effet de mettre en évidence des éléments qui ne relèvent pas de la sphère professionnelle, mais ressortent de la personnalité, de l'identité de l'individu »¹⁰⁸⁵. Seules peuvent être envisagées des hypothèses dans lesquelles des raisons objectives et incontestables sont établies : employé manipulant de l'argent par exemple, mais la caméra doit davantage filmer la caisse que le caissier ; entrepôt stockant des biens de valeurs au sein duquel travaillent des manutentionnaires. Les caméras ne doivent pas non plus filmer les zones de pause ou de repos des employés, ni

¹⁰⁸³ Cass. soc., 26 juin 2013, pourvoi n°12-16.564, inédit.

¹⁰⁸⁴ S. Demeester, *La vidéosurveillance, mode de preuve contestable de la faute d'un salarié ?*, <http://tinyurl.com/ohquqoh>, consulté le 17 novembre 2015.

¹⁰⁸⁵ M. Grévy, « Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ? », *op. cit.*, p. 329.

les toilettes¹⁰⁸⁶. Enfin, elles ne doivent pas filmer les locaux syndicaux ou des représentants du personnel, ni leur accès lorsqu'il ne mène qu'à ces seuls locaux¹⁰⁸⁷.

317. **Dispositif excessif** - En juillet 2013 la CNIL a sanctionné un centre commercial qui avait installé un système de vidéosurveillance de 180 caméras sur le site et de 60 de caméras filmant les mains des employés de caisses. Aucune déclaration n'avait été faite alors que les caméras enregistraient les espaces publics (rayons, caisses, parkings..) et certains espaces réservés au personnel (vestiaires, salles de pause, sanitaires, bureaux, couloirs...). De plus, les enregistrements normalement effectués pour des raisons de sécurité servaient aussi à contrôler les horaires des salariés. Enfin, le système était excessif avec en tout 240 caméras filmant la quasi-intégralité de l'entreprise, d'où une surveillance permanente des salariés, ce qui est disproportionné¹⁰⁸⁸. Dans une autre espèce, l'entreprise a été condamnée à une sanction pécuniaire de 10.000 euros et à une publication de la sanction. Ces sanctions ont été jugées proportionnées et justifiées par le Conseil d'État au regard des manquements de l'entreprise qui ont duré plus de 2 ans¹⁰⁸⁹.

318. **Information sur les lieux du dispositif** – Outre les modalités d'informations classiques dans le cadre d'un dispositif de surveillance électronique, les personnes concernées (employés ou visiteurs) doivent également être informées, au moyen d'un panneau affiché de façon visible dans les espaces sous vidéosurveillance, de l'existence du dispositif, des destinataires des images, ainsi que des modalités concrètes d'exercice de leur droit d'accès aux enregistrements visuels les concernant¹⁰⁹⁰. Par ailleurs, l'obligation d'information ne cesse pas lorsque le salarié est mis à disposition sur un site d'une autre société cliente. Peu important que la société cliente ait informé ses propres salariés de l'existence d'un tel dispositif de surveillance. L'employeur reste seul débiteur de cette obligation d'information¹⁰⁹¹. A défaut, « il ne peut être autorisé à utiliser comme mode de preuve les enregistrements d'un système de vidéosurveillance installé sur le site

¹⁰⁸⁶ L'entreprise Providis Logistique a été condamnée à une amende de 5.000€ pour manquements répétés à la loi Informatique et Libertés. Elle filmait de manière continue et disproportionnée ses employés dans des espaces qui leur étaient pourtant réservés (accès aux vestiaires, salles de repos). « CNIL, délibération n° 2014-307, 17 juillet 2014 ».

¹⁰⁸⁷ N. Moinet, *La boîte à outils de la sécurité économique*, Dunod, 2015, p. 23.

¹⁰⁸⁸ La CNIL a décidé de rendre publique cette mise en demeure au regard du nombre de manquements et du caractère particulièrement intrusif de ce système. La CNIL rappelle que cette mise en demeure n'est pas une sanction. En effet, aucune suite ne sera donnée à cette procédure si le centre commercial se conforme à la loi dans le délai imparti. Dans ce cas, la clôture de la procédure fera également l'objet d'une publicité sur le site de la CNIL. « CNIL, décision n°2013-029, 12 juillet 2013 ».

¹⁰⁸⁹ CE, 10/9 SSR, 18 nov. 2015, req. n°371196, inédit au Rec. Lebon.

¹⁰⁹⁰ CNIL, *Guide pour les employeurs et les salariés*, op. cit., p. 27.

¹⁰⁹¹ P. Lokiec et J. Porta, « Droit du travail : relations individuelles de travail », op. cit., p. 901.

d'une société cliente permettant le contrôle de leur activité dont les intéressés n'ont pas été préalablement informés de l'existence »¹⁰⁹².

319. Vidéosurveillance dans les lieux non accessibles aux salariés - La localisation du travail dans les débats relatifs à la surveillance des salariés est particulièrement importante. En effet, l'installation d'un dispositif de vidéosurveillance destiné à assurer la protection de pièces ou locaux non accessibles aux salariés n'est soumise à aucune condition particulière¹⁰⁹³. Dans cette hypothèse, l'employeur n'a ni à informer, ni à consulter les représentants du personnel ni à informer les salariés. A titre d'exemple, l'employeur est libre de mettre en place des procédés de surveillance des entrepôts ou autres locaux de rangement dans lesquels les salariés ne travaillent pas¹⁰⁹⁴. De même, la Cour de cassation a jugé que l'employeur n'était pas tenu de divulguer l'existence de procédés installés par les clients de la société dans des locaux auxquels les salariés n'ont pas accès. Si un salarié accède malgré tout à un tel local, l'employeur peut se prévaloir des éléments recueillis au moyen de ce système de vidéosurveillance pour établir la preuve des faits reprochés à l'intéressé, comme un vol ou une dégradation de matériel¹⁰⁹⁵.

320. Durée de conservation limitée – Dans la plupart des cas, les images ne doivent pas être conservées plus de quelques jours : en effet, en cas d'incident, la visualisation des images s'effectue rapidement, à la suite de la déclaration d'un accident. Pour la CNIL, leur durée de conservation ne doit pas en tout état de cause s'étendre au-delà d'un mois. Lorsque c'est techniquement possible, une durée maximale de conservation des images doit être paramétrée dans le système pour les détruire automatiquement à l'échéance. En revanche la durée ne doit pas être fixée en fonction de la capacité technique de stockage de l'enregistreur¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹² Cass. soc., 10 janv. 2012, pourvoi n°10-23.482, Bull. civ., V, n°2, op. cit.

¹⁰⁹³ A. Gardin, « Vidéosurveillance et contrôle des horaires : un mauvais mariage », RDT, 2012, p. 223.

¹⁰⁹⁴ Cass. soc., 31 janv. 2001, pourvoi n°98-44.290, Bull. civ., V, n°28, op. cit.

¹⁰⁹⁵ Cass. soc., 19 avr. 2005, pourvoi n°02-46.295, Bull. civ., V, n°141.

¹⁰⁹⁶ CNIL, Guide pour les employeurs et les salariés, op. cit., p. 27.

E. Big Data, objets connectés et intelligence artificielle

321. **Définition** - La plasticité des concepts forgés dans les années 1970 atteindrait ses limites face aux dernières révolutions technologiques en cours ou à venir, comme le « Big Data » (les « données massives »), le « cloud computing » (« l'informatique en nuage »), les objets connectés, la robotique ou l'intelligence artificielle¹⁰⁹⁷. L'évolution des technologies est facteur d'accroissement de la collecte de données. « L'expression de « Big Data » désigne à la fois l'explosion du volume des données transitant sur les réseaux et les progrès de la capacité à les exploiter, notamment pour identifier des corrélations jusqu'alors indétectables. Les applications en sont multiples et couvrent par exemple l'optimisation des processus industriels, la lutte contre la fraude, la réalisation d'économies d'énergie grâce à l'exploitation des données fournies par les futurs compteurs communicants, la veille épidémiologique ou la recherche scientifique »¹⁰⁹⁸.

322. **Surveillance** – « Le message du Big Data, c'est de permettre de créer de la valeur soit à partir d'une donnée de navigation, qui a déjà servi, soit d'une donnée qui est en possession de l'entreprise et non exploitée »¹⁰⁹⁹. Cette exploitation des données pose des problèmes éthiques et réglementaires. « Il n'est pas aisé de faire la part des choses entre une fiction qui nous poursuit depuis plus de cinquante ans et une réalité technologique en train de prendre forme »¹¹⁰⁰. La collecte et l'analyse de tous nos actes rendent plus que jamais la surveillance de nos comportements aisée. « Avec les simples données de mobilité de nos téléphones portables fournissant des indicateurs comme l'usage, la localisation, la régularité, la diversité des contacts, le temps mis à répondre à un texto, etc., il est aujourd'hui possible de prédire le résultat du test de n'importe quel abonné. Le modèle est relativement fiable, il est capable par exemple, à partir des données de mobilité, de prédire votre score d'extraversion d'une manière assez fidèle... »¹¹⁰¹. En matière de gestion des ressources humaines, les applications du *Big Data* sont multiples et en constant développement. On ne mentionnera ici que quelques illustrations significatives en matière d'emplois. Le *Big Data* apporte une analyse qualitative sur des données jusque-là non exploitables pour les entreprises¹¹⁰² : dans le

¹⁰⁹⁷ L. Cytermann, « La loi Informatique et libertés est-elle dépassée ? », *op. cit.*, p. 99.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹⁹ *Une fonction RH Digitale engagée à accompagner la transformation numérique de son entreprise*, Kurt Salmon, 2015, p. 26.

¹¹⁰⁰ O. Charbonnier et S. Enlart, *A quoi ressemblera le travail demain ?*, *op. cit.*, p. 93.

¹¹⁰¹ S. Hefez, « « Big Mama » », *Le 1*, n° 10, juin 2014.

¹¹⁰² *Talent analytics and big data – the challenge for HR*, Oracle, 2013, p. 4.

sourcing des candidats¹¹⁰³, dans la gestion des risques¹¹⁰⁴, dans la gestion de la performance¹¹⁰⁵. En effet, si les données structurées, hébergées dans les SIRH sont faciles d'exploitation, le *Big Data* permet de traiter les données non structurées : mails, transactions, posts, forums, sites web etc. qui restaient jusque-là muettes. Les évolutions actuelles dans la gestion des ressources humaines, l'organisation du travail et l'informatique sur le lieu de travail ont provoqué l'intensification et l'extension de la collecte des données personnelles des travailleurs. La ligne de démarcation de plus en plus floue entre vie professionnelle et vie privée, ainsi que l'évolution du télétravail, suscitent de nouvelles préoccupations. L'étude de nos *likes* Facebook par un ordinateur peut ainsi permettre de mieux cerner notre personnalité que le jugement de nos proches¹¹⁰⁶.

323. Objets connectés et moyens de preuve - Avec les accessoires connectés que l'on porte sur soi en quasi-permanence et qui enregistrent de multiples données¹¹⁰⁷, il peut être très facile de savoir quel a été l'état d'un individu à un moment donné¹¹⁰⁸. En France, l'utilisation des objets connectés dans un cadre judiciaire est possible. Le principe est que la preuve admissible est libre en matière civile, administrative et pénale. Autrement dit, tout moyen de preuve licite est admis. L'on pourrait ainsi imaginer que l'employeur obtienne une ordonnance judiciaire afin de récupérer les données collectées par le fabricant de l'objet connecté, si elles peuvent servir.

324. Collecter le plus de données possible - Selon le Forum économique mondial, « à l'ère du *Big Data*, la collecte de données pour des fins déterminées représente une part

¹¹⁰³ Grâce à ses outils d'analyse, Monster est ainsi capable de déterminer à l'avance combien de candidats devraient postuler à une offre en fonction du bassin d'emploi et de sa base de CV. Si l'entreprise reçoit moins de candidatures que prévu, le géant américain sera en mesure de donner des réponses et de rectifier le tir : demander au recruteur de proposer un salaire plus attractif, visibilité plus importante sur les réseaux sociaux, ciblage en région.

¹¹⁰⁴ Une entreprise enregistrant beaucoup de démissions, pourrait grâce à l'analyse de données croisées détecter le profil des salariés qui risquent de démissionner.

¹¹⁰⁵ Grâce au *Big Data*, une société d'assurance américaine s'est récemment aperçue que les critères (notamment l'école d'origine) exigés par la direction pour les postes de vendeurs n'étaient pas les plus pertinents.

¹¹⁰⁶ 1. Seuls 10 likes suffisent au programme pour vous connaître aussi bien qu'un collègue de bureau. En revanche, il lui en faudra 150 pour être aussi précis qu'un membre de votre famille et 300 pour vous deviner comme votre conjoint. Des résultats à mettre en parallèle avec les 227 pages Facebook likées en moyenne par tout utilisateur. *Computers « good judge of character »*, <http://www.bbc.com/news/health-30775401>, consulté le 19 janvier 2015.

¹¹⁰⁷ Une start-up californienne, Yardarm Technologies, a conçu un capteur de 9 millimètres qui, inséré dans la crosse d'une arme à feu, permet de transmettre en temps réel des données concernant son utilisation. Concrètement, le capteur envoie des alertes aux commandants des départements de police lorsque une arme est dégainée et transmet des informations concernant le moment, le nombre et la localisation des coups de feu, ainsi que la direction vers laquelle le canon est pointé. *Yardarm invente le pistolet connecté pour les forces de l'ordre américaines*, <http://www.usine-digitale.fr/article/yardarm-invente-le-pistolet-connecte-pour-les-forces-de-l-ordre-americaines.N294225>, consulté le 12 août 2016.

¹¹⁰⁸ *Une femme soi-disant agressée trahie par son bracelet connecté*, <http://www.numerama.com/magazine/33543-une-femme-soi-disant-agressee-trahie-par-son-bracelet-connecte.html>, consulté le 29 juin 2015.

décroissante de la collecte totale de données »¹¹⁰⁹. Le *Big Data* implique de pouvoir collecter un volume de données aussi important que possible, sans nécessairement définir au départ les finalités de leur traitement, de nouveaux usages pouvant être imaginés à tout moment. Dès lors, les principes de détermination des finalités, de proportionnalité à ces finalités et de limitation de la durée de conservation seraient autant d'obstacles à la libre réutilisation des données¹¹¹⁰. Cette interrogation lancinante sur la pertinence de la loi du 6 janvier 1978 est l'une des principales questions que le Conseil d'État a entendu traiter dans son étude annuelle 2014. Pour le Conseil d'État, les traitements statistiques ne présentent pas de risques pour les individus, sous réserve de veiller aux risques de « ré-identification ». Il serait donc souhaitable de revenir à des dispositions garantissant sans ambiguïté la liberté de réutilisation statistique des données, notamment en réintroduisant la présomption de compatibilité aujourd'hui prévue par l'article 6 de la directive et en supprimant la nouvelle condition prévue par l'article 83 du projet de règlement européen¹¹¹¹.

325. Consentement dépassé - Lorsque les usages du *Big Data* visent les personnes en tant que telles, par exemple pour établir un profil prédictif de leurs caractéristiques (dangerosité, santé...), la pleine application des principes fondamentaux de la protection des données est requise¹¹¹². Mais le principe de recueil du consentement fait également l'objet d'un scepticisme croissant, qui émane aussi bien de milieux favorables au développement de l'économie numérique que d'observateurs plus critiques. Tout d'abord, le recueil du consentement revêt le plus souvent un caractère purement formel, les internautes étant seulement invités à adhérer à des conditions d'utilisation à la lecture fastidieuse et qu'ils ne peuvent négocier¹¹¹³. Par ailleurs, la liberté de ne pas adhérer au service est fictive, car il est très difficile de ne pas utiliser les services numériques dans la société contemporaine et leurs conditions d'utilisation sont toutes très semblables¹¹¹⁴.

¹¹⁰⁹ *Unlocking the Value of Personal Data: From Collection to Usage*, Switzerland, World Economic Forum, 2013, p. 3.

¹¹¹⁰ L. Cytermann, « La loi Informatique et libertés est-elle dépassée ? », *op. cit.*, p. 99.

¹¹¹¹ *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 290.

¹¹¹² *Ibid.*, p. 18.

¹¹¹³ Certains services font des efforts pour rendre la lecture de leurs conditions d'utilisation moins fastidieuses et invitent les internautes à les améliorer : « Nous avons énuméré ci-dessous les conditions juridiques importantes qui s'appliquent à chaque visiteur de notre site Web ou à chaque utilisateur de nos services. Ces modalités sont nécessaires afin de vous et de nous protéger, et de pouvoir fournir nos services d'une manière satisfaisante pour chacun. Nous comprenons que leur lecture peut être fastidieuse, mais nous avons fait en sorte que ce ne soit pas le cas. Si vous avez des suggestions sur la façon dont nous pouvons les améliorer, nous vous invitons à contacter notre service juridique à legalterms@wix.com ». *Conditions d'utilisation*, <http://fr.wix.com/about/terms-of-use>, consulté le 19 novembre 2015.

¹¹¹⁴ H. Nissenbaum, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, 2009, p. 9.

326. **Protection complémentaire** - Les nouveaux risques liés au numérique suscitent des interrogations sur la pertinence du cadre juridique actuel de la protection des données personnelles. Si les principes conservent leur pertinence, les instruments de la protection des données doivent être adaptés et renouvelés. Quatre voies complémentaires pourraient finalement être explorées selon le Conseil d'État : l'utilisation des technologies pour renforcer la capacité des personnes à contrôler l'utilisation de leurs données ; la définition d'une « chaîne de responsabilités », allant des concepteurs de logiciels et d'objets connectés aux utilisateurs finaux et complétant la responsabilité du responsable de traitement ; une attention particulière portée à la circulation des données personnelles ; le passage d'une logique formelle de déclaration à une logique de respect en continu de la réglementation, assuré par des contrôles internes et externes¹¹¹⁵. L'émergence de traitements de masses de données (le « *Big Data* ») renouvelle les modalités de mise en œuvre des principes juridiques qui gouvernent la protection des données. Le *Big Data* redéfinit le rapport entre la personne et le ou les responsables de traitement. Il nous faut donc construire un cadre de confiance et de régulation pertinent, qui accompagne les nouveaux services et usages, et inventer de nouvelles « cordes de rappel » sur le contrôle par les personnes du devenir de leurs données¹¹¹⁶.

III. Chartes et supports internes

327. **Régulation interne** – Comment réguler les pratiques des salariés ? L'évolution des technologies dans l'entreprise pose la question du devenir du règlement intérieur dans un contexte de dématérialisation du travail, d'apparition de nouveaux modes de subordination et de suppression des frontières physiques de l'entreprise. La création de règles en vue d'une bonne utilisation du système d'information de l'entreprise est indispensable, sous peine d'entraver son bon fonctionnement¹¹¹⁷. « Charte d'utilisation des technologies de l'information et de la communication », « Charte d'utilisation de l'internet », « Charte d'utilisation des systèmes d'information », le terme « charte » est couramment utilisé pour désigner le document définissant, dans l'entreprise, les

¹¹¹⁵ *Le numérique et les droits fondamentaux, op. cit.*, p. 18.

¹¹¹⁶ É. Geffray, « Droits fondamentaux et innovation : quelle régulation à l'ère numérique ? », *op. cit.*, p. 7.

¹¹¹⁷ J. Bérenguer-Guillon et A. Gallier, « L'utilité des chartes déontologiques relatives à l'utilisation de l'outil informatique », *Gaz. Pal.*, n° 23, 23 janvier 2001, p. 14.

conditions d'utilisation des technologies de l'information et de la communication ainsi que les règles de communication dans et sur l'entreprise¹¹¹⁸. D'un point de vue général, une charte informatique doit contenir les règles d'utilisation par les salariés du système d'information et de communication de l'entreprise ainsi que les sanctions consécutives au non-respect de ces règles. Par ailleurs, en tant que de besoin, une charte informatique doit également permettre d'informer les salariés sur les procédés de surveillance mis en place par l'employeur et permettant notamment de dissuader les salariés d'utiliser les outils informatiques à des fins répréhensibles. La question juridique centrale est de savoir sur quelle base une telle réglementation peut être mise en place : règlement intérieur (A), supports internes (B) ou documents contractuels (C) ?

A. Règlement intérieur

328. **Charte informatique et règlement intérieur** – La charte permet aux entreprises d'assurer la sécurité de leurs systèmes d'information et de contrôler l'usage que les salariés font des outils informatiques mis à leur disposition. Les règles adoptées ont pour objectif de prévenir les risques juridiques, économiques et techniques de l'entreprise¹¹¹⁹. Selon la jurisprudence, une charte comportant des obligations générales et permanentes doit répondre aux mêmes exigences d'adoption que le règlement intérieur¹¹²⁰.

329. **Élaboration du règlement intérieur** - Conformément à l'article L. 1321-1 du Code du travail, le règlement intérieur s'impose aux salariés et permet notamment à l'employeur de fixer, unilatéralement, les mesures d'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité dans l'entreprise. Plusieurs objectifs peuvent lui être assignés : sensibilisation, information des utilisateurs quant aux moyens de contrôle et aux risques pour l'entreprise, prescriptions et sanctions en matière de discipline, de conditions d'utilisation et de communication, de sécurité liées aux TIC¹¹²¹. La modification du règlement intérieur doit s'effectuer selon les règles prescrites par l'article L. 1321-4 du Code du travail après avis du comité d'entreprise et du

¹¹¹⁸ F. Chérigny, « La charte des bons usages des services de réseautage social, outil juridique au service d'une stratégie-réseau », *Revue internationale d'intelligence économique*, Vol 4, n° 1, 1 décembre 2012, p. 71.

¹¹¹⁹ J. Mouly et Y. Charlaron, « Règlement intérieur et notes de service », dans *Rép. trav.*, 2015, p. 13.

¹¹²⁰ *Cass. soc.*, 15 déc. 2010, pourvoi n°09-42.691, inédit.

¹¹²¹ E. Caprioli, « Cybersurveillance des salariés : du droit à la pratique des chartes «informatiques» », *LPA*, 29 septembre 2004, p. 7.

CHSCT¹¹²², et d'une éventuelle déclaration (ou autorisation, par exemple en matière de biométrie) à la CNIL¹¹²³. Le règlement intérieur doit être communiqué à l'inspecteur du travail, en même temps qu'il fait l'objet des mesures de publicité¹¹²⁴. Il doit être accompagné de l'avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et, le cas échéant, du CHSCT. Aux termes de l'article L. 1321-6, alinéa 1er, du Code du travail : « Le règlement intérieur est rédigé en français. Il peut être accompagné de traductions en une ou plusieurs langues étrangères ». Plus généralement, l'article L. 1321-6, alinéa 2, du Code du travail dispose : « Tout document comportant des obligations pour le salarié ou des dispositions dont la connaissance est nécessaire à celui-ci pour l'exécution de son travail doit être rédigé en français. Il peut être accompagné de traductions en une ou plusieurs langues étrangères.

330. **Portée** - Aux termes de l'article R. 1321-1 du Code du travail, « le règlement intérieur doit être affiché à une place convenable aisément accessible dans les lieux où le travail est effectué, ainsi que dans les locaux et à la porte des locaux où se fait l'embauchage ». Dans le cas où l'embauchage se fait à distance¹¹²⁵ le règlement intérieur devrait ainsi être transmis au candidat à l'emploi. À son entrée en vigueur, le règlement intérieur s'applique à tous les salariés de l'entreprise ou de l'établissement, dans tous les locaux et non pas seulement les locaux de travail, y compris pour les télétravailleurs.

331. **Pouvoir disciplinaire** - Aux termes de l'article L. 1321-1 du code du travail, le règlement intérieur fixe « les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur ». Le lien entre le règlement intérieur et le droit disciplinaire s'est renforcé depuis que la Cour de cassation décide, au moins pour les entreprises soumises à un règlement intérieur, que l'employeur ne peut infliger que des sanctions disciplinaires prévues par celui-ci¹¹²⁶. Le règlement intérieur peut s'appliquer à toutes les personnes qui effectuent un travail dans l'entreprise, même si elles ne sont pas liées par un contrat de travail. Toutefois, les

¹¹²² « Le règlement intérieur et les notes de service qui le complètent ne pouvaient produire effet que si l'employeur a accompli les diligences prévues par l'article L. 1321-4 du code du travail, la cour d'appel, qui a constaté que l'employeur ne justifiait pas avoir préalablement consulté les représentants du personnel et communiqué le règlement à l'inspecteur du travail, en a exactement déduit, sans dénaturation ni inversion de la charge de la preuve, qu'il ne pouvait reprocher à sa salariée un manquement aux obligations édictées par ce règlement et par une note de service ». *Cass. soc.*, 9 mai 2012, pourvoi n°11-13.687, *Bull. civ.*, V, n°134.

¹¹²³ *Infra*. Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 1, I, C, 1 : voir les procédures « vis-à-vis de la CNIL ».

¹¹²⁴ *C. trav.*, art. L. 1321-4, al. 3

¹¹²⁵ Les entretiens se font de plus en plus par téléphone ou par logiciel de vidéoconférence comme Skype.

¹¹²⁶ *Cass. soc.*, 26 oct. 2010, pourvoi n°09-42.740, *Bull. civ.*, V, n°243.

dispositions relatives à la nature et à l'échelle des sanctions ainsi qu'à la procédure disciplinaire ne peuvent s'appliquer qu'aux seuls salariés de l'entreprise car l'employeur ne peut exercer son pouvoir disciplinaire qu'à l'égard de ceux qui sont liés par un contrat de travail¹¹²⁷.

332. Correspondant Informatique et Libertés - La loi Informatique et Libertés modifiée par la loi n° 2004-801 le 6 août 2004¹¹²⁸ prévoit la nomination d'un correspondant informatique et libertés dans les entreprises qui est chargé du respect de la loi sur la protection des données personnelles. Celui-ci a un rôle essentiel en matière d'application des règles sur la cybersurveillance qui devra être intégré dans la charte sur l'usage des TIC en précisant ses mission¹¹²⁹s.

333. L'information préalable - L'information préalable du salarié relative à l'encadrement de l'utilisation du matériel mis à disposition du salarié dans le cadre de l'exécution de sa mission fait partie des obligations incombant à l'employeur. À ce titre, la mise en œuvre d'une charte informatique intégrée au règlement intérieur peut être une solution, comme cela a été jugé par la Cour de cassation dans un arrêt où le licenciement pour faute grave d'un salarié a été validé, motif pris que « l'utilisation de sa messagerie pour la réception et l'envoi de documents à caractère pornographique et la conservation sur son disque dur d'un nombre conséquent de tels fichiers, constituait un manquement délibéré et répété du salarié à l'interdiction posée par la charte informatique mise en place dans l'entreprise et intégrée au règlement intérieur »¹¹³⁰. On peut également songer à introduire une convention de preuve¹¹³¹ portant sur les éléments informatiques collectés qui serviront de preuve pour caractériser les manquements à la charte ; une telle précaution apportera une plus grande sécurité juridique en cas de litige devant le juge¹¹³².

¹¹²⁷ J. Mouly et Y. Charlaron, « Règlement intérieur et notes de service », *op. cit.*, p. 13.

¹¹²⁸ « Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés » (JO, n° 182, 7 août 2004).

¹¹²⁹ *Infra*. Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 1, I, C, 1 : voir les procédures « vis-à-vis de la CNIL ».

¹¹³⁰ *Cass. soc.*, 15 déc. 2010, pourvoi n°09-42.691, inédit, *op. cit.*

¹¹³¹ Selon les termes de l'article 1316-2 du Code civil, à défaut de convention de preuve valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens, le titre le plus vraisemblable. Mais lorsqu'une convention de preuve a été valablement conclue entre les parties, le juge doit l'appliquer.

¹¹³² E. Caprioli, « Cybersurveillance des salariés : du droit à la pratique des chartes «informatiques» », *op. cit.*, p. 7.

334. **Dispositions équilibrées** - La cybersurveillance invite à une valse entre sécurité et liberté. Les principes de finalité et de proportionnalité doivent ainsi guider l'élaboration de la charte¹¹³³. Aux États-Unis, les interdictions générales et permanentes d'utilisation personnelle du réseau sont jugées licites¹¹³⁴. En revanche, en France, une clause de règlement intérieur qui permettrait à l'employeur d'ouvrir le courrier de ses salariés serait nulle¹¹³⁵. Une interdiction totale d'utiliser des outils informatiques à des fins personnelles serait contraire à l'interprétation de l'article L. 1121-1 du Code du travail portant sur la non-restriction au droit des personnes et des libertés individuelles et collectives. Une certaine tolérance doit être observée afin de respecter la vie personnelle du salarié sur son lieu de travail, comme cela a été consacré par l'arrêt Nikon¹¹³⁶. Une interdiction du fait de la nature de certains emplois est toutefois envisageable, celle-ci devra alors être incluse dans le règlement intérieur de l'entreprise. L'employeur devra également rappeler cette disposition dans le contrat de travail des salariés concernés par cette disposition. Afin de satisfaire à ses obligations, l'entreprise devra donc établir un inventaire détaillé des moyens fournis au personnel et des moyens de contrôle et de surveillance existants (par exemple, logiciels, bases de données, filtrage) ainsi que les interdictions et limites d'utilisation, des moyens techniques qu'elle envisage d'introduire. Dans cette perspective, il faudra déterminer les sphères professionnelle et privée des salariés¹¹³⁷.

335. **Dispositions favorables au salarié** - Le règlement intérieur peut contenir des dispositions restreignant le pouvoir de l'employeur, en le soumettant à des conditions plus favorables au salarié¹¹³⁸. Ce qui permet par exemple de déroger à la règle selon laquelle 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. Dans un arrêt d'espèce, l'employeur avait pris l'engagement unilatéral dans son règlement intérieur que les messageries électroniques des salariés ne pourraient être consultées par la direction qu'en présence du salarié, sans établir la distinction, qui aurait pourtant été

¹¹³³ F. Février, *Pouvoir de contrôle de l'employeur et droits des salariés à l'heure d'Internet*, *op. cit.*, p. 55.

¹¹³⁴ J.-E. Ray, « Courrier privé et courriel personnel », *Dr. soc.*, 2001, p. 915.

¹¹³⁵ *Cass. soc.*, 17 mai 2005, pourvoi n°03-40.017, *Bull. civ.*, V, n°165.

¹¹³⁶ *Cass. soc.*, 2 oct. 2001, pourvoi n°99-42.942, *Bull. civ.*, V, n°291, *op. cit.*

¹¹³⁷ E. Caprioli, « Cybersurveillance des salariés : du droit à la pratique des chartes «informatiques» », *op. cit.*, p. 7.

¹¹³⁸ F.-J. Pansier, « Vie privée et mails du salarié », *Cahiers sociaux*, n° 244, août 2012, p. 264.

fondamentale, entre les messages électroniques privés et professionnels. De sorte que la Cour de cassation retient que la consultation des messages était illicite et les contenus ne pouvaient pas être retenus contre le salarié¹¹³⁹. Face aux réglementations strictes en matière de sécurité des systèmes d'information, il est nécessaire pour l'employeur de prévoir des dispositions adéquates et surtout de prévoir leur mise à jour régulière.

B. Supports internes : chartes, guides...

336. **L'éthique d'entreprise** - Les chartes d'entreprise sont des documents, élaborés par l'employeur, « ayant pour but d'établir les valeurs qui inspirent l'action de l'entreprise, d'afficher ses bonnes intentions dans les domaines liés à son activité et aussi les engagements éthiques qu'elle prend à l'égard de ses différents partenaires »¹¹⁴⁰. Guide d'utilisation des réseaux sociaux, charte internet, code de bonne conduite,... certains documents établis par l'entreprise ne renvoient ainsi à aucune notion juridique contraignante tel un contrat, une convention collective ou un règlement intérieur. On peut lire dans un guide rédigé par La Poste: « Ce guide pédagogique n'a d'autre vocation que de vous aider à comprendre et à mieux utiliser les médias et le web collaboratif dans son ensemble ». Mais on peut relever un paradoxe, car ces guides ont pour vocation principale l'élaboration de règles de conduites et la défense des intérêts de l'entreprise. « Responsable, car la liberté d'expression dont nous jouissons ne doit pas nous faire oublier les principes de loyauté, de conventualité et de discrétion qui concernent tous les postiers »¹¹⁴¹. Ce mélange d'obligation morale, de comportement citoyen, de respect de l'employeur et de ses impératifs, recouvre ce que certains nomment l'éthique d'entreprise. « L'éthique d'entreprise est devenue une source affichée de règles comportementales, de l'entreprise et dans l'entreprise, qui contribue à sa réussite »¹¹⁴². Cette évolution inspirée des pratiques anglo-saxonnes possède deux vocations : une vocation externe permettant de véhiculer une certaine image de

¹¹³⁹ Cass. soc., 26 juin 2012, pourvoi n°11-15.310, Bull. civ., V, n°196.

¹¹⁴⁰ D. Berra, « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », dans *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, Presses Universitaires de Toulouse, 2001, p. 123.

¹¹⁴¹ La Poste, « Les bonnes pratiques sur les médias sociaux : le guide ».

¹¹⁴² FRANCE, Ministère de l'emploi, du travail et de l'insertion professionnelle des jeunes, P.-H. Antonmattei et P. Vivien, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives*, coll.« La Documentation française », 2007, p. 11.

l'entreprise, et une vocation interne plus floue, oscillant entre l'organisation de l'entreprise et l'assurance d'une certaine discipline¹¹⁴³.

337. **Sensibilisation des salariés** - Dans le cadre de la publication de commentaires négatifs sur une société, on peut tout d'abord s'interroger sur l'efficacité de la jurisprudence au regard du préjudice qui peut être subi par l'entreprise¹¹⁴⁴ et d'une éventuelle sanction qui peut constituer une atteinte supplémentaire à l'image de l'entreprise. *A contrario*, les salariés peuvent participer de manière positive à la valorisation de l'e-réputation de leur entreprise¹¹⁴⁵. Par ailleurs, ils engagent leur e-réputation¹¹⁴⁶. Aussi, il apparaît aujourd'hui indispensable pour les sociétés de sensibiliser leurs salariés aux « bonnes pratiques » d'utilisation des outils de communication électronique, aux limites de leur liberté d'expression et aux conséquences pour l'entreprise comme pour les salariés de la publication de telles critiques sur internet ou les réseaux sociaux, dans la mesure où elles sont susceptibles d'être accessibles à tous et reproduites à l'infini¹¹⁴⁷. La mise en œuvre d'actions de sensibilisation permet de responsabiliser les salariés et éventuellement de collaborer avec ceux qui souhaiteraient rédiger des articles sur l'entreprise dans des revues, des blogs ou sur des sites de type « Wiki »¹¹⁴⁸. Le Ministère de la Défense invite également les familles à suivre ses recommandations¹¹⁴⁹. L'information et la sensibilisation peuvent s'effectuer au sein de chartes de systèmes d'information, de livrets de bonne conduite ou encore par la désignation d'interlocuteurs privilégiés formés sur ces questions. La désignation de référents peut s'avérer efficace. La mise en œuvre de ces outils en amont permettra de responsabiliser et d'informer au préalable les salariés¹¹⁵⁰.

¹¹⁴³ N. Causse, « La valeur juridique des Chartes d'entreprise au regard du droit du travail français. Contribution à l'étude de l'aspect social et éthique de l'activité des entreprises », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, n° 4, 2001, p. 1000-1001.

¹¹⁴⁴ *Cass. 1ère civ., 10 avr. 2013, pourvoi n°11-19.530, Bull. civ., I, n°70.*

¹¹⁴⁵ « Sur Internet, mon nom et le nom de mon entreprise sont en interaction : avec des réseaux sociaux comme LinkedIn ou Viadeo, tout le monde a accès à mon parcours professionnel. Je prends en compte cette information et signale que mes propos n'engagent que moi. Dans la mesure du possible, j'écris mes commentaires dans un français correct favorisant la compréhension et l'échange. Si je trouve des commentaires négatifs concernant Crédit Agricole S.A., je ne réponds pas à n de ne pas donner plus de visibilité au débat. Je peux prévenir la Direction de la Communication de Crédit Agricole S.A. (reseaux.sociaux@credit-agricole-sa.fr) en cas de doute ». Crédit Agricole S.A., « Bonnes pratiques sur les médias sociaux ».

¹¹⁴⁶ E. Walle et S. Savaïdes, « L'e-réputation sous le prisme du droit du travail », *op. cit.*, p. 26.

¹¹⁴⁷ Le « droit à l'oubli » est un mythe. « *The Right To Be Forgotten Doesn't Work In Practice* » Says Top Security Expert, http://www.huffingtonpost.co.uk/2014/07/08/google-right-to-be-forgotten-expert_n_5566922.html, consulté le 20 novembre 2015.

¹¹⁴⁸ Un wiki est une application web qui permet la création, la modification et l'illustration collaboratives de pages à l'intérieur d'un site web. En entreprise, les wikis facilitent l'écriture collaborative de documents et le partage d'informations structurées. « Wiki », dans *Wikipédia*, 2015, .

¹¹⁴⁹ « Vos familles aussi utilisent les médias sociaux. Or elles n'ont pas été sensibilisées aux risques que peut engendrer la publication de certaines informations. Communiquez-leur votre savoir, donnez-leur les clefs pour qu'elles soient plus vigilantes. Ce guide est aussi pour elles ! » Ministère de la Défense, « Médias sociaux : guide du bon usage ».

¹¹⁵⁰ E. Walle et S. Savaïdes, « L'e-réputation sous le prisme du droit du travail », *op. cit.*, p. 288.

338. **Valeurs des chartes** - L'hétérogénéité de ces chartes exclut de rechercher ou de proposer une qualification juridique unique. Certaines formules, sous la forme d'engagement unilatéral de l'employeur, pourront permettre aux salariés de revendiquer l'exécution d'obligations patronales. À l'inverse, certaines clauses suggèrent en apparence la mise en place d'obligations de nature contractuelle pour les salariés. Le salarié est invité à respecter certaines règles pour lui et pour l'entreprise dans une relation apparente de collaboration. Mais pour que ces dispositions soient opposables au salarié, il faudra à nouveau respecter les règles applicables en matière d'élaboration et de modification du règlement intérieur¹¹⁵¹.

C. Documents contractuels : contrat de travail, accord d'entreprise

339. **Charte annexée au contrat de travail** - Le pouvoir de direction de l'employeur peut également se manifester dans le contrat de travail. Certaines entreprises choisissent ainsi d'intégrer tout ou partie de la charte au contrat de travail, soit lors de sa conclusion, soit par un avenant ultérieur. Les règles d'utilisation peuvent ainsi être rendues directement opposables au salarié : soit sous la forme d'inclusion de clauses spécifiques dans le contrat de travail du salarié, soit sous la forme d'une annexe au contrat de travail. Cette méthode n'est pas sans risques ni conditions pour l'employeur.

340. **Avantages et inconvénients** - L'inconvénient majeur réside pour l'employeur de devoir distinguer entre deux situations. Soit la modification porte sur un élément essentiel du contrat de travail : elle ne peut alors pas être imposée par l'employeur, mais seulement proposée au salarié concerné¹¹⁵² (néanmoins, une telle possibilité de refus de la part du salarié est à nuancer ; celui-ci se trouvant souvent en situation de dépendance vis-à-vis de son employeur). Soit les restrictions constituent un simple changement des conditions de travail ; dans ce cas, la modification peut être imposée par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction. Le refus du salarié n'entraîne pas, à lui seul, la rupture du contrat mais constitue une faute professionnelle que l'employeur peut sanctionner, au besoin par le licenciement. La ligne de démarcation est particulièrement tenue si l'employeur souhaite imposer des restrictions dans l'utilisation des outils

¹¹⁵¹ Cass. soc., 15 déc. 2010, pourvoi n°09-42.691, inédit, op. cit.

¹¹⁵² Cass. soc., 28 janv. 2005, pourvoi n°03-40.639, Bull. civ., V, N°35.

informatiques. La pratique montre que les entreprises qui ont tenté d'incorporer des chartes au contrat de travail se sont fait sanctionner par les tribunaux. « Il apparaît que la catégorie juridique de discipline est assez étroitement comprise et que seules sont tenues pour « disciplinaire » des dispositions visant une conduite des individus (pour la prescrire, l'interdire, la soumettre à des conditions) ou la réaction à certaines de leurs conduites »¹¹⁵³. Ainsi la qualification paraît-elle indiscutable pour soumettre les salariés à des contrôles, imposer un badge informatique mais elle l'est beaucoup moins s'agissant du comportement à adopter sur les réseaux sociaux. Pour la Cour de cassation, l'altération des responsabilités et des fonctions constitue une modification du contrat de travail¹¹⁵⁴. En revanche, l'octroi de nouvelles tâches qui correspondent à la qualification du salarié constitue un simple changement des conditions de travail¹¹⁵⁵.

341. **Accord écrit** - La législation et la jurisprudence relatives à la surveillance par le biais des technologies numériques convergent pour engager l'employeur à donner une information préalable aux personnes susceptibles de faire l'objet d'un contrôle. La bonne pratique vise donc à fournir cette information par écrit, et à faire signer le salarié, afin de se ménager une preuve de l'exécution de cette formalité. L'employeur peut également être tenté d'obtenir un accord écrit afin de pouvoir invoquer la légitimité de ceux-ci. Toutefois, dans le considérant 34 de la proposition de règlement européen on relève que : « *Consent should not provide a valid legal ground for the processing of personal data, where there is a clear imbalance between the data subject and the controller. This is especially the case where the data subject is in a situation of dependence from the controller, among others, where personal data are processed by the employer of employees' personal data in the employment context* »¹¹⁵⁶. On en déduit qu'il faut pouvoir fonder un contrôle sur une finalité légitime, à apprécier en fonction de chaque contexte, et que l'employeur ne peut pas se prévaloir *a posteriori* du consentement du travailleur¹¹⁵⁷.

¹¹⁵³ P. Ancel, J. Moret-Bailly, A. Jeammaud et E. Millard, *Vers un droit commun disciplinaire?*, Université de Saint-Etienne, 2007, p. 27.

¹¹⁵⁴ Cass. soc., 30 mars 2011, pourvoi n°09-71.824, inédit.

¹¹⁵⁵ Cass. soc., 23 juin 2010, pourvoi n°08-45.368, inédit.

¹¹⁵⁶ « Procédure 2012/0011/COD Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) ».

¹¹⁵⁷ J.-F. Henrotte et F. Jongen, *Pas de droit sans technologie*, op. cit., p. 164.

342. **Référence à la charte dans le contrat** - Dans le cas où le contrat contient un engagement exprès des parties à respecter les stipulations d'une autre norme, par exemple la charte d'utilisation des réseaux sociaux, cet engagement crée des obligations contractuelles réciproques. Aucune des deux parties au contrat de travail ne peut rétracter l'engagement sans l'accord de l'autre¹¹⁵⁸. En revanche, lorsque la référence consiste en une simple indication de l'applicabilité du règlement intérieur, des usages, cette référence n'a qu'une valeur informative¹¹⁵⁹. Pour éviter toute discussion, il est plus prudent d'indiquer si la référence à ces éléments a une valeur d'information ou une valeur contractuelle¹¹⁶⁰.

343. **Clause de discrétion** - Protéger l'entreprise contre la divulgation par un salarié d'informations confidentielles ou de secrets professionnels¹¹⁶¹ ne nécessite pas une clause du contrat de travail. Toutefois, le choix du contrat de travail comme support de la charte informatique peut s'avérer judicieux pour les salariés assujettis à des obligations de vigilance ou de confidentialité particulières. Le salarié est tenu à une obligation de discrétion qui lui interdit de divulguer un certain nombre d'informations auxquelles ses fonctions lui donnent accès. L'obligation de réserve, quant à elle, interdit au salarié d'adopter une attitude ouvertement critique à l'égard des décisions de l'employeur¹¹⁶². Une stipulation est néanmoins utile lorsque le risque d'une divulgation préjudiciable est élevée afin de diminuer l'aléa judiciaire et dissuader le salarié¹¹⁶³. Par ailleurs, l'introduction de clauses de confidentialité renforcées permet de sanctionner le comportement du salarié. Si ces stipulations sont renforcées pour certaines professions, de telles dispositions doivent répondre aux conditions de l'article L. 1121-1 du Code du travail. La présence d'une telle clause a permis, aux juges du TGI de Béthune dans un jugement du 14 décembre 2010 de condamner au paiement de dommages et intérêts pour violation de son obligation de confidentialité un ancien salarié qui avait révélé sur son blog des informations sur son ancien employeur dans des termes négatifs¹¹⁶⁴.

¹¹⁵⁸ M. Véricel, « Effets de la référence du contrat de travail aux dispositions du règlement intérieur », *Dr. soc.*, 2004, p. 834.

¹¹⁵⁹ J. Péliissier, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », *RJS*, 2004, p. 3.

¹¹⁶⁰ P.-H. Antonmattei, *Les clauses du contrat de travail*, Wolters Kluwer France, 2005, p. 11.

¹¹⁶¹ C. trav. art. L. 1227-1.

¹¹⁶² *Cass. soc.*, 27 mars 2013, pourvoi n°11-19.734, *Bull. civ.*, V, n°95.

¹¹⁶³ P.-H. Antonmattei, *Les clauses du contrat de travail*, *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁶⁴ *Blog : un ancien salarié condamné pour ses propos sur son ex-employeur malgré une clause de confidentialité*, <http://www.legalis.net/spip.php?article3051>, consulté le 23 novembre 2015.

344. **Loyauté et non-concurrence** - L'employeur peut inclure dans les contrats de travail une clause par laquelle il interdit à ses salariés d'avoir sur internet, pendant le temps de travail, un comportement contraire à ses intérêts, disposition d'autant plus pertinente que les usages des réseaux sociaux sont en plein développement¹¹⁶⁵. Une véritable clause d'exclusivité peut apparaître opportune pour les salariés mobiles ou capables de travailler à distance. En effet, dès lors que le contrat peut être exécuté à distance et de manière asynchrone, la tentation de travailler pour quelqu'un d'autre pendant ses horaires de travail est beaucoup plus grande pour le salarié. Il est même désormais possible de sous-traiter son travail dans un autre pays¹¹⁶⁶. Il convient toutefois de rappeler qu'en vertu de l'article L. 1222-1 du Code du travail le contrat doit être exécuté de bonne foi, et que le contrat étant conclu *intuitu personae*, l'employé est tenu d'exécuter lui-même le travail qui lui a été donné puisqu'il a personnellement été choisi pour. Cette obligation peut être utilement complétée par une clause d'utilisation exclusivement personnelle des dispositifs informatiques de l'entreprise mis à la disposition du salarié et notamment des codes d'accès aux serveurs de l'entreprise. Il s'agit notamment de prévenir les intrusions dans le système informatique par des concurrents ou des cybercriminels¹¹⁶⁷.

345. **Prestataire extérieur** - Il convient de porter une attention particulière aux intervenants ou prestataires extérieurs, susceptibles d'utiliser les moyens informatiques et de communications électroniques de l'entreprise. Une référence en annexe à la charte de l'utilisation des moyens informatiques et de communications électroniques doit être faite dans le contrat ou la convention liant l'employeur prestataire extérieur à l'entreprise ou l'établissement concerné. Il est également essentiel que le contrat ou la convention liant l'employeur prestataire extérieur à l'entreprise ou à l'établissement concerné prévoit que le prestataire extérieur se trouve responsable des actes de ses salariés, et ce même dans le cadre de l'utilisation des outils informatiques et de communications électroniques de l'entreprise ou de l'établissement cocontractant¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁵ C. Manara, « Création de site web », *JCl. Communication*, Fasc. 4700, 2015.

¹¹⁶⁶ « Bob » était l'ingénieur informatique le plus apprécié de son entreprise aux Etats-Unis, qui travaillait bien et terminait toujours à l'heure; sauf que Bob sous-traitait son travail à une entreprise chinoise pendant qu'il passait ses journées à surfer sur internet. « Un développeur salarié sous-traitait son travail en Chine », *op. cit.*

¹¹⁶⁷ J.-E. Ray, « Le droit du travail à l'épreuve du télétravail », *Dr. soc.*, 1996, p. 351.

¹¹⁶⁸ Article 2 - Objet et domaine d'application de la Charte : En ce qui concerne les salariés de sociétés extérieures intervenant dans le cadre de contrats conclus entre Eurocopter et tout tiers donnant accès à une ou plusieurs des applications de son système d'information, les dispositions de la présente Charte devront leur être opposables par le biais d'une insertion dans les contrats conclus avec ces sociétés extérieures (contrats de prestation de services, etc.) prévoyant également que le prestataire contractant aura la charge d'informer et de former ses salariés à ces obligations, ainsi que de faire respecter ces stipulations. Il devra

346. **Le choix de l'accord collectif d'entreprise** - Il est possible de fixer les modalités d'usage des outils informatiques par un accord collectif, mais ils ne constituent pas le support le plus adapté. En pratique, il est ainsi difficile de trouver des accords relatifs au contrôle des salariés¹¹⁶⁹. Si cet usage a le mérite de valoriser le dialogue social, elle place les syndicats dans une position difficile, qui légitime la surveillance de l'employeur. Quant aux employeurs ils ne souhaitent pas partager une prérogative qui relevait pendant longtemps de leur seul ressort. Par ailleurs, un accord d'entreprise, quand bien même il aurait été validé par les organisations syndicales, ne préfigure en rien de la validité des clauses qui doivent être soumises aux mêmes règles que celles issues du règlement intérieur ou du contrat.

347. **Accords spécifiques** - L'accord collectif a vocation à s'appliquer à tous les salariés de l'entreprise. Mais ce principe n'interdit pas de conclure des accords ou des clauses spécifiques à certaines catégories de personnel en fonction de leurs conditions de travail par exemple. La conclusion de conventions individuelles de forfait, en heures ou en jours, sur l'année doit être prévue par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche¹¹⁷⁰. Cet accord doit nécessairement prévoir des mécanismes de contrôle et de suivi régulier de l'amplitude et de la charge de travail, afin de garantir le droit à la santé et au repos des salariés¹¹⁷¹. Il est également possible de prévoir une clause spécifique à la protection des données personnelles dans un accord sur le télétravail. L'article 14 de l'accord cadre du groupe Thalès vise par exemple à la fois la protection des données, et la confidentialité : « Le salarié en situation de télétravail est tenu de respecter l'ensemble des principes prévus dans la « Charte relative au bon usage des ressources d'information et de communication » qui lui sera communiquée lors de la conclusion de l'avenant télétravail et qui est également disponible en ligne (...). Le télétravailleur porte une attention particulière aux règles de sécurité et plus spécifiquement à ses moyens d'authentification (mot de passe, code pin ...) qui sont personnels, confidentiels et inaccessibles. Le télétravailleur reste tenu de respecter les règles de confidentialité fixées

également avoir la charge de reprendre et de faire appliquer ces stipulations dans le cadre de tout contrat conclu avec une éventuelle entreprise sous-traitante dont les personnels accèdent à une ou plusieurs des applications du système d'information d'Eurocopter. Eurocopter, « Charte informatique ».

¹¹⁶⁹ J.-E. Ray, « Courrier privé et courriel personnel », *op. cit.*, p. 915.

¹¹⁷⁰ C. trav. art. L. 3121-39.

¹¹⁷¹ Cass. soc., 11 juin 2014, pourvoi n°11-20.985, Bull. civ., V, n°137.

par l'entreprise. Il doit en particulier à ce titre préserver la confidentialité des données qui lui sont confiées »¹¹⁷². Cet accord prévoit également un modèle d'avenant au contrat de travail qui inclut une disposition similaire¹¹⁷³. A l'avenir, les entreprises pourraient engager des négociations sur les méthodes de management et les modes d'organisation du travail, à l'instar des propositions du rapport Combrexelle¹¹⁷⁴.

348. **Nouvelle forme de pouvoir** - « Surveiller, tout en se cachant, est la forme la plus haute du pouvoir »¹¹⁷⁵. Un des paradoxes des TIC est que si elles renforcent l'autonomie des salariés dans l'accomplissement de leur travail, elles confèrent aussi à l'employeur de nouveaux moyens de surveillance, donc elles permettent en quelque sorte de rétablir le lien de subordination qu'elles avaient elles-mêmes distendu¹¹⁷⁶. *The Black Box Society*, décrit comment les algorithmes, protégés par le secret commercial, créent de nouveaux rapports de pouvoir¹¹⁷⁷. Chaque jour, des sociétés collectent les traces laissées par nos habitudes de travail et notre utilisation d'internet. Tout ce qui est techniquement possible est-il nécessairement souhaitable ? Le principe de précaution, porté par le philosophe Hans Jonas¹¹⁷⁸, résume le défi lancé au droit par l'utilisation des nouvelles technologies et ravive la réflexion sur la tension permanente entre la destruction et l'émancipation de l'Homme qui caractérise toute innovation. En effet, à travers les technologies numériques, les sphères privées et professionnelles sont tellement imbriquées, que pour rétablir la frontière de l'une on franchit nécessairement la frontière de l'autre¹¹⁷⁹. Si on n'accepte pas de baser la relation de travail sur la confiance réciproque, il faudra renforcer l'arsenal de l'employeur. « L'évolution des modes de contrôle et l'extension de la surveillance sont loin d'être neutres du point de vue des conditions de travail. Les effets apparaissent comparables à ceux liés à la réduction de l'autonomie. Le contrôle va par exemple renforcer les risques de stress liés à l'injonction contradictoire dans la mesure où les conséquences d'un arbitrage effectué

¹¹⁷² Thalès, « Accord cadre groupe relatif au télétravail du 24 avril 2015 ».

¹¹⁷³ Ex. de modèle d'avenant : Madame / Monsieur ... s'engage à respecter l'ensemble des règles d'utilisation des équipements de travail mis à sa disposition, en particulier celles précisées dans la « Charte relative au bon usage des ressources d'information et de communication » qu'elle / il s'est vu remettre préalablement à la conclusion du présent avenant et qui est disponible en ligne (...). Le respect des règles prévues dans cette Charte est essentiel pour permettre d'assurer la protection et la confidentialité des données utilisées et traitées par Madame / Monsieur ... à des fins professionnelles.

¹¹⁷⁴ F. Mehrez, « Rapport Combrexelle : des règles du jeu plus claires entre accord d'entreprise et accord de branche », *Dalloz actualité*, 10 septembre 2015.

¹¹⁷⁵ « Surveiller, tout en se cachant, est la forme la plus haute du pouvoir », <http://rue89.nouvelobs.com/2015/02/15/surveiller-les-autres-tout-cachant-est-forme-plus-haute-pouvoir-257575>, consulté le 19 février 2015.

¹¹⁷⁶ J. Icard, « L'impact des NTIC au sein des entreprises post-industrielles », *op. cit.*, p. 107.

¹¹⁷⁷ F. Pasquale, *The Black Box Society*, Harvard University Press, 2015.

¹¹⁷⁸ H. Jonas, *Une éthique pour la civilisation technologique*, Editions du Cerf, 1990.

¹¹⁷⁹ C. Laval, « Surveiller et prévenir. La nouvelle société panoptique », *op. cit.*, p. 50.

entre quantité et qualité seront probablement tracées par le système informatique »¹¹⁸⁰. La technologie ne peut être source de liberté qu'à condition que les hommes prennent conscience que la puissance et l'efficacité ne valent pas pour elles mêmes. La protection des libertés fondamentales par notre système juridique consiste non seulement dans leur prise en compte à tout exercice du pouvoir, mais également justifie l'intervention des titulaires même de ces libertés¹¹⁸¹. Le développement des possibilités de surveillance exige notamment le strict respect du principe de proportionnalité. L'intervention extérieure de la CNIL ou du juge s'avère insuffisante. Le contrôle nécessite également une intervention à l'intérieur même de l'entreprise. Si l'employeur est responsable au premier chef de la protection des données sur le lieu de travail, les employés ou futurs employés peuvent s'assurer eux aussi que les données les concernant sont traitées dans les règles et effacées dans le délai prescrit¹¹⁸².

349. **Conclusion section** - « L'univers numérique implique de profondément renouveler la nature de la régulation. La question n'est plus tant celle de la formalité, que celles de savoir d'une part, si un responsable de traitement public ou privé assure une protection optimale de ses données en permanence, et d'autre part, si l'innovation envisagée ne contrevient aux droits et libertés fondamentaux et, notamment, aux droits associés à la protection des données personnelles »¹¹⁸³. L'ensemble de ces évolutions est à l'origine et au cœur du règlement européen sur la protection des données personnelles précédemment mentionné. Celui-ci prévoit ainsi la suppression des formalités préalables, le développement de la responsabilisation des responsables de traitements autour de nouveaux outils (le terme le plus souvent employé pour qualifier ce processus de mise en conformité dynamique étant le terme anglais *accountability*¹¹⁸⁴), et la mise en œuvre de pouvoirs répressifs étendus et conjoints par les autorités de protection des données. Concrètement, de nouveaux instruments, qui relèvent juridiquement de ce qu'il est convenu d'appeler le « droit souple », et viennent ainsi prendre le relais du « droit dur ».

¹¹⁸⁰ FRANCE, T. Klein, D. Ratier, Centre d'analyse stratégique et Direction générale du travail, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, op. cit., p. 93.

¹¹⁸¹ F. Février, *Pouvoir de contrôle de l'employeur et droits des salariés à l'heure d'Internet*, op. cit., p. 12.

¹¹⁸² J.-E. Ray, « Tous connectés, partout, tout le temps ? », *Dr. soc.*, 2015, p. 516.

¹¹⁸³ É. Geffray, « Droits fondamentaux et innovation : quelle régulation à l'ère numérique ? », op. cit., p. 7.

¹¹⁸⁴ Dans le monde des données personnelles, le terme *accountability* est généralement traduit par « responsabilisation ». Il s'agit pour l'organisme de « mettre en œuvre des mécanismes et des procédures internes permettant de démontrer le respect des règles relatives à la protection des données ». W. Maxwell et S. Taïeb, « L'*accountability*, symbole d'une influence américaine sur le règlement européen des données personnelles ? », *Dalloz IP/IT*, 10 mars 2016, p. 13.

Section 2 Traitement des ressources informatiques de travail

350. **Gestion des ressources informatiques** – La mobilisation des ressources informatiques à travers les messageries, l'internet, les plateformes collaboratives ou sociales, est devenue un élément familier dans l'environnement tant personnel que professionnel. Dans l'entreprise, la difficulté est d'établir une règle équilibrée entre le droit pour le salarié d'utiliser les TIC à des fins personnelles pendant ses heures de travail et le droit pour l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction d'en contrôler l'usage. Il convient de rappeler tout d'abord le cadre juridique de l'utilisation des moyens informatiques et de communication électronique de l'entreprise dans le cadre professionnel (I) avant d'envisager les évolutions juridiques et techniques suite à l'utilisation d'outils étrangers à l'entreprise (II).

I. Les ressources informatiques à la disposition du salarié

351. **Mutations technologiques de la société** - L'entreprise suit les mutations technologiques de la société. Avec le temps, le travail manuel a cédé la place au travail industriel, lequel se dissipe aujourd'hui derrière le travail numérique¹¹⁸⁵. En principe, la propriété de l'outil de production détermine la destination professionnelle des usages et des conditions d'utilisation par le salarié. Mais les outils informatiques ne sont pas des outils comme les autres. A la différence des machines-outils qui ne pouvaient être utilisées que dans l'usine en situation de travail, les outils informatiques permettent au salarié d'interagir aussi bien avec un environnement professionnel que personnel (B). Dans le silence des textes, la jurisprudence a précisé les modalités d'utilisation des outils informatiques par les salariés¹¹⁸⁶. Le régime est bâti sur une présomption : le matériel appartient à l'employeur qui le met à disposition de son salarié, l'activité de ce dernier étant présumée professionnelle (A).

¹¹⁸⁵ L. Draï, « Fasc. 1192 : Contrôle par l'employeur de l'usage des technologies de l'information et de la communication par ses salariés », dans *JCI. Communication*, 2016, .

¹¹⁸⁶ D. Castel, « Abus de virtuel, sanctions bien réelles ! », *JA*, n° 537, 2016, p. 40.

A. Destination professionnelle des outils informatiques de l'entreprise

352. **Fourniture des outils** - En principe, les éléments nécessaires à la prestation de travail sont fournis par l'employeur. Dans ce cas, il s'instaure une présomption simple de présence du lien de subordination entre les cocontractants. Il y a un rapport de travail au sens juridique, quand la personne qui loue sa capacité de travail contre une rémunération, est placée sous l'autorité de celui qui détient les instruments de production. En effet, « historiquement et structurellement, le droit du travail est construit à partir de postes de travail mis à disposition par l'employeur, situés à un emplacement fixe et intégrés avec tout autant de fermeté dans un processus aussi bien créé que modelé dans tous ses détails par l'employeur »¹¹⁸⁷. Cette conception est liée à l'histoire du travail et notamment à la révolution industrielle. Le salariat est alors la condition de ceux qui ont mis leur force de travail au service d'une entreprise¹¹⁸⁸. Le salarié bénéficie d'un régime de protection contre les risques du travail, qui correspond à l'origine du droit des accidents du travail. Dans un premier temps, une solution fut recherchée dans une adaptation du régime de la preuve : l'article 1384 du Code civil allait être alors interprété comme comportant une présomption de responsabilité à l'encontre des gardiens de choses inanimées. Suivant l'adage, *ubi emolumentum ibi onus*¹¹⁸⁹, l'employeur est le gardien désigné pour les machines ou les matériaux mis en œuvre dans son industrie¹¹⁹⁰. C'est la propriété de l'outil de travail, à l'époque particulièrement dangereux, qui justifie cette protection particulière du salarié. « Les ouvriers doivent, en effet, obéir aux ordres de leur maître, travailler dans les conditions qui leur sont prescrites, employer les instruments et les machines choisis et aménagés sans leur concours, occuper la place qui leur est désignée (...) On ajoute que l'augmentation considérable du nombre des machines, l'importance de plus en plus

¹¹⁸⁷ S. Simitis, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », *op. cit.*, p. 657.

¹¹⁸⁸ Lors de la révolution industrielle, le travail s'est dissocié du capital. Cette dissociation, engendre une opposition qui entre le capital et le travail qui marquera toute l'histoire sociale. Le salarié n'est plus propriétaire de ses outils de travail. Cette donnée est rendue nécessaire par l'industrialisation vu les importants investissements requis par les manufactures et usines. Le fait de ne plus être maître de la production met le travailleur en situation de « subordination » et lui enlève tout droit de décision. J.-L. Putz, *Aux origines du droit du travail – Législation, libertés et acteurs : Éléments de réflexion sur la genèse et sur l'état actuel du droit du travail luxembourgeois*, Primento, 2014, p. 14.

¹¹⁸⁹ Là où est le profit, là est la charge. L. Boyer et H. Roland, *Adages du droit français, 4e édition*, 4e éd., Paris, Lexis Nexis, 1999, p. 948.

¹¹⁹⁰ La théorie du risque professionnel fut soumise pour la première fois à la Chambre des députés dans une proposition de Félix Faure, le 11 février 1882. « Par principe l'employeur assure en toutes hypothèses la réparation des dommages corporels causés à son personnel par une exploitation dont il est le seul à encaisser le profit » pouvait-on lire dans le Journal des Économistes du 15 mars 1888. La loi du 9 avril 1898 crée finalement un régime spécial de responsabilité sans faute, en marge des principes définis par le Code civil. Le salarié victime d'un accident du travail peut alors demander une réparation, sans avoir à prouver la faute de son employeur. L'indemnisation est forfaitaire, suivant un système complexe, qui constitue un régime dérogoatoire au principe de droit commun de réparation intégrale du dommage.

grande du travail mécanique ont modifié la situation dans des conditions telles qu'une législation nouvelle devait s'imposer »¹¹⁹¹. Ce texte fondateur de la législation sociale adapte la France à la réalité industrielle et redéfinit un contrat de travail moderne : la subordination du salarié dans un cadre matériel stricte en échange de sa sécurité¹¹⁹². Cette idée est directrice car elle guide toujours le fonctionnement des entreprises qui fournissent les outils informatiques de travail aux salariés et doivent répondre de leurs mésusages.

353. Responsabilité de l'employeur - Au temps et au lieu de travail, le problème essentiel reste le contrôle des courriels, dossiers et connexions internet. La responsabilité de l'employeur peut être engagée pour les actes de ses salariés¹¹⁹³ commis sur le lieu de travail, au moyen des outils informatiques et de communications électroniques mis à leur disposition dans un cadre professionnel¹¹⁹⁴. Le salarié étant censé travailler pour son employeur, la chambre sociale a donc très logiquement créé une présomption (simple) d'utilisation professionnelle des TIC¹¹⁹⁵ (1). En conséquence, l'employeur peut mettre en place des dispositifs de contrôle de ses salariés, afin de réduire les risques d'engagement de sa responsabilité¹¹⁹⁶. Toutefois, le contrôle sur le lieu de travail se heurte à la barrière constituée de la vie privée du salarié, protégée par la loi¹¹⁹⁷, même au sein de l'entreprise (2). Lorsque les circonstances l'imposent la « vie privée résiduelle » pourra être elle-même limitée (3).

1) Présomption du caractère professionnel

354. Principe - Toute utilisation des moyens informatiques ou de communication de l'entreprise est présumée professionnelle. L'ordinateur mis à la disposition des salariés pour l'exercice de leurs fonctions constitue un outil de travail, qui doit être utilisé conformément aux directives de l'employeur et qui ne peut être détourné de son usage professionnel. Ce principe a été affirmé et réaffirmé par la Cour de Cassation sur de

¹¹⁹¹ P. Jacqmin et R.-L. Ertaintot, *Loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, droits des patrons et ouvriers*, Paris, E. Plon, Nourrit et Cie, 1899, p. 3.

¹¹⁹² Infra. Partie 1, titre 1, chapitre 1, section 2, I : « la prestation subordonnée ».

¹¹⁹³ Dans les conditions posées par l'art. 1384 al. 5 du C. civ.

¹¹⁹⁴ A. Lienhard, « Responsabilité de l'entreprise dont un salarié crée un site web personnel illicite, CA Aix-en-Provence, 13 mars 2006, n° 03/15440 », *Dalloz actualité*, mai 2006.

¹¹⁹⁵ J.-E. Ray et J.-P. Bouchet, « Vie professionnelle, vie personnelle et TIC », *Dr. soc.*, 2010, p. 44.

¹¹⁹⁶ Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2 : « la protection de la santé ».

¹¹⁹⁷ C. civ. art. 9 et art. 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen.

nombreuses thématiques. En conséquence, l'employeur peut consulter l'ensemble de ces éléments dès lors qu'ils présentent un caractère professionnel. Ce principe permet la mise en place par l'employeur d'outils de cybersurveillance¹¹⁹⁸. Il conviendra cependant de porter à la connaissance des salariés l'existence d'un tel dispositif¹¹⁹⁹, dans le respect des dispositions du Code du travail, en particulier par l'information et la consultation préalable du comité d'entreprise¹²⁰⁰.

355. Critère de la mise à disposition - Par deux décisions en date du 18 octobre 2006, la Cour de Cassation a posé le principe selon lequel : « les dossiers, fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors de sa présence »¹²⁰¹. Au titre de son pouvoir de contrôle, l'employeur bénéficie ainsi d'un droit d'accès au contenu du disque dur de l'ordinateur qu'il met à disposition de ses salariés. Dans la seconde espèce, un salarié avait été licencié pour faute lourde après la découverte dans son bureau de documents provenant de son précédent employeur, estimés confidentiels et dont la présence indue était susceptible, selon la lettre de licenciement, d'engager la responsabilité de l'entreprise. Les documents détenus par le salarié dans le bureau de l'entreprise mis à sa disposition sont, sauf lorsqu'il les identifie comme étant personnels, présumés avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence¹²⁰².

356. Indifférence de la nature du support - Les documents détenus par le salarié sur son lieu de travail, qu'ils soient sous forme papier ou de fichiers informatiques, sont présumés avoir un caractère professionnel et l'employeur peut en prendre connaissance librement. La jurisprudence est la même quelle que soit la qualité des supports de conservation de l'information. « L'employeur a librement accès aux documents professionnels que le salarié détient sur ou dans son bureau, à savoir, à tous ceux qui ne sont pas identifiés comme personnels. Il peut donc en prendre connaissance même si

¹¹⁹⁸ Supra. Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 1, II : « les principaux outils de surveillance ».

¹¹⁹⁹ C. trav. art. 1222-4.

¹²⁰⁰ Supra. Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 1, I : « les fondements légaux ».

¹²⁰¹ Cass. soc., 18 oct. 2006, pourvoi n°04-48.025, Bull. civ., V, n°308.

¹²⁰² Cass. soc., 18 oct. 2006, pourvoi n°04-47.400, Bull. civ., V, n°308.

l'intéressé est absent. Il pourrait même s'en servir, si besoin, pour prouver une faute du salarié »¹²⁰³.

357. Temps et lieu de l'entreprise – Selon la jurisprudence, le message envoyé par le salarié aux temps et lieu du travail, qui est en rapport avec son activité professionnelle, ne revêt pas un caractère privé et peut être retenu au soutien d'une procédure disciplinaire à son encontre. L'employeur qui constate que le salarié l'a insulté dans un courriel et annoncé son absence non autorisée alors même qu'il venait de faire l'objet d'une mise à pied disciplinaire pour des absences injustifiées, peut prononcer le licenciement pour faute grave du salarié¹²⁰⁴. En l'espèce, l'entreprise disposait d'un dispositif de surveillance des messages électroniques, l'employeur a été informé du contenu du courriel. Cette jurisprudence s'applique à toutes les communications. Ainsi le message laissé par le salarié sur un téléphone portable professionnel d'une de ses collègues «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 »¹²⁰⁵. De la même façon, 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 présence¹²⁰⁶. Ce critère est toutefois de plus en plus remis en cause par les télétravailleurs. En effet, les travailleurs nomades, souvent des cadres à forte activité intellectuelle, immatérielle n'ont plus à proprement parlé de temps et d'espace de travail¹²⁰⁷.

358. Caractère professionnel de l'adresse électronique - Il a également été jugé que l'adresse électronique avait par principe un caractère professionnel. Les messages émis ou reçus à partir de la messagerie électronique professionnelle présentent un caractère professionnel sauf à avoir été identifiés comme personnels par le salarié¹²⁰⁸. La Cour de Cassation est même allée plus loin : dans une affaire où un salarié avait utilisé les moyens informatiques mis à sa disposition par son employeur pour exercer une activité

¹²⁰³ *Ibid.*

¹²⁰⁴ *Cass. soc.*, 2 fév. 2011, pourvoi n°09-72.313, inédit.

¹²⁰⁵ *Cass. soc.*, 28 sept. 2011, pourvoi n°10-16.995, inédit.

¹²⁰⁶ *Cass. soc.*, 9 juil. 2008, pourvoi n°06-45.800, *Bull. civ.*, V, n°150.

¹²⁰⁷ *Supra*. Partie 1, titre 2, chapitre 1 : « l'espace temps numérique de travail ».

¹²⁰⁸ *Cass. soc.*, 30 mai 2007, pourvoi n°05-43.102, inédit.

concurrente, la Cour d'appel de Chambéry a jugé que « les correspondances électroniques exploitées par l'employeur de madame O. pendant son arrêt de travail n'ont pas de caractère privé, dès lors qu'elles révèlent des échanges ou des tractations avec des tiers dans le domaine purement professionnel où évolue précisément l'appelante, le tout par le biais de l'adresse officielle de l'entreprise »¹²⁰⁹. La boîte mail professionnelle du salarié est donc un espace de stockage comme un autre et l'employeur pourra donc y accéder pour contrôler l'activité de ses salariés y compris en dehors de leur temps de travail.

359. **Le droit de lire les SMS** - Aux termes de l'arrêt en date du 10 février 2015¹²¹⁰, la Cour de cassation applique sa jurisprudence bien établie à la question de la production des SMS d'un salarié adressés par le biais du téléphone professionnel. L'utilisation des SMS ne peut être considérée comme un « processus déloyal » ni « être assimilée à l'enregistrement d'une communication téléphonique privée effectuée à l'insu de l'auteur des propos ». Conséquence, les SMS envoyés « sont présumés avoir un caractère professionnel ». Autrement dit, ils n'ont rien de privé, et l'employeur peut les lire sans en informer le salarié. L'employeur peut d'abord vérifier directement les SMS en prenant le téléphone professionnel. Mais il peut aussi installer un logiciel dans chaque téléphone pour extraire les SMS à distance, consulter les messages vocaux, les appels. Les interrogations sont multiples quant à la portée de cette mention du caractère « personnel » et quant à la protection de la vie privée du salarié¹²¹¹. La difficulté se sera, dès lors, pour le salarié de rapporter la preuve du caractère personnel d'un SMS. En effet, comment identifier un SMS comme étant personnel si par définition il ne comporte pas de champ « objet » ? La seule solution est d'y intégrer une mention les identifiant comme personnels, par exemple en les faisant commencer par les mots « personnel » ou « perso ». Tout d'abord, ce n'est donc logique, puisque ce n'est qu'en prenant connaissance du contenu de ce dernier que l'employeur peut découvrir son caractère personnel... Ensuite, cette solution est contraignante pour des messages courts qui, contrairement aux emails, ne comportent pas de champ « objet »¹²¹². Il revient donc au salarié d'être vigilant dans l'utilisation d'un téléphone professionnel car tout ce qu'il

¹²⁰⁹ CA Chambéry, 6 novembre 2003.

¹²¹⁰ Cass. com., 10 fév. 2015, pourvoi n°13-14.779, en cours de publication.

¹²¹¹ X. Orgerit, « La production en justice par l'employeur des SMS reçus par ses salariés », *La Revue des droits de l'homme*, 2 avril 2015. En ligne sur : <http://revdh.revues.org/1080>.

¹²¹² P. Adam, « SMS, vie privée et portable professionnel : histoire (courte) d'un Homme « sans territoire » », *RDT*, 2015, p. 191.

dira pourra être retenu contre lui. « Une autre solution, plus radicale : réserver les communications privées au téléphone personnel »¹²¹³.

360. Caractère professionnel des espaces numériques professionnels – Par analogie tous les espaces professionnels appartenant à l'entreprise ou mis en œuvre par l'entreprise sont par principe professionnels. Tel est par exemple le cas des espaces d'échanges comme les réseaux sociaux d'entreprise, les forums, les « wiki »¹²¹⁴, ou les espaces de conversation instantanée. La particularité de ces outils est justement leur aspect « instantané », c'est-à-dire que les utilisateurs ont tendance à réagir très rapidement aux messages reçus. Cette spontanéité peut faire courir un risque aux salariés et à l'entreprise puisque les écrits engagent plus que les paroles. Le succès de ces outils étant croissant il est nécessaire de prévenir les contentieux à travers des chartes spécifiques. Il faut prévoir de manière précise et simple ce que le salarié peut faire et dire et ce qu'il ne peut pas dire ou faire.

2) *La vie privée résiduelle*

361. Construction jurisprudentielle - La Cour de Cassation, dans son arrêt fondateur dit arrêt Nikon¹²¹⁵ a posé le principe du respect de la vie privée même dans la sphère professionnelle aussi appelé « vie privée résiduelle ». Ainsi tout 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 ». La Cour de Cassation dispose ensuite, que « l'employeur ne peut, 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 ». Le non-respect de la vie privée du salarié est sanctionné notamment par l'article 226-15 du Code pénal, en cas de violation du secret des correspondances. Cette liberté, ou plutôt cette tolérance est toutefois strictement encadrée.

¹²¹³ Attention, votre employeur a désormais le droit de fouiller dans les SMS de votre téléphone pro!, <http://www.metronews.fr/info/attention-votre-employeur-a-desormais-le-droit-de-fouiller-dans-les-sms-de-votre-telephone-pro/mobs!1pxxsNP7VEA/>, consulté le 20 février 2015.

¹²¹⁴ Un Wiki est un site web dynamique dont tout visiteur peut modifier les pages à volonté. Il permet donc de communiquer ses idées rapidement. Le principe est simple : il s'agit d'un modèle coopératif de rédaction de documents. Concrètement, n'importe quel visiteur a la possibilité de modifier la page qu'il est en train de lire. Les modifications sont ensuite enregistrées et toutes les versions historiques restent accessibles (comme dans un logiciel de gestion de versions). <http://www.dicofr.com/>

¹²¹⁵ Cass. soc., 2 oct. 2001, pourvoi n°99-42.942, Bull. civ., V, n°291, op. cit.

362. **Absence d'interdiction absolue** – Envoyer des courriels personnels par le biais de sa messagerie professionnelle, ou profiter de l'accès à Internet de son entreprise pour acheter des billets de train pour ses prochaines vacances, n'est pas un droit. L'utilisation personnelle des outils informatiques de l'entreprise est tolérée par les tribunaux si elle reste raisonnable et n'affecte pas la sécurité ou la productivité. L'arrêt Nikon pose comme règle que l'employeur ne peut pas interdire de manière absolue un usage privé des outils mis à disposition des collaborateurs et qu'il doit tolérer un usage privé, limité et justifié. En somme, il est « interdit d'interdire » toute immixtion de la sphère personnelle dans la sphère professionnelle. Une interdiction générale et absolue à des fins autres que professionnelles « ne paraît pas réaliste dans une société de l'information et de la communication »¹²¹⁶. Une logique dont la CNIL s'est faite le défenseur. Pour être valide, la charte des usages informatiques de l'entreprise doit par exemple obligatoirement autoriser l'usage personnel d'Internet sur le lieu de travail dans les limites du « raisonnable », au nom du droit à sa liberté résiduelle¹²¹⁷. Si la charte ne respecte pas ce droit, elle est caduque. La CNIL ne définit en revanche pas ce qu'est un usage raisonnable et laisse le soin aux juges de le délimiter¹²¹⁸.

363. **Périmètre de la privée résiduelle** - La Cour d'appel de Rennes est venue préciser le périmètre de la vie privée résiduelle en la limitant à quatre attributs spécifiques que sont la vie sentimentale, la santé, la vie sexuelle et la vie financière. « L'infraction de révélation de correspondance, telle que prévue à l'article 432-9 du code pénal n'est pas constituée en l'espèce, dès lors qu'il est démontré, tout d'abord, que le document litigieux a été rédigé et saisi sur un site professionnel non réglementé et qu'il est ainsi a priori de caractère professionnel, sauf à ce que son contenu intéresse de manière évidente la vie privée de son auteur dans les aspects que la loi protège de manière privilégiée, à savoir la santé, le patrimoine et la vie affective ou sexuelle, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, étant considéré ensuite que le caractère mixte du document repose sur le fait qu'il exprime des opinions personnelles du rédacteur relatives à l'organisation du service auquel il appartient, d'autre part, que ce même rédacteur répond de façon strictement pratique à une sollicitation du destinataire concernant le fonctionnement matériel de ce même service ; enfin, étant considéré qu'il ressort du ton

¹²¹⁶ « Messagerie et internet : droits des salariés et pouvoirs de l'employeur », *LQS*, n° 169, août 2009, p. 65.

¹²¹⁷ CNIL, *Les outils informatiques au travail*, 2013.

¹²¹⁸ C. Fleuriot, « Utilisation d'internet dans l'entreprise : cadre juridique », *Dalloz actualité*, 18 novembre 2011.

employé et de la restriction d'une réponse faite au seul expéditeur d'un message général, que la correspondance est bien d'essence professionnelle »¹²¹⁹. On peut ici s'étonner de l'absence de mention de la foi ou des opinions politiques et syndicales¹²²⁰. Par ailleurs, les juges doivent circonscrire ce qui appartient au domaine de la vie privée y compris lorsqu'on touche aux domaines mentionnés par cet arrêt. Il n'y a pas de protection absolue. Ainsi, une décision de la Cour de cassation du 19 mai 2004 a décidé que la consultation et l'animation d'un site pédopornographique n'en faisaient pas partie¹²²¹. Un tel comportement justifie le licenciement, et ce, d'autant plus lorsque le salarié fait courir à son employeur des risques de poursuites pénales¹²²².

3) *Limites à la protection de la vie privée*

364. **Intrusions dans la vie privée résiduelle** - La délimitation entre sphère personnelle et professionnelle se révèle parfois délicate notamment lorsque le salarié est absent et qu'il y a une urgence dans l'entreprise¹²²³. Dans ce cas, l'employeur peut-il consulter les documents sans en avertir le salarié ? Tout dépend de la nature des messages. Si le message est clairement identifié comme étant personnel, par exemple, si l'objet du message précise clairement qu'il s'agit d'un message privé ou personnel, l'employeur ne doit en principe pas en prendre connaissance. Il doit respecter le secret des correspondances. Lorsque le salarié identifie un document comme personnel, l'espace de stockage s'apparente à un casier où le salarié dépose ses effets personnels. Ce droit à une vie privée résiduelle n'empêche toutefois pas l'employeur d'avoir accès aux documents ou adresses électroniques identifiés comme privés, notamment si l'utilisateur donne son consentement, ou en cas d'absence s'il a été dûment appelé, et en cas de risque grave et imminent pour la sécurité, la continuité du service, ou qu'un risque grave de voir sa responsabilité est engagée¹²²⁴. La Cour de Cassation transpose aux fichiers informatiques les mêmes règles qu'en matière de fouille des salariés¹²²⁵.

¹²¹⁹ *CA Rennes, 14 janv. 2010, n°08/02209.*

¹²²⁰ *Supra.* Partie 2, titre 1, chapitre 1, section 1, II : « l'identité des salariés en ligne ».

¹²²¹ *Cass. crim., 19 mai 2004, pourvoi n°03-83.953, Bull. crim., n°126, Gaz. Pal. 10-12 oct. 2004, p. 44, note S. Adjali.*

¹²²² D. Castel, « Abus de virtuel, sanctions bien réelles ! », *op. cit.*, p. 40.

¹²²³ H. Hasnaoui, « Les correspondances du salarié », *RDT*, 2012, p. 545.

¹²²⁴ J.-E. Ray, « L'ouverture par l'employeur des dossiers personnels du salarié », *Dr. soc.*, 2005, p. 789.

¹²²⁵ *Cass. soc., 15 avr. 2008, pourvoi n°06-45.902, Bull. civ., V, n°85.*

365. **Justification** - La vie privée est protégée, par l'article 9 du Code civil « chacun a droit au respect de sa vie privée » et par l'article 226-1 du Code pénal, qui sanctionne certaines atteintes à la vie privée. Elle est également constitutionnellement garantie¹²²⁶. La violation d'une liberté fondamentale doit être sanctionnée par la nullité. Toutefois, l'article L1121-1 du code du travail mentionne que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Cet article introduit une brèche avec une double condition : la restriction doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.

366. **Principe de proportionnalité** - Le rapport de subordination du salarié sur son lieu de travail ne saurait justifier des mesures disproportionnées de contrôle ou de surveillance. Sans qu'il s'agisse de nouvelles technologies ou d'ordinateurs, il a été jugé que l'ouverture des armoires et vestiaires mis à la disposition des salariés pour en contrôler l'état et le contenu sans information préalable des salariés concernés et hors leur présence, excédait l'étendue des restrictions que l'employeur pouvait légalement apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles¹²²⁷. Pour Pierre Lyon-Caen, « à partir du moment où vous avez reconnu l'atteinte portée à une liberté individuelle, quelle que soit celle-ci, et où vous vous êtes assurés que la restriction qui y a été apportée n'est pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, ce qui vous permet de contrôler les abus qui pourraient être commis aussi bien par le salarié que par l'employeur - vous devez constater la cause illicite du licenciement et permettre au juge des référés de faire cesser le trouble que cause l'atteinte portée à cette liberté individuelle et aux droits des personnes en ordonnant la poursuite de la relation contractuelle...ne serait-ce qu'à titre conservatoire, jusqu'à ce que le juge du fond, s'il est saisi, puisse se prononcer »¹²²⁸. L'employeur doit être particulièrement vigilant, la nullité entraînant en principe la réintégration du salarié. Lorsque la réintégration n'est pas demandée, ou que la réintégration est impossible, l'employeur devra en plus des indemnités pour licenciement sans cause, une indemnité à

¹²²⁶ « La méconnaissance du droit à la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle énoncée à l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme de 1789 ». *CC.*, 18 janv. 1995, *déc. n° 94-352 DC*, *JO 21 janvier 1995*, p. 154, *Rec.*, p. 170.

¹²²⁷ *CE*, 12 juin 1987, *req. n° 72388*, *publié au Rec. Lebon*.

¹²²⁸ *Avis de M. Lyon-Caen Avocat général - L'atteinte portée à la liberté de se vêtir constitue-t-elle un trouble manifestement illicite ?*, http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/lyon_caen_7940.html.

titre de dommages intérêts¹²²⁹. La difficulté pour l'employeur tient à l'appréciation subjective de la justification.

367. **Continuité du service** – L'accessibilité de l'information constitue un aspect important de la continuité d'activité. Une entreprise doit pouvoir disposer des informations utiles en permanence, sans interruption conséquente. Dans la jurisprudence administrative, le principe de continuité des services publics s'est révélé à l'occasion d'une grève des agents. Ainsi le Conseil d'État sanctionne en 1909 le fait de grève en invoquant la continuité du service public pour les agents publics concernés¹²³⁰. En droit privé, le congé ne doit pas avoir pour conséquence de perturber le fonctionnement de l'entreprise¹²³¹. Mais est-ce qu'il justifie d'accéder à l'espace résiduel privé du salarié au travail ?

368. **Évènement particulier et risque** – En cas de « risque ou d'évènement particulier », la Cour de cassation semble admettre la validité d'un contrôle réalisé en l'absence du salarié, sans même qu'il ait été prévenu. Dans un arrêt du 17 juin 2009, la Cour de Cassation a considéré que « sauf risque ou évènement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers du salarié identifiés comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou si celui-ci a été dûment appelé »¹²³². Que faut-il entendre par « risque ou évènement particulier » ? D'une part, le risque, défini par Gérard Cornu, désigne un « évènement dommageable dont la survenance est incertaine, quant à sa réalisation ou à la date de cette réalisation », il « se dit aussi bien de l'éventualité d'un tel évènement en général, que de l'évènement dont la survenance est envisagée »¹²³³. D'autre part, « l'évènement particulier » désigne un évènement qui n'est pas habituel. La pertinence de l'expression est donc toute relative, toutefois l'analyse de la jurisprudence permet d'enrichir sa définition. Il peut s'agir, par exemple, d'actes de déloyauté à l'intérieur d'une entreprise. À charge pour l'employeur de le justifier. La Cour de Cassation a considéré que pouvait constituer un évènement particulier « l'envoi de lettres anonymes faisant état de courriels ultras confidentiels et verrouillés et accompagnés de la copie de tels courriels, lesquels avaient en plus comme libellé les mots « sécurité sureté » ce dont il

¹²²⁹ Cass. soc., 21 sept. 2005, pourvoi n°03-44.855, Bull. civ., V, n°262.

¹²³⁰ CE, 7 août 1909, Winkell, Rec., p. 826.

¹²³¹ A. Amir-Aslani, « Les congés face aux nécessités du service », *Gaz. Pal. santé-social*, n° 53-54, juillet 2009, p. 48-50.

¹²³² Cass. soc., 17 juin 2009, pourvoi n°08-40.274, Bull. civ., V, n°153.

¹²³³ G. Cornu, P. Malinvaud et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 922.

résultait que les systèmes de cryptage et de protection des données de l'entreprise avaient été forcés et ce en méconnaissance de sa charte informatique »¹²³⁴. La cour d'appel avait ordonné, à l'employeur d'organiser une enquête avec les délégués du personnel sur les conditions dans lesquelles avaient été consultées et exploitées les messageries de dix-sept salariés après l'envoi de lettres anonymes à la direction et notamment de rechercher si des messages qualifiés de personnels avaient été ouverts. La notion de risque ou d'événement particulier n'ayant pas fait l'objet d'une jurisprudence abondante, il faut rester prudent et veiller à toujours prévenir l'intéressé tant que les circonstances le permettent¹²³⁵.

369. **Pouvoir de l'administrateur** – Évoquant dans cet arrêt du 17 juin 2009 un « incident de sécurité », la Chambre sociale admet que l'administrateur puisse agir dans le cadre de sa mission. Il peut donc « rechercher si des messages qualifiés de personnels ou pouvant, par leur classement, être considérés comme tels avaient été ouverts dans le seul cadre de la mission confiée à l'administrateur réseau ou s'ils l'avaient été par l'employeur ». Le rôle de l'administrateur réseau étant d'assurer le bon fonctionnement et la sécurité des réseaux et systèmes, cet informaticien accède parfois à des informations personnelles pour accomplir sa mission. Comme le rappelle la CNIL, cet accès « ne peut être justifié que dans les cas où le bon fonctionnement des systèmes informatiques ne pourrait être assuré par d'autres moyens moins intrusifs »¹²³⁶. La Cour et la CNIL reconnaissent implicitement un droit d'accès de l'administrateur aux messages personnels. Sauf à définir clairement le « risque ou l'événement particulier » justifiant une telle atteinte, l'administrateur réseau est finalement relativement libre de consulter les fichiers personnels des salariés. « Dans la pratique comment un employeur est-il avisé de l'utilisation délinquante d'un ordinateur professionnel ? Parfois sans doute le hasard », dénonce non sans malice Gilles Bélier¹²³⁷. Comment un salarié de ces services peut résister à une demande de son employeur sur la communication de renseignements sur une correspondance privée qui déclenchera à postériori les procédures autorisées par le droit pour confondre le salarié ? De la même façon comment l'employeur peut garantir l'intégrité d'une information ? Dans les grands groupes industriels, les

¹²³⁴ Cass. soc., 17 juin 2009, pourvoi n°08-40.274, Bull. civ., V, n°153, op. cit.

¹²³⁵ P.-H. Antonmattei, J. Barthélemy, M. Morand, G. Vachet et P.-Y. Verkindt, *L'année de droit social 2009*, Wolters Kluwer France, 2010, p. 80.

¹²³⁶ Guide pour les employeurs et les salariés, 2008, p. 22, en ligne www.cnil.fr.

¹²³⁷ G. Bélier, « Le tumulte des NTIC et des libertés », dans *13 paradoxes en droit du travail*, Wolters Kluwer France, 2012, p. 235-239.

documents confidentiels ne passent déjà plus par les messageries internes pour des raisons de sécurité... En réalité, la protection de la sphère résiduelle privée sur le matériel de l'employeur est purement théorique, sauf à démontrer qu'une telle situation est techniquement impossible. La protection des données passe vraisemblablement par un statut particulier de l'administrateur réseau.

370. Autorisation du juge – Sauf risque ou évènement particulier, l'employeur ne doit pas ouvrir les messages personnels du salarié en dehors de sa présence, en pareil cas, il ne peut que saisir le juge aux fins qu'il nomme un huissier. La Chambre sociale de la Cour de Cassation a retenu, par un arrêt du 23 mai 2007, qu'un employeur peut demander au juge l'autorisation d'accéder aux courriels à caractère privé de son salarié par l'intermédiaire d'un huissier¹²³⁸. En effet, 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 sollicités¹²³⁹. Dans son communiqué la Cour de Cassation souligne que « le principe posé par la jurisprudence Nikon doit donc se concilier avec les moyens procéduraux légitimes offerts à l'employeur par l'article 145 précité et garantissant, sous les conditions qu'il édicte, l'intervention et le contrôle du juge, avec les recours inhérents à une procédure juridictionnelle, tous éléments différenciant fondamentalement la mesure prise d'une investigation à laquelle aurait unilatéralement et personnellement procédé l'employeur, et qui reste interdite ». Cet arrêt de principe met fin aux difficultés pour l'employeur d'établir et de prouver la déloyauté de son salarié. Deux conditions doivent toutefois être respectées : l'employeur doit avoir « des motifs légitimes de suspecter » son salarié (en l'espèce l'employeur soupçonnait son salariés d'actes de concurrence déloyale) et l'huissier doit remplir sa mission en présence du salarié. Nul ne contestera à l'entreprise les moyens de se défendre lorsque ses intérêts, souvent vitaux, sont menacés, notamment par l'utilisation des NTIC. Mais parallèlement nul ne contestera la nécessité d'assurer efficacement la protection de la vie privée du salarié contre les dangers que font courir ces mêmes technologies¹²⁴⁰.

¹²³⁸ Infra. Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 2 : « la loyauté et la licéité de la preuve ».

¹²³⁹ Cass. soc., 23 mai 2007, pourvoi n°05-17.818, Bull. civ., V, n°84.

¹²⁴⁰ R. de Quenaudon, « Intérêt de l'entreprise et vie privée du salarié : une protection inégale ? », *RDT*, 2007, p. 590.

B. L'usage personnel des moyens informatiques de l'entreprise

371. **Droit au respect de sa vie privée** - Le Code civil pose le principe selon lequel « chacun a droit au respect de sa vie privée »¹²⁴¹, principe qui trouve également application sur le lieu de travail, comme l'a indiqué la Cour de cassation dans son arrêt de principe¹²⁴². La notion de vie privée résiduelle correspond à l'ensemble des éléments qui ne sont pas présumés présenter un caractère professionnel : il s'agit des éléments identifiés comme « privés »¹²⁴³. Toute la difficulté réside alors pour l'employeur dans la manière dont il identifie les courriers électroniques, dossiers et fichiers personnels, qui ne peuvent en principe pas être soumis à son contrôle puisqu'ils ne présentent pas un caractère professionnel (1). S'il est acquis que le salarié a droit au respect de sa vie privée au travail, ce droit ne saurait, lui permettre de faire un usage abusif des outils mis à sa disposition par l'employeur (2).

1) Identifier la vie privée résiduelle

372. **Identification des documents** - Qu'est-ce qu'un fichier personnel ? Afin que les documents, messages, fichiers et autres aient un caractère privé opposable à l'employeur, il revient à l'utilisateur de les identifier comme privés aussi bien pour les éléments stockés, que les courriers électroniques entrants ou sortants. Généralement, le terme utilisé pour identifier le caractère personnel est « privé » ou « personnel ». La jurisprudence est très stricte en la matière. D'un point de vue pénal, l'employeur ne peut pas être sanctionné au titre du délit de violation de correspondance¹²⁴⁴ si le courrier ouvert n'indique pas son caractère personnel¹²⁴⁵. Il n'est pas toujours facile pour l'employeur d'identifier ce qui est privé dans les messages du salarié.

373. **Nommage des documents** - La jurisprudence précise régulièrement ce qui n'est pas couvert par le droit à la vie privée résiduelle. Par exemple, un dossier identifié par les seules initiales du salarié n'est pas un fichier personnel pour la jurisprudence. De même qu'un répertoire désigné par le prénom du salarié. Ainsi, viole les articles 9 du code civil et 9 du code de procédure civile la cour d'appel qui considère qu'un répertoire

¹²⁴¹ C. civ. art. 9.

¹²⁴² Cass. soc., 2 oct. 2001, pourvoi n°99-42.942, Bull. civ., V, n°291, op. cit.

¹²⁴³ C. Mathieu-Geniaut, « L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question », *Dr. soc.*, 2006, p. 848.

¹²⁴⁴ C. pén. art. 226-15.

¹²⁴⁵ Cass. crim., 16 janv. 1992, pourvoi n°88-85.609, inédit.

intitulé « JM » ne peut être ouvert en l'absence du salarié au motif que ces initiales correspondraient à celles du prénom du salarié, alors qu'il ne résulte pas de ces seules constatations qu'il était identifié comme personnel¹²⁴⁶. La Cour de cassation a également eu l'occasion de se prononcer sur des fichiers nommés « mes documents ». Cette seule dénomination à un fichier ne confère pas un caractère personnel. La Cour d'appel qui a jugé qu'il ne pouvait être ouvert en dehors de la présence du salarié a violé les articles 9 du code civil et 9 du code de procédure civile¹²⁴⁷. La jurisprudence qui vaut pour les courriers électroniques vaut d'ailleurs également pour les courriers papiers. « La Cour d'appel ayant constaté que les enveloppes des lettres reçues par la salariée ne comportaient aucune mention les identifiant comme personnelles ou confidentielles en a justement déduit qu'elles pouvaient être régulièrement ouvertes par l'employeur »¹²⁴⁸. A ce titre, « la dénomination donnée au disque dur lui-même ne peut conférer un caractère personnel à l'intégralité des données qu'il contient ; que la cour d'appel, qui a retenu que la dénomination « *D:/données personnelles* » du disque dur de l'ordinateur du salarié ne pouvait lui permettre d'utiliser celui-ci à des fins purement privées et en interdire ainsi l'accès à l'employeur, en a légitimement déduit que les fichiers litigieux, qui n'étaient pas identifiés comme étant « *privés* » selon les préconisations de la charte informatique, pouvaient être régulièrement ouverts par l'employeur »¹²⁴⁹.

374. Fichiers enregistrés sur le disque dur - Qu'en est-il enfin, lorsque le salarié transfère et enregistre sur son ordinateur de travail un courriel et des fichiers reçus sur sa messagerie personnelle ? Le fait que des courriels et fichiers enregistrés sur le disque dur de l'ordinateur de travail d'un salarié émanent initialement de la messagerie électronique personnelle du salarié ne suffit pas pour les identifier comme personnels. « Des courriels et fichiers intégrés dans le disque dur de l'ordinateur mis à disposition du salarié par l'employeur ne sont pas identifiés comme personnels du seul fait qu'ils émanent initialement de la messagerie électronique personnelle du salarié »¹²⁵⁰. La solution s'inscrit dans la logique de la jurisprudence tendant à étendre le droit de contrôle de l'employeur à tout ce qui est stocké sur l'ordinateur de travail du salarié et à restreindre la notion « d'identification personnelle » des courriels et fichiers¹²⁵¹.

¹²⁴⁶ Cass. soc., 21 oct. 2009, pourvoi n°07-43.877, Bull. civ., V, n°226.

¹²⁴⁷ Cass. soc., 10 mai 2012, pourvoi n°11-13.884, Bull. civ., V, n°135.

¹²⁴⁸ Cass. soc., 11 juil. 2012, pourvoi n°11-22.972, inédit.

¹²⁴⁹ Cass. soc., 4 juil. 2012, pourvoi n°11-12.502, inédit.

¹²⁵⁰ Cass. soc., 19 juin 2013, pourvoi n°12-12.138, Bull. civ., V, n°158.

¹²⁵¹ H. Hasnaoui, « Les correspondances du salarié », *op. cit.*, p. 545.

375. **Un périmètre conditionnel** – Les juges sont particulièrement rigoureux sur le nommage des fichiers concernés. Par exemple, ont été jugées comme ayant un caractère professionnel, les dénonciations adressées par mail par un salarié à divers organismes, puisque les courriels n’avaient pas été identifiés comme personnels. Les fichiers créés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail étant présumés avoir un caractère professionnel, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, une cour d'appel, qui a constaté que les fichiers ouverts par l'employeur étaient intitulés « essais divers, essais divers B, essais divers restaurés », en a justement déduit que n'ayant pas un caractère personnel, l'employeur, était en droit de les ouvrir hors de la présence de l'intéressé¹²⁵². De même, le fait qu'un courrier électronique soit en rapport avec l'activité professionnelle du salarié suffit à lui faire perdre son caractère de correspondance privée. « Nonobstant les relations personnelles existant entre les intéressés, les correspondances litigieuses échangées entre deux salariés au temps et au lieu de travail, et portant sur un incident relatif à l'exécution par l'un d'eux de ses obligations professionnelles, ne revêtent pas un caractère privé et pouvaient être retenues au soutien d'une procédure disciplinaire »¹²⁵³.

376. **Messagerie personnelle** - Au travail, les courriers électroniques issus d'une messagerie personnelle sont personnels. La production de messages électroniques provenant de la messagerie personnelle d'un salarié, distincte de la messagerie professionnelle dont celui-ci disposait pour les besoins de son activité, porte atteinte au secret des correspondances et doit par conséquent être écartée¹²⁵⁴. Dans un arrêt du 7 avril 2016¹²⁵⁵, la Cour de cassation insiste sur la source immatérielle du message, en l'espèce la boîte personnelle du salarié, qui prime sur le support matériel de visualisation message (l'ordinateur professionnel du salarié). En l'espèce, une salariée, en arrêt maladie depuis 6 mois, avait été licenciée le 10 juin 2009 pour absence prolongée. Pour justifier ce licenciement, l'employeur s'était notamment appuyé sur un courrier électronique issu d'une messagerie électronique personnelle, accessible depuis le poste professionnel, qui révélait que la salariée avait cherché un autre emploi durant son absence. La Cour de cassation confirme, dans cet arrêt inédit, une solution adoptée

¹²⁵² Cass. soc., 15 déc. 2009, pourvoi n°07-44.264, Bull. civ., V, n°284.

¹²⁵³ Cass. soc., 2 fév. 2011, pourvoi n°09-72.449, inédit.

¹²⁵⁴ M. Kebir, « Preuve : courriers électroniques provenant de la messagerie personnelle du salarié », *Daloz actualité*, février 2016.

¹²⁵⁵ Cass. soc., 7 avril 2016, pourvoi n°14-27.949, inédit.

le 26 janvier de la même année¹²⁵⁶ « l'absence d'identification du caractère personnel dans l'intitulé ou le contenu ne suffit pas à présumer les courriels comme étant professionnels : il faut également s'assurer que le courriel n'est pas issu d'une messagerie personnelle, distincte de la messagerie professionnelle ». En d'autres termes, la présomption de professionnalité attachée aux fichiers et dossiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail cède désormais de deux manières. D'une part et de façon générale devant la précision subjective, c'est-à-dire l'identification formelle par le salarié de leur caractère personnel. D'autre part, pour les courriels, devant leur source objectivement personnelle, c'est-à-dire leur provenance d'une boîte personnelle distincte de la boîte professionnelle¹²⁵⁷. La Cour de cassation « navigue » entre le souci de protéger la vie privée du salarié et la nécessité de garantir le droit à la preuve de l'employeur. En effet, si les courriels issus d'une boîte personnelle sont extraits et intégrés sur le disque dur de l'ordinateur professionnel mis à disposition du salarié, ils perdent leur spécificité, retombant ainsi sur le régime général¹²⁵⁸.

377. **Les limites du nommage** - Malgré l'avancée que représente la jurisprudence Nikon, le nommage systématique des fichiers personnel par le salarié limite dans les faits la protection qui lui est accordée. Il appartient au salarié, s'il souhaite éviter le libre contrôle par l'employeur de courriels ou fichiers transférés depuis sa messagerie personnelle sur son ordinateur de travail, de les enregistrer sous une dénomination dépourvue d'ambiguïté telle que « fichier personnel » ou « message personnel » ou « message privé ». Mais paradoxalement titrer explicitement un courriel ou un dossier « Personnel » attire bêtement l'attention du DSI, voire des collègues de l'open-space qui pourraient profiter d'une courte absence pour s'amuser un peu¹²⁵⁹. Mieux vaut finalement pour le salarié ne pas utiliser le matériel mis à la disposition par son employeur ou en tout cas circonscrire l'utilisation de son adresse professionnelle à des échanges strictement professionnels et lui préférer une adresse mail privée consultable en ligne lorsqu'il souhaite faire usage de sa vie privée résiduelle au travail.

¹²⁵⁶ Cass. soc., 26 janv. 2016, pourvoi n°14-15.360, en cours de publication.

¹²⁵⁷ J. Icard, « La messagerie personnelle du salarié relève du secret des correspondances », *Les Cahiers Sociaux*, n° 285, mai 2016, p. 142.

¹²⁵⁸ Cass. soc., 19 juin 2013, pourvoi n°12-12.138, *Bull. civ.*, V, n°158, *op. cit.*

¹²⁵⁹ J.-E. Ray et J.-P. Bouchet, « Vie professionnelle, vie personnelle et TIC », *op. cit.*, p. 44.

2) *Sanctions de l'usage personnel*

378. **Usage abusif et abus de confiance** - Le droit à une vie privée résiduelle au temps et au lieu du travail, et à l'utilisation par le salarié des moyens de communication mis à sa disposition par l'employeur pour accomplir ses obligations contractuelles à d'autres fins, est encadré par la notion d'abus. La notion d'usage abusif doit être précisée, et distinguée de celle d'abus de confiance. L'utilisation personnelle des moyens informatiques de son entreprise en dehors du temps de travail peut constituer un usage abusif justifiant une sanction disciplinaire (b) mais ne constitue vraisemblablement pas un abus de confiance (a).

a. Abus de confiance

379. **Détournement d'un ordinateur** - L'abus de confiance est défini à l'article 314-1 du Code pénal comme étant « le fait pour une personne de détourner au préjudice d'autrui des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a accepté à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ». Dans un arrêt du 16 juin 2011, la Cour de cassation a rejeté les poursuites pénales pour abus de confiance à l'encontre d'un salarié¹²⁶⁰. Ce dernier avait usé de l'ordinateur mis à sa disposition par l'entreprise, pour élaborer un logiciel concurrent en faveur d'une autre société de laquelle il était associé. L'employeur faisait également valoir que ce salarié avait utilisé la connexion internet de l'entreprise pour réceptionner et envoyer des messages personnels rédigés sur son ordinateur, ayant pour objet ses projets au sein de la société concurrente. « Le détournement d'un ordinateur ou d'une connexion interne ne saurait être constitué par un usage privé ponctuel, qui n'est pas de nature à priver le légitime propriétaire de l'utilisation de son bien ni de le gêner dans l'exercice de ses propres prérogatives ». « En l'état de ces énonciations, et dès lors que l'usage abusif de la chose confiée est exclusif de tout détournement s'il n'implique pas la volonté du possesseur de se comporter, même momentanément, comme le propriétaire de la chose, la chambre de l'instruction a justifié sa décision confirmant l'ordonnance de non lieu ». Un usage privé ponctuel de l'ordinateur n'est pas de nature selon les juges à priver le légitime propriétaire de l'utilisation de son bien, ni de le gêner dans l'exercice de ses

¹²⁶⁰ Cass. crim., 16 juin 2011, pourvoi n°10-83.758, inédit.

prérogatives¹²⁶¹.

380. **Utiliser son temps de travail** - Autrefois limité aux meubles corporels, l'incrimination d'abus de confiance est également retenue pour les choses incorporelles. Dans un arrêt du 19 mai 2004¹²⁶², la chambre criminelle « incite les juristes (travailleurs comme pénalistes) à réfléchir à une problématique familière mais qui se trouve ici poussée à son extrême : au-delà de la procédure disciplinaire dont il fera l'objet, le salarié doit-il être coupable d'abus de confiance pour avoir consacré son temps de travail à une tâche autre que celle à laquelle il devait se dédier ? »¹²⁶³. En l'espèce, un salarié avait été condamné pour abus de confiance pour avoir utilisé la messagerie ouverte à son nom au sein de la société pour envoyer ou recevoir des courriers se rapportant à des thèmes sexuels et alimentant et consultant, depuis son ordinateur professionnel et aux heures de travail, un site internet à caractère pornographique qu'il avait créé. « Le salarié qui détourne l'adresse électronique comportant le nom de la société Nortel Europe et que cette association du nom d'une société renommée dans le monde de l'informatique à des activités à caractère pornographique ou échangiste a indéniablement porté atteinte à l'image de marque et à la réputation de l'entreprise ». Mais c'est « l'utilisation, par un salarié, de son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il perçoit une rémunération de son employeur (qui) constitue un abus de confiance »¹²⁶⁴. En d'autres termes, c'est le fait pour un salarié d'utiliser son temps de travail pour mener une activité extérieure qui s'analyse comme un détournement constitutif du délit pénal d'abus de confiance. Entre la notion d'abus de confiance et l'usage abusif, il semble que tout soit ici question d'appréciation. La cohérence de la décision tient aux liens privilégiés qui existent depuis toujours entre le délit d'abus de confiance et la relation individuelle de travail : « c'est parce que la relation de travail est irriguée par la confiance, associée à la nouvelle écriture libérale de l'article 314-1 du nouveau code pénal, que le salarié doit engager sa responsabilité pénale dans les circonstances de l'espèce »¹²⁶⁵. En droit du travail, la position de la chambre criminelle peut toutefois susciter des inquiétudes. Le salarié qui n'exécute pas sa prestation de travail engagera-t-il désormais sa responsabilité pénale pour abus de confiance ?

¹²⁶¹ N. Thomassin, « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », *D.*, 2012, p. 964.

¹²⁶² *Cass. crim.*, 19 mai 2004, pourvoi n°03-83.953, *Bull. crim.*, n°126, *Gaz. Pal.* 10-12 oct. 2004, p. 44, note S. Adjali, *op. cit.*

¹²⁶³ L. Saenko, « Abus de confiance par détournement du temps de travail du salarié », *Dr. soc.*, 2013, p. 1008.

¹²⁶⁴ *Cass. crim.*, 19 juin 2013, pourvoi n°12-83.031, *Bull. crim.*, n°145.

¹²⁶⁵ L. Saenko, « Abus de confiance par détournement du temps de travail du salarié », *op. cit.*, p. 1008.

b. *Usage abusif*

381. **Appréciation *in concreto*** - Les connexions Internet d'un salarié sont présumées avoir un caractère professionnel¹²⁶⁶. Même si l'usage personnel n'est pas prohibé par l'employeur, l'abus peut être sanctionné, le salarié étant rémunéré pour travailler et non pour « surfer ». Toutefois seule l'utilisation par le salarié des outils informatiques mis à sa disposition pendant son temps de travail, à des fins étrangères à l'activité de l'entreprise et relevant d'une certaine gravité pourra justifier son licenciement¹²⁶⁷. Les tribunaux apprécient aux cas par cas le caractère raisonnable ou déraisonnable de l'utilisation d'internet par le salarié à des fins non professionnelles pendant son temps de travail. Alors que l'appréciation *in abstracto* prend pour critère la référence à la notion de « raisonnable » du « bon père de famille », le juge prend ici en compte les circonstances¹²⁶⁸. Il pourra par exemple apprécier les fonctions occupées par le salarié dans l'entreprise, le temps de travail, ou le mode d'organisation du travail... Ce raisonnement est logique, car tous les salariés ne sont pas placés dans les mêmes conditions de travail. Par ailleurs, un salarié qui utilise la connexion internet de l'entreprise, pour des raisons personnelles pendant sa pause déjeuner ne peut pas être licencié dans la mesure où il ne commet pas d'abus dans l'utilisation des outils professionnels à des fins personnelles ; tandis qu'un salarié qui reste connecté toute la journée pour des raisons privées au détriment de son travail peut s'exposer à un licenciement.

382. **Comportements abusifs par nature** - Depuis l'ordinateur professionnel, le téléchargement illégal constitue un abus¹²⁶⁹. En revanche, si les fichiers n'ont pas été téléchargés depuis l'ordinateur professionnel, l'entreprise devra démontrer le trouble créé par la simple présence de ces fichiers sur l'ordinateur professionnel, par exemple si le salarié visionne des films pendant son temps de travail. Le fait pour un salarié d'utiliser la messagerie électronique que l'employeur met à sa disposition pour émettre, dans des conditions permettant d'identifier l'employeur, un courriel contenant des propos antisémites est nécessairement constitutif d'une faute grave rendant impossible le

¹²⁶⁶ Cass. soc., 9 juil. 2008, pourvoi n°06-45.800, Bull. civ., V, n°150, *op. cit.*

¹²⁶⁷ R. Kervadec et L. Bertrand, « Le salarié et les moyens informatiques à sa disposition », *Les Cahiers Lamy du CE*, n° 101, février 2011, p. 13.

¹²⁶⁸ N.D. de L. Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965, p. 293-294.

¹²⁶⁹ Cass. soc., 29 oct. 2014, pourvoi n°13-18.173, *inédit*.

maintien du salarié pendant la durée du préavis¹²⁷⁰. La cour d'appel, qui a constaté que dans des lettres adressées à des organismes sociaux et professionnels, le salarié jetait le discrédit sur l'employeur en des termes excessifs et injurieux, a pu en déduire qu'il avait ainsi manqué à ses obligations dans des conditions outrepassant sa liberté d'expression qui justifiaient la rupture immédiate du contrat de travail¹²⁷¹. La Chambre sociale a également considéré que relevait de la faute grave le fait pour un salarié d'avoir utilisé à des fins personnelles le matériel informatique de l'entreprise qu'il était chargé de surveiller en provoquant une panne¹²⁷².

383. Dissimulation, faute grave – La faute grave se définit comme un ou plusieurs faits imputables au salarié d'une telle gravité qu'ils ne permettent pas de maintenir le salarié dans l'entreprise pendant le préavis. Dans un arrêt du 21 septembre 2011¹²⁷³, la Cour de cassation a estimé que la consultation par un salarié, depuis son poste de travail, de nombreux sites « d'activité sexuelle et de rencontres » mais aussi d'un site destiné au téléchargement d'un logiciel permettant d'effacer les fichiers temporaires du disque dur constitue un manquement grave à ses obligations découlant de son contrat de travail. Au delà des temps de la consultation de sites de charme, il semble que les magistrats aient voulu condamner la tentative de dissimulation du salarié, qui ne s'est pas contenté de supprimer ses traces de connexion de l'historique de son navigateur. On peut toutefois relever l'intransigeance des juges. Rappelons qu'en droit pénal il n'y a point de crime ou délit sans intention de le commettre¹²⁷⁴. La consultation d'un site permettant le téléchargement d'un logiciel permet-il de caractériser l'intention de commettre une faute ? Il est possible d'en douter. En effet, le caractère souvent intrusif de certains pop-ups et autres bandeaux commerciaux rend difficile l'appréciation de la consultation d'un site internet permettant le téléchargement d'un tel logiciel.

384. Consultation de sites pornographiques – Consulter des sites pornographiques au travail et sur l'ordinateur de l'entreprise peut constituer une faute grave justifiant la rupture immédiate des relations contractuelles, a rappelé sans surprise la Cour de cassation dans un arrêt du 10 mai 2012¹²⁷⁵. Mais dans un second arrêt le même jour¹²⁷⁶,

¹²⁷⁰ Cass. soc., 2 juin 2004, pourvoi n°03-45.269, Bull. civ., V, n°152.

¹²⁷¹ Cass. soc., 15 déc. 2009, pourvoi n°07-44.264, Bull. civ., V, n°284, op. cit.

¹²⁷² Cass. soc., 13 juil. 2010, pourvoi n°09-40.943, inédit.

¹²⁷³ Cass. soc., 21 sept. 2011, pourvoi n°10-14.869, inédit.

¹²⁷⁴ C. pén. art. 121-3 al. 1^{er}.

¹²⁷⁵ Cass. soc., 10 mai 2012, pourvoi n°10-28.585, inédit.

elle a conclu le contraire, prenant en compte la tolérance de l'employeur à l'égard de son personnel. Dans la première espèce, la cour suprême approuve la décision des juges d'appel confirmant le licenciement pour faute grave. Ils avaient constaté que le salarié avait utilisé l'ordinateur de l'entreprise pour se connecter à des sites pornographiques pendant ses heures de service, de manière répétée et au vu de tout le monde. C'est probablement ce dernier élément qui est constitutif du « trouble caractérisé » au sein de l'entreprise mentionné dans l'arrêt de la cour d'appel. Dans la seconde, le salarié avait été licencié pour les mêmes faits et la consultation de sites à caractère pornographique avait, en plus, entraîné la propagation d'un virus, détériorant le système informatique de l'entreprise. La Cour de cassation a confirmé la position de la cour d'appel de Versailles qui avait considéré que le licenciement pour faute grave n'était pas justifié. D'abord, le salarié avait signalé l'existence du virus au service informatique. Mais surtout que « si le taux de téléchargements en provenance de son ordinateur était élevé, la pratique existait dans l'entreprise même en l'absence du salarié, elle a pu considérer que cette utilisation du matériel informatique professionnel en infraction au règlement intérieur à l'origine de la dégradation involontaire du système informatique de l'entreprise n'était pas constitutive d'une faute grave justifiant la rupture immédiate de son contrat de travail ». La juridiction suprême approuve le raisonnement de la cour d'appel pour qui le licenciement n'était pas justifié par une faute grave ou lourde. Alors même que celle-ci a constaté « la propagation du virus aboutissant à une diffusion anormale de messages sur l'ordinateur du salarié à compter du 24 août 2003, qui avait pour origine la consultation par ce dernier de sites à caractère pornographique »¹²⁷⁷. Autrement dit, même en présence d'une interdiction posée par le règlement intérieur ou la charte informatique, la tolérance de l'employeur à l'égard des salariés qui téléchargent des contenus pornographiques empêche tout licenciement fondé sur ce motif. Il appartient donc aux employeurs qui souhaitent interdire la consultation de tels contenus de veiller au respect de cette interdiction par leurs salariés.

385. Atteinte à l'image de l'entreprise - L'adresse électronique et la consultation de sites font également l'objet d'une jurisprudence abondante. Les juges sont notamment attentifs à l'atteinte à l'image de l'entreprise. La Cour de cassation a ainsi pu juger qu'un employé qui utilisait une adresse électronique comportant le nom de sa société

¹²⁷⁶ Cass. soc., 10 mai 2012, pourvoi n°11-11.060, inédit.

¹²⁷⁷ Ibid.

pour prendre contact avec les internautes consultant son site personnel, associait de ce fait le nom d'une société renommée dans le monde de l'informatique à des activités à caractère pornographique ou échangiste, a indéniablement porté atteinte à l'image de la marque et à la réputation de l'entreprise¹²⁷⁸. Cet arrêt définit les limites de ce qu'est une utilisation raisonnable de l'outil informatique et de l'accès à internet.

386. Usage déraisonnable d'internet – La jurisprudence considère qu'une utilisation personnelle d'internet, sans intention de nuire et sans abus manifeste, peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement lorsque son usage n'est pas raisonnable¹²⁷⁹. La jurisprudence fixe ainsi les règles relatives à l'utilisation d'internet à des fins personnelles dans l'entreprise et à sa sanction. L'usage doit être raisonnable quant aux sites visités et quant à sa durée. En revanche, la cause réelle et sérieuse ne sera pas retenue si le licenciement est uniquement fondé sur un usage raisonnable d'internet par le salarié. En 2004, la Cour d'appel de Douai a estimé un tel usage comme ne dépassant pas 10 heures par mois¹²⁸⁰.

387. Appréciation des temps de connexion - Utiliser de manière abusive la connexion internet de l'entreprise constitue une faute grave. Elle est définie comme celle d'une gravité telle qu'elle empêche la poursuite du contrat de travail, même pendant le temps du préavis¹²⁸¹. Pour illustrer un abus rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, la Cour de cassation, dans un arrêt du 18 mars 2009, a qualifié de faute grave le fait pour un salarié d'avoir « surfé » environ 41 heures sur un mois via la connexion Internet de son entreprise en raison d'un temps de « connexion excessif »¹²⁸². « Le salarié avait usé de la connexion Internet de l'entreprise, à des fins non professionnelles, pour une durée totale d'environ quarante et une heures durant le mois de décembre 2004 ; qu'elle a pu décider que son comportement rendait impossible son maintien dans l'entreprise et était constitutif d'une faute grave »¹²⁸³. Toutefois, l'employeur doit pouvoir prouver que le salarié était le seul à avoir accès au poste informatique identifié à l'origine des connexions incriminées¹²⁸⁴. Cette décision est relativement dangereuse au regard de la liberté dont jouissent les salariés au travail, qui

¹²⁷⁸ Cass. crim., 19 mai 2004, pourvoi n°03-83.953, Bull. crim., n°126, Gaz. Pal. 10-12 oct. 2004, p. 44, note S. Adjali, *op. cit.*

¹²⁷⁹ C. Fleuriot, « Utilisation d'internet dans l'entreprise : cadre juridique », *op. cit.*

¹²⁸⁰ CA Douai, 17 déc. 2004, n°04/00517.

¹²⁸¹ D. Castel, « Abus de virtuel, sanctions bien réelles ! », *op. cit.*, p. 40.

¹²⁸² Cass. soc., 18 mars 2009, pourvoi n°07-44.247, inédit.

¹²⁸³ *Ibid.*

¹²⁸⁴ C. Dechristé, « Internet : faute grave en cas d'abus à des fins personnelles », *D.*, 2009, p. 1093.

doivent être particulièrement vigilants lorsqu'ils se connectent à internet. Si un salarié ouvre sa page Facebook le matin et ne la referme que le soir, il pourra totaliser une dizaine d'heures de connexion personnelle en une journée. Mais est-ce pour autant qu'il ne travaille pas ? Surtout, cette décision apparaît déjà ancienne tant les pratiques évoluent rapidement, et contraste avec la durée de connexion moyenne des salariés. Selon une étude publiée en 2015 par l'éditeur de logiciels Olfeo, les salariés français passent en effet de plus en plus de temps sur internet à des fins personnelles¹²⁸⁵.

388. Nombre de connexions à internet - Dans un arrêt plus récent, du 26 février 2013¹²⁸⁶, c'est au nombre de connexion que les juges se sont référés. Dans cette affaire, une salariée est licenciée pour faute grave pour avoir utilisé Internet à des fins personnelles sur son lieu de travail. Son employeur lui reprochait de s'être connectée à de très nombreuses reprises à de nombreux sites extraprofessionnels comme des sites de voyage ou de tourisme, de comparaison de prix, de marques de prêt-à-porter, de sorties et événements régionaux ainsi qu'à des réseaux sociaux et à un site de magazine féminin. Le nombre de connexions s'établissait, à l'exclusion de celles susceptibles de présenter un caractère professionnel, à plus de 10000 sur une période de 18 jours. La Cour de cassation considère le licenciement pour faute grave de la salariée comme justifié. Elle précise que « la cour d'appel, qui a constaté que la salariée s'était connectée pendant son temps de travail à de très nombreuses reprises à de nombreux sites extraprofessionnels (...) a pu décider, malgré l'absence de définition précise du poste de la salariée, qu'une telle utilisation d'internet par celle-ci pendant son temps de travail présentait un caractère particulièrement abusif et constitutif d'une faute grave ». La difficulté de l'arrêt c'est qu'il se réfère à l'adverbe « très », qui indique un superlatif absolu. A partir de quel moment peut-on considérer qu'un salarié s'est connecté de « très nombreuses reprises à de nombreux sites extraprofessionnels » ? Si la limite était réellement de 10000 connexions en 18 jours, ça voudrait dire que la salariée n'a pas du tout travaillé, ou plutôt qu'elle a consacré tout son temps de travail à « cliquer » sur sa souris. En effet, pour tenir un tel rythme la salariée incriminée a dû se connecter 70 fois par heure, si on compte une journée de 8H. Soit plus d'une connexion par minute pendant 18 jours. Évidemment ça n'a pas beaucoup de sens. On peut s'étonner que

¹²⁸⁵ En analysant les connexions internet d'entreprises, l'éditeur a repéré que les salariés disposant d'un ordinateur, consacraient en moyenne 2H10 de leur temps quotidien à naviguer sur Internet, dont 1H15 à des fins personnelles. *Étude Olfeo 2015 : La réalité de l'utilisation d'Internet au bureau*, <http://www.olfeo.com/>.

¹²⁸⁶ Cass. soc., 26 fév. 2013, pourvoi n°11-27.372, inédit.

l'argument n'ait pas été soulevé par la défense. Comment est-on arrivé à ce chiffre ? Est-ce que les résultats de recherche sur les moteurs de recherche ont été comptabilisés ? Est-ce que les mises à jour régulières de certains sites ont été prises en compte ?¹²⁸⁷ La logique juridique entre ici en contradiction avec la logique arithmétique et technique. En définitive, pour juger uniquement le droit sans interpréter le fond, la chambre sociale de la Cour de cassation aurait dû commencer par définir ce qu'est une connexion à un site internet.

389. **Négligences au travail** - Enfin, toujours en 2013, la Cour d'appel de Pau¹²⁸⁸ a validé le licenciement d'une employée d'une agence d'intérim qui se connectait régulièrement à des réseaux sociaux (Facebook, essentiellement) et utilisait son ordinateur professionnel pour alimenter un site de vente de lingerie en ligne, en se fondant sur la notion d'abus, considérant qu'il s'agissait d'un usage anormal de l'outil professionnel. Son employeur estimait que cette chargée de recrutement accumulait les retards dans son travail et les erreurs. Renvoyée, l'employée a saisi les prud'hommes de Bayonne, qui ont jugé le licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'agence d'intérim a cependant eu gain de cause en appel. « Les connexions quasi quotidiennes, à plusieurs reprises dans la journée, durant les heures de travail, sur un site sur lequel M^{me} X. se livrait à une activité commerciale (la vente de lingerie) ainsi que sur des sites communautaires, démontrent que cette dernière, durant ces périodes, ne pouvait se livrer à son travail au sein de l'agence ». Ce qui est sanctionné ici ce n'est pas le simple fait de s'être connecté à Facebook ou à d'autres sites, mais d'en avoir abusé au point de ne plus réaliser les tâches qui lui étaient demandées. Le raisonnement des juges semble ici plus adéquat.

390. **Absence de préjudice et faute grave** - Dans un arrêt du 18 décembre 2013¹²⁸⁹, la Chambre sociale de la Cour de cassation a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Besançon qui avait condamné un employeur pour licenciement abusif d'un salarié qui, sur son temps de travail et alors qu'il se trouvait dans les locaux de l'entreprise, envoyait de nombreuses vidéos humoristiques, voire pornographiques à des collègues. La Cour d'appel avait considéré que cette utilisation intensive d'internet à des fins personnelles

¹²⁸⁷ En effet, certains sites s'actualisent en permanence, c'est le cas par exemple Facebook ou de Twitter, ce qui peut être comptabilisé comme des connexions, et dans ce cas là il est très facile d'atteindre des milliers de pages sans qu'on soit en train de les consulter dès lors qu'on laisse son navigateur ouvert.

¹²⁸⁸ *CA Pau, 13 juin 2013.*

¹²⁸⁹ *Cass. soc., 18 déc. 2013, pourvoi n°12-17.832, inédit.*

n'avait pas entraîné de préjudice pour l'entreprise et que, de ce fait, elle ne pouvait licencier le salarié pour faute grave. La Cour de cassation considère, quant à elle, que l'employeur n'avait pas à démontrer que l'usage fait d'internet préjudiciait au fonctionnement de l'entreprise.

391. Références aux usages de l'entreprise – « L'absence d'interdiction ou de restrictions particulières de l'employeur à l'égard de l'utilisation des moyens informatiques doit s'apparenter à une tolérance de l'employeur » et peut être assimilé à la notion d'usage reconnu par le droit du travail¹²⁹⁰. Un usage d'entreprise correspond à une pratique instaurée par l'employeur dans son entreprise qui se concrétise par l'attribution d'un avantage au profit des salariés. Elle tire sa force obligatoire dans le fait qu'elle résulte d'une pratique : générale, elle s'applique à l'ensemble du personnel ou à toute une catégorie bien identifiée ; constante, elle s'applique de manière systématique et répétée selon une antériorité significative ; fixe, elle correspond à l'application d'une même règle identique et quasi identique d'une période à l'autre. A force d'être répété, l'avantage finit par devenir obligatoire pour l'employeur, bien qu'il n'y en ait aucune trace écrite nulle part, ni dans la convention collective, ni dans l'accord d'entreprise, ni dans le contrat de travail des salariés. L'usage d'entreprise peut être unilatéralement supprimé par le chef d'entreprise. Il faut pour cela qu'il le dénonce, sans forcément motiver cette dénonciation¹²⁹¹. En définitive si l'employeur tolère une pratique, il ne pourra pas la reprocher aux salariés.

II. Les ressources informatiques appartenant au salarié

392. Indifférenciation des outils de travail - Quels sont les outils de travail d'un « salarié numérique » ? Dans la majorité des cas, le salarié dispose d'un ordinateur, d'une imprimante, d'un téléphone fixe et surtout d'une connexion à internet. En fonction de son statut hiérarchique, il peut également disposer d'une tablette tactile et d'un *smartphone*, et peut-être demain d'une paire de *Google Glass*¹²⁹². Qu'est-ce qui différencie cet équipement de celui dont il dispose à son domicile ? En réalité pas grand-

¹²⁹⁰ K. Karima, *La notion de licéité de la preuve en droit du travail face aux technologies de l'information et de la communication*, Mémoire master droit de l'internet sous la direction de G. Chatillon, Université Paris 1, 2006, p. 11.

¹²⁹¹ *Les représentants du personnel et la défense du salarié – Documentation juridique – Editions Tissot – Fiche produit RDS*, <http://www2.editions-tissot.fr/produit/les-representants-du-personnel-et-la-defense-des-salaries/>, consulté le 2 janvier 2014.

¹²⁹² Le projet Google Glass permet l'accès à des informations en temps réel sans contraindre les mouvements et en restant concentré sur une tâche quelconque (à la différence d'un écran qu'il faut regarder, par exemple). Afin de sensibiliser les premiers utilisateurs de Google Glass également appelés les « Glass Explorers », la société Google a édité, en février 2014, un guide des bonnes pratiques à leur attention. Ce guide fait notamment suite aux différents faits divers intervenus aux États-Unis et impliquant des utilisateurs de lunettes Google tels que l'arrestation d'une personne portant les Google Glass dans un cinéma ou au volant d'une voiture.

chose, sinon que le matériel mis à sa disposition par l'entreprise est souvent plus vétuste que celui dont il dispose à son domicile (ou dans sa poche). En revanche en droit il y a une grande différence : qui est propriétaire des données ? Si certaines activités vont rester sur des ordinateurs conventionnels de l'entreprise, on constate une évolution significative dans les entreprises où tous les salariés ne sont plus équipés de la même façon. L'employé devient acteur dans le choix de ses outils de travail. Si Internet Explorer est souvent le navigateur par défaut de l'entreprise, le navigateur plébiscité par les usagers d'Internet est Chrome¹²⁹³, jugé plus rapide. Les salariés comme les dirigeants équipés d'outils mobiles, sollicitent fortement les directions informatiques pour qu'elles ouvrent l'accès au système d'information de l'entreprise¹²⁹⁴. Ce changement est encore plus marqué pour les salariés qui n'ont pas de postes informatiques, souvent les moins qualifiés. Il n'est plus rare de voir un agent d'entretien, un conducteur, ou un personnel de nettoyage consultant son *Smartphone* pendant son travail. L'urgence est aujourd'hui pour les organisations de savoir comment adopter une pratique devenue inéluctable tout en minimisant ses risques¹²⁹⁵. Comment éviter de perdre le contrôle, notamment en termes de sécurité des informations confidentielles ? Dans quelle mesure l'employeur peut avoir accès aux équipements électroniques personnels ? Est-ce compatible avec les règlements et lois en vigueur ? L'introduction des environnements mobiles appartenant aux salariés (A) nécessite ainsi de définir des règles spécifiques propres à garantir la liberté du salarié (B), en encadrant et en anticipant l'usage de ces outils (C).

A. L'introduction des outils personnels dans l'entreprise

393. **Mobilité croissante** - Le nombre d'équipements mobiles en France est en croissance constante et le nombre d'abonnements en mobilité dépasse aujourd'hui la population française¹²⁹⁶. Cette soudaine démocratisation des technologies de l'information et de la communication est à l'origine d'une évolution majeure. Au moyen de réseaux informatiques et d'équipements intelligents interposés, ils disposent d'une

¹²⁹³ Classement StatCounter, <http://gs.statcounter.com/>

¹²⁹⁴ Bouygues Telecom Entreprises et IDC France, *Livre blanc : vers le télétravail 2.0*, Observatoire de l'informatique et des télécoms au service des nouvelles organisations du Travail, 2012, p. 13.

¹²⁹⁵ *Le futur du travail dans l'entreprise l'agilité... ou le néant ?*, <http://www.internetactu.net/2013/07/10/le-futur-du-travail-dans-lentreprise-12-lagilite-ou-le-neant/comment-page-1/>, consulté le 6 février 2014.

¹²⁹⁶ Le nombre de cartes SIM en service a atteint 75,5 millions à la fin du troisième trimestre 2013, soit un taux de pénétration (ratio du nombre de cartes SIM sur la population française) qui s'élève à 115,2%. (Observatoire des marchés des communications électroniques en France - Observatoire des investissements et de l'emploi - 3ème trimestre 2013 - résultats définitifs 9 janvier 2014)

panoplie d'activités sociales et commerciales sans précédent. L'utilisateur est en mesure de rester en ligne, que cela soit pour son travail ou pour son usage personnel, où qu'il se trouve. Désormais les salariés, en particulier les « Digital Natives »¹²⁹⁷, sont désireux de se servir de leur équipement personnel, y compris dans le cadre de leur activité professionnelle¹²⁹⁸. Avant d'envisager les évolutions des outils de travail appartenant aux salariés (2) et leur encadrement juridique (3), il conviendra de rappeler quelques définitions de manière à appréhender toutes les subtilités de ce phénomène (1).

1) Définitions

394. **Bréviaire technologique** - L'introduction des outils personnels dans l'entreprise n'est pas une pratique uniforme et recouvre plusieurs applications. Ces évolutions sont majoritairement issues des pays anglo-saxons qui les ont conceptualisées. S'il est difficile de s'éloigner de ces concepts qui décrivent de grandes tendances partout dans le monde, il est néanmoins utile de les expliciter en français.

395. **Smartphone** – Qu'est-ce qu'un *smartphone* ? Il s'agit d'un « appareil électronique mobile de petite taille qui assure par voie radioélectrique des fonctions de communication, telles que la téléphonie ou l'accès à l'internet, et le plus souvent des fonctions informatiques ou multimédias »¹²⁹⁹, telles que le visionnage de vidéos, ou la capture photo. Les termes officiels en France sont « terminal de poche » et « ordiphone », formé à partir des mots « ordinateur » et « téléphone ». Au Québec la dénomination officielle est « téléphone intelligent » mais le terme plus communément utilisé reste le *smartphone*. C'est cet outil qui a contribué à transformer les pratiques à travers la mobilité qu'il induit.

396. **Any Where, Any Time, Any Device** - Le terme d'ATAWAD¹³⁰⁰ est généralement utilisé pour désigner l'exigence actuelle selon laquelle les individus

¹²⁹⁷ Un natif numérique (digital native en anglais) est une personne ayant grandi dans un environnement numérique comme celui des ordinateurs, de l'Internet, des téléphones mobiles et des baladeurs MP3.

¹²⁹⁸ Avec les nouveaux forfaits illimités de nombreux salariés abandonnent leur téléphone personnel au profit du téléphone professionnel ou alors ils insèrent la carte SIM fournie par leur employeur dans leur téléphone personnel pour n'avoir au final qu'un seul téléphone. Le souci pour le salarié est de continuer à pouvoir utiliser son téléphone avec un usage personnel tout en ayant accès aux outils de l'entreprise.

¹²⁹⁹ « JORF n°0300 27 décembre 2009 Vocabulaire des télécommunications (liste de termes, expressions et définitions adoptés) p. 22537 ».

¹³⁰⁰ ATAWAD est un acronyme utilisé pour « Any Time, Anywhere, Any Device ». J.-M. Lehu, « L'encyclopédie du marketing: Commenté et illustrée », dans , Editions Eyrolles, 2012, p. 58.

souhaitent de plus en plus pouvoir accéder à une information quelque soit le moment, le lieu ou le mode d'accès. Les messageries électroniques personnelles sont un bon modèle d'outil respectant le principe du *Any Time*. On peut échanger, communiquer, malgré les décalages horaires dans le monde. *Any Where* parce qu'il doit être possible d'accéder au système d'information partout, par exemple dans sa voiture, grâce à un réseau sans fil (3G/4G/wifi). *Any Device* est lié à l'explosion du nombre d'objets connectés. On pense naturellement aux *smartphones* et aux tablettes mais pas seulement. En effet, le nombre d'appareils qui permettent d'accéder au web ne cesse d'augmenter. Il est probable que nos réfrigérateurs permettent à l'avenir de nous connecter au réseau de l'entreprise et d'anticiper le menu de la cantine¹³⁰¹.

397. **BYOD** – L'acronyme BYOD (*Bring Your Own Device*) constitue un nouveau mode d'organisation du travail pour les entreprises, mais sa définition reste relativement abstraite. Il désigne une pratique importée des États-Unis qui consiste, pour des salariés, à utiliser leurs équipements personnels (ordinateur, *Smartphone*, tablette, etc.) pour accéder aux données de l'entreprise dans un contexte professionnel. Signe d'une certaine accommodation, cette pratique doit désormais être désignée en France par l'acronyme AVEC : « apportez votre équipement personnel de communication ». La publication du nouveau vocabulaire au Journal Officiel est accompagnée d'une définition : « se dit de l'utilisation, dans un cadre professionnel, d'un matériel personnel tel qu'un téléphone multifonction ou un ordinateur »¹³⁰². Cette définition exclut l'utilisation des logiciels en ligne personnels tels que les messageries, mais reste relativement large. Un matériel personnel n'est pas forcément numérique. Il peut très bien s'agir d'une voiture ou d'un stylo.

398. **BYOS** - Au phénomène du BYOD s'ajoute celui du BYOS, *Bring Your Own Software*, autrement dit l'utilisation au sein de l'entreprise de logiciels qui ne lui appartiennent pas¹³⁰³. Parmi les nouveaux logiciels plébiscités par les salariés, on compte notamment des services comme DropBox, Yousendit, Wetransfer, Facebook, Youtube, Skype... De leur propre initiative, les salariés accèdent à des services de stockages en ligne, qui peuvent mettre en péril la sécurité des données de l'entreprise.

¹³⁰¹ Cisco, « France numérique 2020 Réponse à la consultation ».

¹³⁰² « Vocabulaire de l'informatique et des télécommunications » (JORF n°0214, 16 septembre 2014 p. 15186).

¹³⁰³ Alcatel-Lucent, *Nouveaux usages IT nouveaux défis, tendances & prospective.*, <http://entreprise.alcatel-lucent.fr>, consulté le 26 janvier 2014.

Un phénomène qui s'accroît encore davantage avec l'arrivée des tablettes en entreprise.

399. **Foisonnement des alternatives** - Il existe encore d'autres alternatives comme le CYOD (Choose Your Own Device) le terminal est maîtrisé par l'entreprise mais choisi par le collaborateur dans une gamme de terminaux mobiles sélectionnés ou le GYOD (Give Your Own Device). Cette fois l'entreprise donne aux collaborateurs un terminal, qui devient personnel. De manière générale, ces nouvelles pratiques, aux acronymes saxons, imposent aux entreprises d'adapter leurs infrastructures en place et d'apporter une réponse adaptée à la question suivante, doit-on (ou peut-on), les tolérer, les gérer ou les interdire ?¹³⁰⁴

2) *Évolutions des outils de travail*

400. **Le retour d'un phénomène ancien** – Il ne s'agit pas d'une révolution, certains diront peut-être d'un retour en arrière. Au début de l'ère industrielle, les salariés venaient déjà avec leurs outils pour travailler, et encore avant eux, les compagnons. Dans de nombreuses usines, les ouvriers devaient acheter leurs propres outils et vêtements de travail. Dans les mines, les boisages pour stabiliser la roche, tout comme les explosifs étaient à la charge des mineurs qui y travaillaient en équipes autonomes¹³⁰⁵. C'est plus tard que le Code du travail imposera à l'employeur de fournir les outils de travail, notamment pour protéger sa santé et sa sécurité.

401. **Réappropriation des outils de travail** - D'après un sondage TNS Sofres¹³⁰⁶, 45% des salariés sondés déclarent que leurs équipements et logiciels personnels leur sont plus utiles que les outils et applications fournis par leur entreprise. Les salariés estiment en effet que les solutions informatiques de leur entreprise ne sont pas aussi souples et pratiques que les équipements et logiciels dont ils disposent dans leur vie personnelle. Ils demandent à faire leur propre choix en matière d'applications, de services et de contenus, parmi des ressources abondamment disponibles sur Internet. Les

¹³⁰⁴ L. Guerin et A. Delpe, *Create Your Own Employee Handbook: A Legal & Practical Guide for Employers*, Nolo, 2015, p. 290.

¹³⁰⁵ J.-L. Putz, *Aux origines du droit du travail – Tome 1, op. cit.*, p. 324.

¹³⁰⁶ Sondage TNS Sofres réalisé auprès d'un échantillon d'entreprises européennes et nord-américaines, dont la taille est supérieure à 500 salariés entre mars et avril 2012.

salariés souhaitent travailler avec les outils qu'ils utilisent dans leur vie quotidienne, sans forcément distinguer la sphère professionnelle de la sphère privée. En réalité, « nous assistons à la prise de pouvoir de l'informatique par les utilisateurs. Ce n'est plus l'entreprise qui impose ses choix technologiques à ses collaborateurs ». « Subjugués par les objets, iPhone ou iPad par exemple, par leur ergonomie et par leurs capacités, les utilisateurs sont devenus les agents de leur dissémination sur les lieux de travail. Ils se sont déclarés prêts à utiliser leurs propres ressources afin d'être plus productifs »¹³⁰⁷.

402. Un phénomène incontournable – Selon le cabinet Garner, environ la moitié des entreprises dans le monde auront adopté des programmes BYOD en 2017 et ne fourniront plus de matériel informatique aux salariés¹³⁰⁸. C'est la conséquence de la croissance de l'offre informatique et des services disponibles en ligne comme le *cloud computing*¹³⁰⁹. Ces offres, inexistantes il y a 30 ans, ont permis aux usagers d'adopter de nouveaux comportements et le développement de nouvelles pratiques dans les entreprises.

403. Pratiques clandestines - Lorsque les services informatiques et juridiques ignorent les utilisateurs de l'entreprise, ils favorisent l'émergence de pratiques clandestines bien plus dangereuses que ces mêmes pratiques lorsqu'elles sont *a minima* encadrées. En effet, si leurs besoins ne sont pas satisfaits, les utilisateurs vont se « débrouiller » pour pallier les déficiences de l'équipement informatique de leur entreprise. On sait par exemple que nombre de présentations PowerPoint sont assez lourdes. Ainsi, lorsque le système de messagerie électronique n'autorise pas l'envoi de pièces jointes supérieur à quelques Mo, une pratique répandue consiste à utiliser un compte de messagerie privée de capacité supérieure pour envoyer les fichiers lourds à ses clients, ou pour travailler depuis son domicile. Les documents se retrouvent ainsi dupliqués sur des serveurs qui échappent au contrôle de l'entreprise. Autre illustration, dans une entreprise dépourvue de Wifi un utilisateur peut être tenté d'improviser un routeur sans fil pour faire l'économie d'un câble sur l'ordinateur portable de son

¹³⁰⁷ CSC et 01 Informatique, *Barometre CIO 2012 - Tout se transforme*, Computer Sciences Corporation, 2012, p. 12.

¹³⁰⁸ D. Willis, *Bring Your Own Device : The Facts and the Future*, Gartner, 2013.

¹³⁰⁹ Suivant la définition donnée au journal officiel du 6 juin 2010, l'expression « Cloud computing » ou « informatique en nuage » désigne le déplacement vers internet de données et d'applications qui auparavant étaient situées sur les serveurs et ordinateurs des entreprises ou des particuliers. Le cloud computing permet ainsi de disposer, à la demande, de capacités de stockage et de puissance informatique sans disposer matériellement de l'infrastructure correspondante.

entreprise ou pour utiliser sa tablette¹³¹⁰. Le danger c'est qu'un réseau ainsi configuré par le salarié risque de rendre le réseau local de l'entreprise vulnérable aux intrusions extérieures... Les illustrations en la matière sont nombreuses¹³¹¹. La plupart du temps, il n'y a pas de volonté de nuire. Au contraire les salariés s'efforcent d'être plus efficaces.

404. **La « perestroïka » dans l'entreprise** - Les entreprises françaises, représentées par les DSI et les juristes sont méfiantes. Le directeur de l'Anssi¹³¹² affirme ainsi qu'il faut « oser dire non » et résister à la tentation de l'usage sans règle des technologies de l'information. Il a invité les industriels à trouver des solutions permettant de concilier sécurité et évolution des usages¹³¹³. Pour préserver la pertinence de l'entité informatique et la sécurité informationnelle, l'entreprise doit donc s'efforcer de répondre aux besoins des utilisateurs, tout en établissant des règles¹³¹⁴.

3) *Les outils personnels encadrés par le travail à distance*

405. **Encadrer les outils personnels** - Les entreprises qui permettent l'accès aux courriels depuis les *Smartphones* font un premier pas pour introduire les outils personnels dans la chaîne de production de l'entreprise. Il est possible d'encadrer ce phénomène à travers les accords sur le télétravail (a) ou le plan de continuité d'activité (b).

a. Formalisation à travers le télétravail

406. **Définition** - Défini par la loi n° 2012-387¹³¹⁵ de simplification du droit du 22 mars 2012 à l'article L. 1222-9 du Code du travail, 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

¹³¹⁰ Une pratique désignée par nouvel acronyme BYON : Bring Your Own Network. Il décrit la capacité des employés à créer des réseaux personnels comme alternative au réseau de l'entreprise.

¹³¹¹ B. Kepes, *Rogue IT, A Rogues Gallery. Highlighting The Perils Of « Shadow IT »*, <http://www.forbes.com/sites/benkepes/2013/11/30/rogue-it-a-rogues-gallery-highlighting-the-perils-of-shadow-it/>, consulté le 5 février 2014.

¹³¹² Agence Nationale de Sécurité des Systèmes d'Information.

¹³¹³ Patrick Pailloux, *discours d'ouverture des Assises de la sécurité, 3 octobre 2012 à Monaco*, http://www.ssi.gouv.fr/uploads/IMG/pdf/discours_patrick_pailloux_assises_2013.pdf.

¹³¹⁴ *Managing risk of own devices - raconteur.net*, <http://raconteur.net/technology/managing-risk-of-own-devices>, consulté le 21 mars 2014.

¹³¹⁵ « Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives » (JO n°0071, 23 mars 2012, p. 5226).

régulière et volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un avenant à celui-ci ». Cette définition ne précise pas que les outils du télétravailleur sont la propriété du salarié ou de l'employeur.

407. Fourniture des équipements - L'article 7 de l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005¹³¹⁶ prévoit en revanche clairement que l'employeur fournit, installe et entretient les équipements de travail. Il prévoit cependant l'hypothèse où le travailleur utilise son propre équipement. Dans ce cas, l'employeur en assure l'adaptation et l'entretien. Si le matériel nécessaire au télétravailleur est fourni par l'employeur, ce matériel ne peut être utilisé à des fins personnelles, sauf accord. Dans ce dernier cas, le télétravailleur est responsable du matériel installé chez lui : il en a la charge et répond de sa détérioration. En cas de vol, il doit avertir immédiatement sa hiérarchie. Le matériel ainsi mis à disposition constitue un prêt. Sauf dispositions particulières définies d'un commun accord, il ne peut être conservé par l'agent à l'issue de l'engagement.

408. Support technique - Suivant l'article L. 7413-1 du code du travail « le donneur d'ouvrage est responsable à l'égard du travailleur à domicile de l'application de l'ensemble des dispositions légales applicables aux salariés, même s'il utilise un intermédiaire ». L'employeur doit aussi assurer un suivi technique au salarié : « l'employeur fournit au télétravailleur un service approprié d'appui technique ». En effet, un salarié, dans les locaux de l'entreprise, peut facilement appeler un technicien s'il y en a un ou s'installer sur un autre poste de travail. En matière de télétravail, le salarié n'a pas forcément un second poste de travail à sa disposition, il est donc essentiel qu'il puisse le faire réparer dans des conditions similaires à celles des salariés dans l'entreprise, même s'il ne s'agit pas du matériel de l'entreprise.

b. Plan de continuité d'activité

409. Définition – A situation exceptionnelle, outils personnels. Les vagues pandémiques ou les épisodes terroristes ont mis en évidence le fait que des événements extérieurs pouvaient avoir des conséquences notables sur l'activité des entreprises.

¹³¹⁶ « ANI, 19 juillet 2005, relatif au télétravail ».

Celles-ci peuvent être d'autant plus importantes que les employeurs sont tenus de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des salariés¹³¹⁷. Mais ces événements ont également permis aux entreprises de prendre conscience de l'intérêt d'élaborer un plan de continuité d'activité et de la capacité de leurs salariés à travailler à distance avec leurs outils personnels. Le plan de continuité d'activité désigne un « processus de management holistique qui identifie les menaces potentielles pour une organisation, ainsi que les impacts que ces menaces, si elles se concrétisent, peuvent avoir sur les opérations liées à l'activité de l'organisation, et qui fournit un cadre pour construire la résilience de l'organisation, avec une capacité de réponse efficace préservant les intérêts de ses principales parties prenantes, sa réputation, sa marque et ses activités productrices de valeurs »¹³¹⁸. Dans le cadre de ce plan des mesures spécifiques aux systèmes d'information doivent être prises, afin de pouvoir fonctionner en mode dégradé, face à la défaillance des moyens de l'entreprise. L'utilisation des moyens personnels de communication des salariés confinés chez eux figure parmi les hypothèses envisagées¹³¹⁹. Ces moyens doivent être connus en période « normale » pour être facilement mis en œuvre en cas de déclenchement dans le cadre du PCA¹³²⁰.

410. Circonstances exceptionnelles - Pour certains postes de travail, le développement du travail à distance dont le télétravail grâce aux outils personnels, est une solution permettant à la fois d'assurer la continuité de l'activité de l'entreprise et de limiter sensiblement l'exposition des salariés aux risques¹³²¹. En situation normale, un tel aménagement nécessiterait une modification du contrat de travail, puisqu'elle touche à l'un des éléments essentiels du contrat. Toutefois, le législateur a anticipé cette difficulté. L'article 46 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012¹³²² codifié à l'article L.1222-1 du Code du travail prévoit ainsi qu' « en cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, ou en cas de force majeure, la mise en œuvre du

¹³¹⁷ C. trav. art. L. 4121-1.

¹³¹⁸ Définition de la norme ISO 22301.

¹³¹⁹ FRANCE et Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale, *Guide pour réaliser un plan de continuité d'activité*, 2013.

¹³²⁰ Exemple de mention d'information à faire figurer sur le formulaire de collecte préconisé par la CNIL : Afin d'établir le « plan de continuité d'activité » (PCA) de l'entreprise, préconisé par les pouvoirs publics dans le cadre du plan national de prévention et de lutte « pandémie grippale », nous souhaitons recueillir vos coordonnées personnelles afin de pouvoir vous joindre (téléphone fixe ou portable, email personnel) ainsi que les moyens de transport que vous utilisez pour vous rendre sur votre lieu de travail.

¹³²¹ « Circulaire DGT n° 2007/18 du 18 décembre 2007 relative à la continuité de l'activité des entreprises et aux conditions de travail et d'emploi des salariés du secteur privé en cas de pandémie grippale ».

¹³²² « Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives », *op. cit.* (JO n°0071, 23 mars 2012, p. 5226).

télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés »¹³²³.

411. Exemple - Dans son accord sur le télétravail le groupe Total prévoit ainsi que « la situation du travail ponctuel à domicile mise en œuvre exceptionnellement en cas de circonstances inhabituelles tels qu'une pandémie, des phénomènes climatiques ou environnementaux exceptionnels ou des grèves (transports collectifs) peut faire l'objet de dispositions spécifiques notamment dans le cadres des plans de continuités ainsi que cela avait été envisagé à l'occasion de la pandémie grippale de 2009 »¹³²⁴. A travers de tels dispositifs, les objectifs prioritaires de l'entreprise sont « de protéger les employés, assurer la continuité des opérations et faciliter le retour à la normal ». Rappelons ici que les aménagements devront être temporaires (en fonction de la durée et de l'intensité de la crise), proportionnés et en rapport direct avec les contraintes subies et le but recherché. En outre, il est essentiel que ces modalités soient prévues en amont par le plan de continuité des activités de l'entreprise, le règlement intérieur, le document unique d'évaluation des risques¹³²⁵, et le programme annuel d'actions de prévention. En cas de survenance d'un événement majeur, les employeurs qui n'auront pas anticipé ces recommandations s'exposeront à de sérieuses difficultés économiques mais aussi juridiques.

412. Conclusion – Si le télétravail ne recouvre pas toutes les situations d'utilisation des outils personnels, il a permis dans de nombreuses entreprises de formaliser les premières règles de gestions des outils personnels. Quant au plan de continuité il a le mérite d'avoir contribué à introduire d'une certaine manière les outils personnels dans les entreprises. Au-delà des accords sur le télétravail et le plan de continuité d'activité, les entreprises doivent définir des principes directeurs pour encadrer les pratiques des salariés.

¹³²³ Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2, II, B : « la reconnaissance juridique de la porosité ».

¹³²⁴ Article 12, TOTAL, « Accord relatif au télétravail du 5 février 2013 ».

¹³²⁵ C. trav. art. R. 4121-1 : « L'employeur transcrit et met à jour dans un document unique les résultats de l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs à laquelle il procède en application de l'article L. 4121-3. Cette évaluation comporte un inventaire des risques identifiés dans chaque unité de travail de l'entreprise ou de l'établissement (...) ».

B. Des règles spécifiques propres à garantir la liberté du salarié

413. **Dans la sphère professionnelle** - Les outils personnels dans la sphère professionnelle viennent contrarier le droit du travail français, pour qui l'outil de travail est en principe la propriété de l'employeur. En effet, lorsque le matériel est la propriété du travailleur, l'autorité de l'employeur, bénéficiaire de la prestation de travail s'amenuise. Parallèlement, l'augmentation, la multiplicité et l'ouverture des supports d'informations rendent les organisations beaucoup plus sensibles à des dysfonctionnements, comme la fuite accidentelle ou le piratage de données. Le contrôle par l'employeur de l'usage par le salarié, sur son lieu de travail, d'un matériel personnel pose des interrogations nombreuses sur l'application et l'actualisation du régime juridique des droits et libertés des salariés dans l'entreprise. Comment accéder au matériel informatique utilisé par le salarié ? Comment protéger l'entreprise et le salarié sur un équipement qui n'est pas la propriété de l'entreprise ? La jurisprudence est encore balbutiante mais elle appelle à envisager sous un nouvel angle la protection du salarié, propriétaire de l'outil (1) et celle de son employeur, propriétaire des données (2).

1) La propriété des outils

414. **L'absolutisme du droit de propriété** – Le droit de propriété est strictement encadré et protégé par les textes. L'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » ; tandis que l'article 2 de la Déclaration cite la propriété au nombre des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Le droit de propriété est également garanti par l'article 1er du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui oblige tous les États membres de l'Union européenne. Défini par l'article 544 du Code civil en 1804, la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.

415. **Les pouvoirs du propriétaire de l'outil** - Le droit de propriété donne à son titulaire la possibilité d'exercer l'*Usus*, c'est-à-dire le droit d'utiliser ou non une chose ; le *Fructus*, le droit de percevoir les fruits et les produits d'une chose ; et enfin la prérogative de l'*Abusus* donne au propriétaire la faculté de transformer la chose, de la faire sortir de son patrimoine par des actes juridiques (donation, vente), mais aussi par des actes matériels (destruction totale ou partielle)¹³²⁶. Le risque juridique résulte du fait que l'équipement appartienne au salarié, mais que la sécurité des données et des applications professionnelles qu'il contient soit à la charge de l'entreprise. Même si on parle d'équipement personnel du salarié, les données professionnelles qui peuvent potentiellement s'y trouver ont été collectées en son nom et pour son compte. Le salarié est propriétaire de l'outil, mais il n'est pas forcément propriétaire des données qu'il contient.

416. **Rupture du contrat de travail** – Le droit d'accès de l'employeur à un matériel privé pose de nouvelles interrogations¹³²⁷. Classiquement, l'entreprise demande au salarié lors de son départ la restitution du matériel mis à disposition. Mais s'il s'agit d'un matériel personnel, comment l'employeur peut exercer son droit de propriété sur les données ? Comment récupérer les données professionnelles qui sont contenus sur les équipements qui appartiennent au salarié ? Le salarié qui rejoint la concurrence peut emporter dans son portable personnel nombre d'informations confidentielles appartenant à son ancien employeur. Si l'entreprise n'a pas accès, notamment à distance, à l'outil personnel ou à une application du salarié, ses contenus sont potentiellement en danger. C'est la même problématique en cas de perte de l'outil par le salarié. Si l'entreprise ne peut pas accéder et effacer à distance les données contenues sur les outils en possession du salarié, elle court le risque de perdre des informations. Les salariés sont par exemple nombreux à noter des mots de passe sur leurs outils personnels. A minima, la sécurité informatique commande au salarié de le signaler à son employeur, mais cette règle n'est pas un principe établi en droit du travail.

417. **Le principe de réalité** – Le caractère absolu de l'exercice du droit de propriété est toutefois amoindri. D'une part, conformément à l'article 544 du code civil « la

¹³²⁶ F. Zenati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 445.

¹³²⁷ J.-E. Ray, *Le BYOD (« Bring your own device », apportez votre propre matériel) et le droit du travail*, <http://www.lecafedudroit.fr/le-byod-bring-your-own-device-apportez-votre-propre-materiel-et-le-droit-du-travail/>, consulté le 10 mars 2014.

propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». D'autre part, « un propriétaire, un bien ne sont jamais isolés ; toute propriété se heurte à d'autres propriétés, à d'autres libertés qui la limitent inévitablement »¹³²⁸. Par exemple, l'article 1386 du code civil pose un régime de responsabilité propre au propriétaire négligeant. Il répond du dommage causé par la ruine de son immeuble si celle-ci est intervenue par suite d'un défaut d'entretien ou d'un vice de construction. Ne peut-on pas imaginer un principe similaire s'agissant de la sécurité informatique de l'entreprise¹³²⁹ ?

418. Détermination du caractère professionnel – L'utilisation des matériels personnels répond à des règles différentes que celles édictées par la jurisprudence pour l'utilisation des matériels professionnels, puisque l'utilisateur est propriétaire et responsable du matériel. La présomption du caractère professionnel est liée à l'utilisation d'un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour les besoins de son travail. Comme le décide de manière constante la chambre sociale de la Cour de cassation, « les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors de sa présence »¹³³⁰. Cette jurisprudence n'est pas forcément dans la « logique d'internet », où ce n'est pas forcément l'outil qui détermine la destination de la donnée. Un salarié peut se connecter depuis le *smartphone* fourni par son entreprise à sa boîte mail personnel, mais il peut aussi se connecter depuis son *smartphone* personnel à sa boîte professionnelle. La propriété de l'outil ne détermine plus son usage.

419. Consentement du salarié - Théoriquement l'entreprise n'a aucun droit sur le matériel appartenant à un salarié. Toutefois, si on raisonne par analogie un employeur peut ouvrir les sacs des salariés avec leur accord et en leur présence¹³³¹. La chambre sociale a ajouté une condition supplémentaire à sa jurisprudence, celle du respect de l'information individuelle du salarié de son droit de refuser le contrôle de son sac. Le

¹³²⁸ *Rapport annuel de la Cour de cassation 2008. Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/094000135/>, consulté le 26 février 2014.

¹³²⁹ *Supra*. Partie 2, titre 1, section 2, I, B : « obligations de confidentialité spécifiques ».

¹³³⁰ *Cass. soc.*, 19 juin 2013, pourvoi n°12-12.138, *Bull. civ.*, V, n°158, *op. cit.* ; *Cass. soc.*, 15 déc. 2010, pourvoi n°08-42.486, *inédit* ; *Cass. soc.*, 26 janv. 2016, pourvoi n°14-15.360, *en cours de publication*, *op. cit.*

¹³³¹ *Cass. soc.*, 6 mars 2007, pourvoi n°05-41.004, *inédit*.

droit du travail s'inspire ici de la jurisprudence administrative qui a compétence pour statuer sur la légalité des règlements intérieurs sur les conditions de fouille des sacs, effets et véhicules du personnel¹³³², déjà reprise dans un arrêt se fondant sur les dispositions du règlement intérieur¹³³³. Toutefois, des circonstances exceptionnelles tenant, par exemple, à la sécurité des personnes ou de l'entreprise, permettent ce type de contrôle, même en l'absence de consentement du salarié¹³³⁴. C'est à peu de choses près l'argument des autorités américaines pour légitimer les programmes de surveillance.

420. **Contrôle partagé** – Afin de réduire les risques d'intrusions de l'employeur dans l'intimité numérique du salarié, tout en réduisant les risques en termes de sécurité, des solutions permettent d'identifier les outils informatiques se connectant au réseau de l'entreprise¹³³⁵. En cas de perte ou de vol, ces systèmes permettent également de bloquer ou d'effacer à distance les données sur l'équipement y compris les données personnelles du salarié. Ce qui revient pour l'utilisateur à céder une partie de son droit de propriété sur son équipement. Un raisonnement partiellement retenu par la Cour de cassation.

421. **Identifier les informations professionnelles** - Il est possible de faire une analogie entre les outils personnels et les outils professionnels. En effet, dans le cadre de la messagerie professionnelle, la jurisprudence admet l'intrusion et la protection de la vie privée dans les espaces de stockage de l'entreprise. « L'employeur ne peut (...) 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 »¹³³⁶. Pourquoi ne pas reconnaître une intrusion et une protection similaire des données de l'entreprise dans l'espace informatique personnel du salarié ? On pourrait ainsi imaginer que l'employeur puisse sans violation de la vie privée prendre connaissance des messages professionnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à son outil informatique personnel. Ceci, même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation des outils non professionnels par le salarié. De la même façon que c'est l'utilisation du mot « personnel » dans l'objet d'un message qui permet de

¹³³² CE, 19 juin 1989, *Latécoère*, n° 78231 ; 11 juillet 1990, *Griffine-Maréchal*, n° 86022 ; 26 novembre 1990, *Vinycuir*, n° 96565.

¹³³³ Cass. soc., 8 mars 2005, *pourvoi n°02-47.123*, inédit.

¹³³⁴ Cass. soc., 3 avr. 2001, *pourvoi n°98-45.818*, *Bull. civ.*, V, n°115.

¹³³⁵ Ce sont les MDM « Mobile device management », on installe une application qui permet à l'administrateur de contrôler l'équipement mobile.

¹³³⁶ Cass. soc., 2 oct. 2001, *pourvoi n°99-42.942*, *Bull. civ.*, V, n°291, *op. cit.*

qualifier une correspondance privée, il faudrait identifier les informations professionnelles pour les qualifier et les protéger.

2) *Les dangers de la confusion des outils*

422. **Confusion des outils** - Sans être jamais nommée, l'intrusion des outils personnels dans la sphère professionnelle devient un sujet de réflexion pour les juges. A travers sa jurisprudence récente, la Cour de Cassation semble se diriger vers un accroissement du pouvoir de direction de l'employeur. Pour protéger l'entreprise, la jurisprudence choisit de confondre les outils technologiques qu'ils soient personnels ou professionnels. Un raisonnement qui, appliqué à la messagerie personnelle (a), au dictaphone (b), au matériel personnel (c), ou bien au Wifi dans l'entreprise (d), va dans le sens du brouillage et de l'intrusion de la sphère professionnelle dans la sphère personnelle.

a. Messagerie personnelle

423. **Messages envoyés depuis une messagerie personnelle** – Utiliser sa messagerie personnelle au travail pour ses communications ne fait pas obstacle au pouvoir de contrôle de l'employeur. En effet, la Cour de Cassation ne fait pas de distinction entre les informations contenues sur la messagerie électronique personnelle et la messagerie professionnelle à partir du moment où ils sont enregistrés sur l'outil mis à la disposition par l'employeur. Dans un arrêt du 19 juin 2013¹³³⁷, la Cour de cassation s'est prononcée dans une affaire où le poste informatique d'un salarié avait été contrôlé par un expert mandaté par l'employeur et son contenu utilisé à l'occasion de son licenciement. L'expert avait consulté l'ensemble des documents figurant sur le disque dur pour établir un rapport sur son contenu en excluant de celui-ci les fichiers expressément marqués personnels, de sorte que l'employeur n'y avait pas eu accès. En revanche, parmi les éléments transmis à ce dernier par l'expert se trouvaient notamment des courriels et fichiers échangés par le salarié à partir de son adresse personnelle, enregistrés sur son disque dur professionnel sans aucune mention particulière. Peu importe donc l'origine du

¹³³⁷ Cass. soc., 19 juin 2013, pourvoi n°12-12.138, Bull. civ., V, n°158, op. cit.

fichier en cause, le support sur lequel il sera consulté ou conservé lui confèrera sa propre nature¹³³⁸.

424. **Critère de la « mise à la disposition »** - La Cour de cassation rappelle dans cette décision un principe constant en matière de consultation des fichiers : les contenus créés par le salarié à partir de l'outil mis à disposition par l'employeur sont présumés professionnels et peuvent ainsi être consultés par l'employeur sans restrictions particulières¹³³⁹. La Cour de cassation semble faire application d'une présomption d'apparence déjà dégagée dans des arrêts antérieurs et notamment celui du 12 février 2013¹³⁴⁰. Les courriels et fichiers intégrés dans le disque dur de l'ordinateur mis à disposition du salarié par l'employeur ne sont pas identifiés comme personnels du seul fait qu'ils émanent initialement de la messagerie électronique personnelle du salarié. Cette prérogative résulte du pouvoir de direction de l'employeur qui est en droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant leur temps de travail¹³⁴¹. Les documents figurant sur un disque dur professionnel sont censés être utilisés à cette fin, « le salarié est d'abord dans l'entreprise pour exécuter sa prestation de travail »¹³⁴². En retenant que les messages issus d'une messagerie électronique personnelle du salarié qui se trouvent sur le disque dur professionnel ne sont pas automatiquement identifiés comme « privés » et peuvent donc faire l'objet de contrôle, la Cour de cassation refuse le principe d'une labellisation privée ou personnelle « implicite » des messages. Une solution contraire aurait pu avoir des conséquences sur l'efficacité des contrôles. Cette analyse peut toutefois être remise en cause notamment lorsque les outils sont utilisés en dehors du temps et du lieu de l'entreprise à partir d'outil nomade qui suivent le salarié dans ses déplacements et à son domicile. On peut également regretter cette solution qui renforce le contrôle de l'employeur sur les contenus créés par le salarié sur le lieu de l'entreprise, mais à partir d'une application personnelle, étrangère à l'entreprise. En définitive, le salarié qui utilise le système informatique de l'employeur, même *a minima*, fait présumer le caractère professionnel des contenus connectés ou utilisés.

¹³³⁸ M. Nord-Wagner, « Les courriels et fichiers, non identifiés comme personnels, transférés de la messagerie personnelle d'un salarié vers le disque dur de son ordinateur professionnel sont réputés être professionnels », *RDT*, 2013, p. 708.

¹³³⁹ *Cass. soc.*, 18 oct. 2006, pourvoi n°04-48.025, *Bull. civ.*, V, n°308, *op. cit.*

¹³⁴⁰ *Cass. soc.*, 12 fév. 2013, pourvoi n°11-28.649, *Bull. civ.*, V, n°34.

¹³⁴¹ E. Caprioli, « Validité du contrôle du contenu de messages envoyés depuis une messagerie personnelle », *Communication Commerce électronique*, vol. 10, octobre 2013, p. 110.

¹³⁴² B. Bossu, « Un courriel émanant initialement de la messagerie personnelle du salarié peut avoir un caractère professionnel », *JCP S*, 2013, p. 1360.

425. **Licence logicielles** – Point d’attention supplémentaire, lorsque le salarié souhaite utiliser une application personnelle pour travailler. Les licences de certaines applications sont gratuites, si elles sont utilisées dans le cadre strictement personnel, et deviennent payantes dans le cadre professionnel. Il arrive également que le salarié utilise sur ses outils personnels des versions « piratées ». *A contrario*, si l’entreprise dispose d’une licence, il est possible que le salarié puisse installer le logiciel professionnel sur son ordinateur personnel à condition que la licence le prévoie. Un contrat de licence peut prévoir par exemple que « toutes les copies des Logiciels utilisées par des employés intérimaires, prestataires de services et consultants devront être supprimées de l’ordinateur de ces personnes dès qu’elles auront cessé de travailler dans les locaux du Licencié »¹³⁴³.

426. **Respect du contrat de licence** - Bien que l’expression « acheter un logiciel » soit courante, elle concerne un droit d’utilisation limité au cadre établi par la licence¹³⁴⁴. Le titulaire des droits concède alors la licence à titre gratuit uniquement pour une utilisation non commerciale, et se réserve les exploitations donnant lieu à rémunération. Or, pour avoir le droit d’utiliser un logiciel, il faut que le titulaire des droits l’autorise. En vertu de l’article L.122-6 du Code de la propriété intellectuelle, l’auteur du logiciel dispose du droit d’effectuer ou d’autoriser la reproduction, l’adaptation et la mise sur le marché par vente ou location. L’utilisateur doit respecter l’ensemble des prescriptions prévues à l’article L.131-3 du CPI. Le contrat de licence mentionne ainsi chacun des droits cédés et précise le domaine d’exploitation de ces droits quant à leur étendue et à leur destination, lieu et durée.

427. **Sanctions** - Il est impératif pour l’utilisateur et pour l’entreprise de bien respecter ces clauses. En cas d’utilisation sans autorisation, l’utilisateur, comme l’entreprise qui en profite, s’expose à des sanctions pour contrefaçon¹³⁴⁵. Cette problématique se résout en listant les applications personnelles ou professionnelles, et en respectant scrupuleusement leurs limitations. Si l’application est payante en usage professionnel, il

¹³⁴³ Extrait du contrat de licence « FileMaker » disponible sur http://www.filemaker.com/company/legal/docs/sla/fmi_sla_fr.pdf

¹³⁴⁴ M. Vivant, C. Le Stanc, L. Rapp et M. Guibal, *Lamy droit de l’informatique et des réseaux*, Paris, Lamy, 2011.

¹³⁴⁵ Le titulaire du monopole d’exploitation que représente le droit d’auteur est protégé des violations de son droit par le biais de l’action en contrefaçon qui vient sanctionner toute atteinte à son droit, notamment toute utilisation de son œuvre non autorisée par lui et non légitimée par une exception légale. L’action en contrefaçon comporte de nombreuses spécificités par rapport à une action de droit commun. Ainsi, l’article L. 331-1-3 du Code de la propriété intellectuelle dans sa version issue de la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 permet au titulaire des droits d’auteur de demander que lui soit allouée une somme forfaitaire à titre de dommages et intérêt, l’article précisant que dans ce cas celle-ci doit être « supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l’auteur de l’atteinte avait demandé l’autorisation d’utiliser le droit auquel il a porté atteinte ».

faudra anticiper le partage des coûts entre le salarié et l'employeur¹³⁴⁶. Un salarié licencié pour faute grave pour avoir téléchargé et utilisé sur le lieu de travail un logiciel sans licence valable peut contester ce licenciement si l'utilisation du logiciel litigieux s'était faite au vu et au su de l'employeur et même à sa demande¹³⁴⁷.

b. Accès au dictaphone

428. **Arrêt du 23 mai 2012** - Alors que l'hypothèse du contrôle de l'employeur sur les outils personnels et surtout les limites de ce contrôle sont encore peu discutées par la doctrine, un arrêt pose les prémices d'un nouvel encadrement. La Cour de cassation s'est penchée sur le cas d'une salariée licenciée pour avoir enregistré des conversations au sein de son entreprise, ceci à l'aide de son dictaphone personnel. Alors qu'elle était absente, son employeur a découvert l'objet du méfait et l'a immédiatement utilisé afin de savoir ce qui y était enregistré. Or selon l'arrêt, « l'employeur ne pouvait 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 »¹³⁴⁸. La formulation négative utilisée par la Cour de cassation ne doit pas laisser place à l'ambiguïté : les magistrats posent le principe d'un contrôle possible de l'employeur sur les contenus privés¹³⁴⁹.

429. **Assimilation aux documents identifiés comme personnels** – Il convient de rappeler que, par principe, la Cour de cassation a jugé que les données contenues sur un ordinateur mis à disposition des salariés par l'employeur sont présumées avoir un caractère professionnel¹³⁵⁰. Dans ces conditions, un employeur peut y avoir accès sans porter atteinte à la vie privée du salarié concerné. Par exception, commet une atteinte à la vie privée l'employeur qui se permet d'accéder à des fichiers identifiés comme personnels par le salarié, sans que ce dernier ne soit présent ou dûment appelé¹³⁵¹. Or, la Cour de cassation énonce la même règle que celle admise lorsque le support des données appartient à l'entreprise mais qu'il a été identifié comme personnel : l'employeur peut y avoir accès à condition que le salarié soit présent ou dûment appelé n aurait pourtant

¹³⁴⁶ Supra. Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 3, II, C, 4 : « les modalités de remboursements des outils personnels ».

¹³⁴⁷ Cass. soc., 16 juin 2015, pourvoi n°13-26.913, inédit.

¹³⁴⁸ Cass. soc., 23 mai 2012, pourvoi n°10-23.521, Bull. civ., V, n°156.

¹³⁴⁹ F. Coupez, *Usage des moyens informatiques dans l'entreprise : la Cour de cassation pousserait-elle à la mise à jour des chartes ?*, <http://www.journaldunet.com/management/expert/52365/usage-des-moyens-informatiques-dans-l-entreprise---la-cour-de-cassation-pousserait-elle-a-la-mise-a-jour-des-chartes.shtml>, consulté le 13 mars 2014.

¹³⁵⁰ Cass. soc., 18 oct. 2006, pourvoi n°04-48.025, Bull. civ., V, n°308, op. cit.

¹³⁵¹ Cass. soc., 17 mai 2005, pourvoi n°03-40.017, Bull. civ., V, n°165, op. cit.

pu imaginer que, s'agissant d'un support purement personnel, la Cour de cassation opère une distinction en interdisant de façon absolue l'accès à l'enregistrement effectué sur le dictaphone appartenant au salarié.

430. **Conditions d'accès** – En procédant à une lecture *a contrario* de l'arrêt, il ressort que la consultation des enregistrements pourrait être licite si l'employeur fait appeler le salarié, et ce quand bien même l'outil, le support physique, est personnel¹³⁵². La Cour de cassation semble assimiler les outils personnels aux documents personnels créés à partir des outils mis à la disposition par l'employeur. Si on se réfère à la jurisprudence sur les dossiers estampillés « personnels »¹³⁵³, la consultation des supports appartenant au salarié par l'employeur est permise dans deux hypothèses. Tout d'abord, le salarié doit être présent, ou pour le moins, il doit avoir été informé de la prochaine consultation de ses fichiers informatiques et dûment appelé pour y assister. Le salarié ne peut pas s'opposer à l'intervention de l'employeur. Ensuite, en cas de risque ou d'événement particulier l'employeur pourra de son propre chef et sans prévenir le salarié, ouvrir les fichiers informatiques¹³⁵⁴.

431. **Une protection insuffisante** – On peut voir dans cette solution, a priori protectrice de la vie privée, une sérieuse entorse à l'article 9 du code civil. Une situation paradoxale, quand on sait que la presse généraliste, à l'occasion du traitement de l'arrêt « Mes Documents »¹³⁵⁵, encourageait les salariés à transférer leurs fichiers personnels sur des supports personnels. « Si un document sensible doit transiter par votre poste de travail, transférez-le sur un support vous appartenant, comme un disque dur externe, une clé USB ou votre Smartphone personnel »¹³⁵⁶. Une recommandation suivie dans de très nombreuses entreprises et qui avait le mérite de « cloisonner » matériellement (physiquement), la vie privée au travail. Rappelons, que lorsque l'employeur procède à l'ouverture d'un casier ou d'une armoire contenant des objets personnels, le respect dû à la vie privée du salarié exige des conditions particulières de protection¹³⁵⁷. De manière ancienne, la Cour de cassation estime que l'employeur ne peut pas, « sauf circonstances exceptionnelles, ouvrir les sacs appartenant aux salariés pour en vérifier le contenu

¹³⁵² A. Astaix, « Les outils techniques personnels des salariés : quelle confidentialité ? », *Dalloz actualité*, juin 2012.

¹³⁵³ *Infra*. Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 3 I, B, 1 : « identifier la vie privée résiduelle ».

¹³⁵⁴ Lamy Prud'hommes – 2014 n°317-54 « Fouille » des supports matériels et immatériels du salarié

¹³⁵⁵ *Cass. soc.*, 10 mai 2012, pourvoi n°11-13.884, *Bull. civ.*, V, n°135, *op. cit.*

¹³⁵⁶ C. Woitier, « Le dossier «Mes documents» consultable par l'employeur », *Le Figaro*, 05/11/2012.

¹³⁵⁷ *Infra*. Partie 1, titre 1, chapitre 3, Section 2 : « la loyauté de la preuve ».

qu'avec leur accord et à la condition de les avoir avertis de leur droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin »¹³⁵⁸. Cette exigence protectrice de la vie privée du salarié aurait pu être adaptée aux outils personnels du salarié¹³⁵⁹. La Cour de cassation a adopté un raisonnement contraire.

432. **Quelle limite ?** - Une question reste en suspens : la Cour de cassation ira-t-elle jusqu'au bout de sa logique ? L'extension du pouvoir de l'employeur est-elle applicable à tous les outils personnels du salarié ? Les *smartphones* en ce qu'ils permettent la captation d'images ou l'enregistrement audiovisuel pourraient tout à fait devenir la cible d'employeurs indéclicats. « À relire la solution dégagée par l'espèce rapportée, il suffirait qu'un employeur subodore un enregistrement illicite sur le lieu de travail et fasse appeler le salarié pour pouvoir consulter, en sa présence et en toute impunité, les photographies familiales et privées contenues dans le téléphone pourtant personnel... »¹³⁶⁰. Alors qu'une réponse négative devrait s'imposer au regard de la jurisprudence sur la portée de la vie privée dans l'entreprise, les dernières solutions entretiennent une incertitude, heureusement contrebalancée par le nécessaire respect du caractère justifié et proportionné des atteintes aux droits du salarié et par l'exigence de loyauté dans la constitution de la preuve¹³⁶¹.

c. Matériel personnel connecté au système informatique de l'entreprise

433. **Arrêt du 12 février 2013** - Un Smartphone, une tablette tactile ou même un PC portable apporté par un salarié est susceptible d'être relié à un autre appareil appartenant à l'entreprise ou tout simplement au réseau Wifi interne. Comment cela doit-il être considéré ? Une assistante administrative est licenciée pour faute grave, pour avoir enregistré sur une clé USB des informations confidentielles concernant l'entreprise qui l'employait et des documents concernant des collègues de travail et le dirigeant de la société. S'étant éloignée de son poste de travail, elle avait laissé la clé connectée à son ordinateur professionnel. L'employeur avait pris connaissance du contenu de ce support. « Pour dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel retient que

¹³⁵⁸ Cass. soc., 11 fév. 2009, pourvoi n°07-42.068, Bull. civ., V, n°40.

¹³⁵⁹ A. Morin-Galvin, « Le contrôle patronal de l'usage par le salarié d'un matériel personnel. Le difficile équilibre entre les droits de l'employeur et ceux du salarié », *RJS*, Avril 2014, p. 236.

¹³⁶⁰ A. Astaix, « Les outils techniques personnels des salariés : quelle confidentialité ? », *op. cit.*

¹³⁶¹ *Supra*. Partie 2, titre 2, chapitre 1, section 1, I, B : droit au respect de la vie sociale.

l'employeur ne peut se prévaloir d'un moyen de preuve illicite, la salariée n'étant pas présente lorsque sa clé USB personnelle a été consultée par son employeur et n'ayant donc pas été informée de son droit d'en refuser le contrôle ou d'exiger la présence d'un témoin »¹³⁶². L'employeur se pourvoit en cassation et obtient gain de cause. Pour la Cour, « une clé USB, dès lors qu'elle est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail, étant présumée utilisée à des fins professionnelles, l'employeur peut avoir accès aux fichiers non identifiés comme personnels qu'elle contient, hors la présence du salarié ».

434. Présomption d'usage professionnel - Le juge utilise une nouvelle présomption s'agissant du matériel appartenant au salarié. Dès lors qu'une clé USB est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail, elle est présumée utilisée à des fins professionnelles, et l'employeur peut dès lors avoir accès aux fichiers non identifiés comme personnels qu'elle contient, hors la présence du salarié. La Cour de cassation étend dans cet arrêt la règle qu'elle avait posée en matière de fichiers créés sur le disque dur de l'ordinateur professionnel¹³⁶³. Cette nouvelle présomption jurisprudentielle bénéficie à l'employeur. Elle est en l'espèce tirée par le juge de cassation de l'apparence créée par la connexion de la clé à l'ordinateur. Une présomption construite comme la théorie de l'accessoire en droit de la construction¹³⁶⁴. Celle-ci pose la présomption que les constructions appartiennent au propriétaire du terrain. Sauf, qu'il s'agit d'une maison, et que cette présomption cède devant la preuve contraire, c'est-à-dire un titre ou la prescription acquisitive¹³⁶⁵. Ce qui n'est ici pas le cas.

435. Présomption irréfragable - Conformément à l'article 9 du code de procédure civile, mentionné dans l'arrêt, « il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ». La présomption pourrait en principe être renversée par un témoignage contraire ou une présomption inverse, que doit apporter le salarié pour établir que, bien que connectée à l'ordinateur professionnel, la clé est personnelle, et utilisée à des fins personnelles. En effet, les clés USB appartiennent souvent aux salariés qui transportent des informations entre leur domicile

¹³⁶² Cass. soc., 12 fév. 2013, pourvoi n°11-28.649, Bull. civ., V, n°34, op. cit.

¹³⁶³ Cass. soc., 21 sept. 2011, pourvoi n°10-14.869, inédit, op. cit.

¹³⁶⁴ C. civ. art. 553.

¹³⁶⁵ Les droits et actions en justice afférents à l'immeuble lui sont accessoires et sont transmis en tant que tels. M. Cottet, « La transmission des actions accessoires à l'immeuble : un ordre, relatif, et fragile », *Revue des contrats*, n° 04, 12 janvier 2014.

et l'entreprise, entre leurs outils personnels et professionnels. Il peut s'agir de notes de frais, de documents à terminer à la maison... Or la question de la propriété de la clé n'est pas posée par l'arrêt. Elle aurait d'ailleurs été facilement démontrable, dès lors que la clé ne ressemble pas aux clés fournies par l'employeur. Pour la Cour de cassation, la connexion à l'ordinateur est suffisante pour caractériser la présomption d'utilisation professionnelle d'un périphérique de stockage. Pour les juges, la clé USB connectée à un ordinateur professionnel, même si elle appartient personnellement au salarié, n'est qu'un prolongement de l'ordinateur professionnel mis à la disposition du salarié. Par conséquent, dès lors que l'employeur constate qu'une clé USB est raccordée à l'ordinateur professionnel, il n'y a pas à s'interroger sur le caractère professionnel ou personnel de celle-ci¹³⁶⁶.

d. Wifi dans l'entreprise

436. **Définition** - Le Wifi est « un réseau local hertzien (sans fil) à haut débit destiné aux liaisons d'équipements informatiques dans un cadre domestique ou professionnel »¹³⁶⁷. Dans la pratique, il permet de relier des ordinateurs portables, des machines de bureau, des téléphones, des objets communicants... En quelques années, le recours à internet au travail est devenu indispensable pour nombre de salariés. Ils se connectent, ou souhaitent se connecter avec leurs outils personnels sur le réseau Wifi de leur entreprise, pour suivre l'actualité, recevoir leurs mails personnels, ou consulter leur profil Facebook. Mais est-ce sans risque ?

437. **Contrôle des connexions Internet** - En principe, l'employeur a le droit de contrôler l'utilisation des connexions Internet effectuées par ses salariés pendant leur temps de travail. Dans un arrêt du 9 juillet 2008¹³⁶⁸, la Cour de Cassation admet que : « Les connexions établies par un salarié sur des sites Internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence ». Mais

¹³⁶⁶ L. Draï, « Fasc. 1192 : Contrôle par l'employeur de l'usage des technologies de l'information et de la communication par ses salariés », *op. cit.*

¹³⁶⁷ É. Larousse, *Définitions : wi-fi - Dictionnaire de français Larousse*, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/wi-fi/10910038>, consulté le 12 août 2016.

¹³⁶⁸ *Cass. soc.*, 9 juil. 2008, pourvoi n°06-45.800, *Bull. civ.*, V, n°150, *op. cit.*

qu'en est-il des connexions établies avec le matériel du salarié ? Doit-on appliquer la présomption du caractère professionnel des connexions internet aux connexions effectuées à partir de l'outil personnel du salarié ? Et selon quelles conditions ?

438. **Présomption professionnelle** - Dans l'arrêt du 12 février 2013, la connexion était physique, puisque la clé USB était branchée sur l'ordinateur de l'entreprise, mais une solution identique pourrait être adoptée dans le cas d'une connexion non filaire, par Wifi par exemple. Tant que l'équipement, même personnel au salarié, est connecté d'une manière ou d'une autre au réseau informatique de l'entreprise, l'employeur pourrait y avoir accès librement hors la présence du salarié, sauf pour les fichiers identifiés comme personnels¹³⁶⁹. Évidemment, on imagine mal un salarié identifié des contenus personnels sur un outil qui lui appartient. Cette solution n'est pas satisfaisante. La question du contrôle de l'usage d'Internet est difficile sur les outils de l'entreprise, elle l'est encore plus sur les outils personnels du salarié et le droit n'a pas encore pris en compte cet état de fait. Doit-on assimiler la connexion internet à un outil mis à disposition par l'employeur ? Si on répond par l'affirmative, les enjeux pour la protection de la vie privée du salarié sont particulièrement saillants.

439. **Obligation de contrôle** – Dès lors que l'employeur permet aux salariés de se connecter à internet sur son réseau, il est tenu d'en contrôler l'usage¹³⁷⁰. En effet, l'entreprise est responsable des infractions commises par l'intermédiaire de son réseau internet et devra répondre des infractions des utilisateurs de son réseau qu'ils soient salariés ou clients de passage dans ses locaux. Outre des amendes et l'éventuelle réparation du préjudice, l'entreprise s'expose en théorie à la suspension de l'accès à internet pour une durée maximale d'un mois¹³⁷¹. Bien que rarement mis à exécution, Hadopi oblige par exemple l'entreprise à mettre en œuvre des protections empêchant le téléchargement illégal. En effet, même si la personne qui télécharge n'est pas le titulaire de l'abonnement à internet, ce dernier peut être sanctionné pour non-surveillance et négligence caractérisée. L'article R. 335-5 du Code de la propriété intellectuelle précise la notion de négligence caractérisée, il ressort que le fait, pour une entreprise, de ne pas avoir mis en place les spécifications organisationnelles décrites (charte, sessions de

¹³⁶⁹ A. Contamine, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation - Accès de l'employeur au contenu d'une clé USB du salarié connectée à l'informatique de l'entreprise », *D.*, 2013, p. 1768.

¹³⁷⁰ 50% des actes de piratage ont lieu sur le lieu de travail et/ou avec les outils informatiques professionnels. L. Hervé et C. Bouchoux, *La HADOPI : totem et tabou*, Sénat, 2015, p. 54.

¹³⁷¹ CPI. art. L335-7-1.

sensibilisation, etc.) pourrait être considéré par un juge comme le fait de ne pas avoir mis en place ce « moyen de sécurisation » ou au minimum d'avoir manqué de diligence dans sa mise en œuvre, ce qui entraînerait nécessairement l'application des sanctions prévues. Face à ces exigences toujours plus fortes de sécurisation de ses systèmes d'information, les petites et moyennes entreprises sont moins bien outillées pour prévenir le piratage comme le relève un rapport du Sénat intitulé « la HADOPI : totem et tabou »¹³⁷².

440. Accompagner un usager raisonnable – Un usage raisonnable par le salarié de son outil personnel au temps et au lieu du travail peut être admis et accompagné par l'entreprise. Mais il ne s'agit pas de donner un blanc-seing au salarié. Certaines entreprises créent des réseaux sans fil sécurisés secondaires sur lesquels les salariés sont autorisés à connecter leurs dispositifs personnels, en s'inspirant des réseaux destinés aux visiteurs. Plus souple, cette dernière approche a le mérite de préserver la sécurité du système informatique mais ne permet pas de faire l'économie d'une charte et d'un contrôle des usages. Il faut accompagner l'usage des salariés plutôt que d'en nier l'existence. En acceptant que le salarié accède au réseau informatique de l'entreprise, certes l'employeur abandonne la propriété des outils, mais il retrouve aussi ses prérogatives en matière de contrôle. La première obligation du salarié reste de ne pas nuire à la productivité de l'entreprise. En reconnaissant les outils personnels, l'employeur les encadre. Il ne s'agit pas d'un contrôle actif, mais de tracer a minima l'activité de ses salariés sur Internet. Le filtrage d'URL permet un contrôle a priori en bloquant les sites interdits par la loi, mais il n'est pas suffisant pour protéger l'entreprise. En cas d'utilisation frauduleuse du réseau de l'entreprise, l'entreprise se garde le moyen de vérifier les connexions effectuées par le salarié à partir de son outil personnel. Le contrôle peut avoir pour objet les sites Internet visités, l'identification de l'ordinateur ainsi que le relevé des temps, dates et heures des connexions. Si un employeur collecte des informations sur l'usage d'Internet par ses salariés ou ses clients sur leurs outils personnels, il est juridiquement obligé de les en informer individuellement¹³⁷³. Par exemple, au sein du groupe Total, à chaque fois qu'un

¹³⁷² L. Hervé et C. Bouchoux, *La HADOPI : totem et tabou*, op. cit., p. 55.

¹³⁷³ Infra. Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 1, I, C : les procédures « vis-à-vis des salariés ».

utilisateur se connecte au « Wifi Guest » il doit d'abord s'engager à respecter ses conditions d'utilisation¹³⁷⁴. Le salarié est libre de refuser et de ne pas l'utiliser.

C. Encadrer l'usage des outils informatiques

441. **Un droit en construction** - Dans le cadre de l'utilisation d'un moyen professionnel par un salarié à titre personnel, il existe une vaste jurisprudence qui a permis d'aiguiller les politiques des entreprises, et les salariés connaissent leurs droits et leurs devoirs. Avec l'utilisation des outils personnels dans le cadre professionnel, nous sommes face à une situation inversée. La jurisprudence est lacunaire et on attend encore des prises de positions claires. Concernant l'usage des outils personnels du salarié l'employeur peut difficilement prévoir une interdiction absolue. Il faut pourtant trouver un équilibre juridique pour concilier la liberté technologique des salariés avec les intérêts de l'entreprise. Toutefois, les moyens classiques et renouvelés du droit du travail fournissent des éléments de solution¹³⁷⁵. On peut notamment envisager la proportionnalité des restrictions (1), les règles de gouvernance propres aux données de l'entreprise (2), le financement (3) et enfin les modalités de remboursement des outils de travail (4).

1) Proportionnalité des restrictions

442. **Principe** – Il convient d'appliquer le principe de proportionnalité à tous les objets personnels du salarié. Le caractère exceptionnel des atteintes susceptibles d'être portée à la vie privée du salarié est soutenu par l'article L. 1121-1 du Code du travail,

¹³⁷⁴ Conditions générales d'utilisation du réseau wifi guest du groupe Total.

I. Objet : Les présentes Conditions Générales définissent les termes et conditions de l'accès au Service « Wifi Guest » mis à disposition des invités dans les locaux du groupe Total. L'Utilisateur accepte dans réserve les présentes Conditions Générales en cochant sur la case qui lui est présentée lors de sa connexion au Service.

IV. Engagements de l'utilisateur (...) L'Utilisateur est seul responsable de l'utilisation qu'il fait du Service. A ce titre, le groupe Total ne répondra en aucun cas de l'utilisation illicite ou malveillante du Service et l'Utilisateur s'oblige à supporter tous les risques en découlant et à en tenir Total SA, ou ses Affiliées, intégralement indemnes.

V. Conservation des données de connexion (...).

Conformément aux dispositions de l'article L.34-1 II du CPCE, Total SA conservera pendant une durée d'un an les informations dont la liste figure ci-après pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales ou d'un manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle: - Les informations nominatives ou tout élément permettant d'identifier l'Utilisateur ; - Les données relatives aux équipements terminaux de communication utilisés ; - Les caractéristiques techniques ainsi que la date, l'horaire et la durée de chaque communication ; - Les données relatives aux services complémentaires demandés ou utilisés et leurs fournisseurs ; - Les données permettant d'identifier le ou les destinataires de la communication.

¹³⁷⁵ A. Morin-Galvin, « Le contrôle patronal de l'usage par le salarié d'un matériel personnel. Le difficile équilibre entre les droits de l'employeur et ceux du salarié », *op. cit.*, p. 236.

selon lequel : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». En l'absence d'un cadre juridique précis sur le « Bring Your Own Device ». L'entreprise doit se positionner pour dire si elle accepte cette pratique ou si elle la refuse. Si elle ne fait rien (comme pour le « télétravail gris »¹³⁷⁶) elle s'expose.

443. Bannir les outils personnels - L'interdiction des outils informatiques personnels sur le lieu de travail est difficile à justifier. La jurisprudence reconnaît un droit à la correspondance privée sur le temps de travail¹³⁷⁷. Une interdiction absolue est, par principe, à proscrire tant celle-ci serait attentatoire à la liberté individuelle et à la vie privée des salariés, sauf pour les postes à haut risque, lesquels peuvent, par exception, justifier une interdiction de tout usage de matériel personnel pendant le travail. L'obligation de sécurité impose une attention particulière lorsque les fonctions exposent les salariés à un danger, comme les ouvriers manutentionnaires, les conducteurs d'engins de chantiers. L'entreprise n'a en outre aucun droit à brouiller ou à interdire l'usage des téléphones mobiles, sauf dans des cas dérogatoires imposés par la nature même de l'activité¹³⁷⁸. Seules certaines entreprises, comme celles évoluant dans des domaines sensibles comme la défense ou le secteur bancaire doivent éviter à tout prix que des données sensibles se retrouvent sur internet. Dans certains secteurs comme la défense, où les informations peuvent être classées « secret défense », les accès aux ports USB et au graveur CD/DVD des postes de travail peuvent être verrouillés, les téléphones personnels peuvent également être interdits d'accès¹³⁷⁹. Chez Orange, certains services sont interdits, comme ceux de stockage « cloud » de documents, fichiers ou dossiers professionnels¹³⁸⁰. Ces restrictions aux droits des salariés et à leurs libertés individuelles sont alors justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but

¹³⁷⁶ Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2, I : « la porosité des temps de travail ».

¹³⁷⁷ Cass. soc., 2 oct. 2001, pourvoi n°99-42.942, Bull. civ., V, n°291, op. cit.

¹³⁷⁸ Dans certains établissements affectés aux besoins de la défense et de la sécurité nationale, des installations radioélectriques de brouillage peuvent être utilisées aux fins de rendre inopérants, tant pour l'émission que pour la réception, les appareils de communications électroniques de tous types (téléphones mobiles et ordinateurs portables par exemple) « Article 77, arrêté du 23 juillet 2010 portant approbation de l'instruction générale interministérielle sur la protection du secret de la défense nationale ».

¹³⁷⁹ Afin d'assurer la protection des informations ou supports classifiés au cours des réunions de travail et des conférences l'autorité organisatrice s'assure que personne ne détienne, lors de la réunion, d'appareil permettant la captation, la réémission et l'enregistrement d'informations tel que, par exemple, un téléphone mobile, un assistant personnel (PDA) ou un ordinateur portable. *Ibid.*

¹³⁸⁰ CNIL, « 3 questions à... Jean-François Audenard, Cyber Security Advisor pour Orange Business Services », *IP innovation & prospective*, n° 7, juin 2014, p. 3.

recherché. Il faudra néanmoins définir un périmètre strict, tous les salariés de ces entreprises n'évoluant pas dans le même environnement.

444. Interdire l'usage professionnel des outils personnels - En revanche, l'entreprise a parfaitement le droit d'interdire l'usage professionnel des outils personnels pour un usage professionnel soit pour toute l'entreprise soit pour une catégorie de salariés. Dans ce second cas, il faudra justifier la distinction par des impératifs de sécurité ou de sensibilité des informations qui ne pourraient être échangés sur un réseau extérieur à l'entreprise. Il convient de préciser de la même manière que tout le monde n'est pas éligible au télétravail, tous les salariés n'ont pas vocation à travailler sur leurs propres outils. Il est par exemple possible d'exclure les salariés sédentaires. L'employeur doit alors être vigilant, le cadre de l'exécution du contrat de travail, toute mesure prise par l'employeur peut relever d'une discrimination si les motifs ne correspondent pas à l'intérêt de l'entreprise et à des critères objectifs¹³⁸¹. Or, la pratique du BYOD génère plusieurs risques de non-respect du principe d'égalité. Par exemple la distinction entre cadre et non cadre n'est pas déterminante. Il faut se concentrer sur la mission des salariés. Les employés les mieux équipés travailleront plus volontiers sur leurs outils personnels. En matière de recrutement, en l'absence de jurisprudence, on peut procéder par analogie. Selon Maître François Coupez, avocat associé au cabinet Caprioli & Associés « sélectionner un candidat en fonction de la détention d'une tablette ne serait pas punissable »¹³⁸². Cependant, l'employeur n'a le droit de demander à un employé s'il a une tablette, que si la maîtrise de cet outil fait partie des compétences nécessaires au poste¹³⁸³.

445. Exclusion de catégories objectives de salariés - Une entreprise qui met en place une politique de BYOD doit également s'assurer que les salariés se forment à la sécurité¹³⁸⁴. L'entreprise a le droit mettre en place des programmes de formations obligatoires. Dans ce cas le salarié doit s'engager à les suivre sous peine d'être privé de

¹³⁸¹ J. Barthélémy, « Le principe d'égalité de traitement », *Les Cahiers du DRH*, n° 157, septembre 2009, p. 31-41.

¹³⁸² T. Lévy-Abégno, *Bring your own device : dix questions pour respecter la réglementation*, <http://www.indexel.net/materiels/bring-your-own-device-dix-questions-pour-respecter-la-reglementation-3586.html>, consulté le 6 juin 2014.

¹³⁸³ Infra. Partie 1, titre 1, chapitre 2, section 1, I : « la collecte des données sur le candidat ».

¹³⁸⁴ La première défense du système d'information de l'entreprise est l'utilisateur. Il est donc essentiel que celui-ci possède les connaissances nécessaires pour appréhender les enjeux de la sécurité dans le cadre d'une utilisation privée et/ou professionnelle. Ceci est d'autant plus important, dans le cas du BYOD, qu'il existe une très forte disparité dans le niveau d'appropriation des fonctionnalités des smartphones que peuvent avoir les différents utilisateurs. Il faudra en particulier veiller à la qualité de cette sensibilisation qui devra être adaptée au public pour augmenter son efficacité opérationnelle. A. Dominique et C. Stéphane, *La sécurité des accès mobiles : au-delà du BYOD*, Lavoisier, 2012, p. 169.

l'utilisation de son équipement personnel dans son exercice professionnel. Si un salarié refuse que ses données soient effacées à distance en cas de vol, on peut exclure objectivement la personne à l'utilisation du BYOD.

446. Proportionnalité du contrôle - L'une des solutions mobilisées par les organisations pour gérer le BYOD est le MDM (*Mobile Device Management*). Il permet à l'employeur de contrôler à distance les terminaux de ses employés, qu'ils auront préalablement déclarés et enrôlés, afin de sécuriser au mieux les données de l'organisation. L'employeur peut par exemple installer des contenus en fonction du profil de l'employé, mais aussi forcer la mise en place de politiques de sécurité. En cas de perte ou de vol de l'appareil, il peut également effacer les données du téléphone. Dès lors que le téléphone est utilisé aussi bien à des fins personnelles que professionnelles, ce contrôle de l'employeur sur les données du téléphone pose question car il est difficile dans ces conditions, pour l'employé, de garder ses données personnelles à l'abri des regards et des actions de l'employeur¹³⁸⁵. Il faut en effet rappeler que le contrôle soit proportionné à l'objectif que l'entreprise souhaite se donner, par exemple l'obligation de faire respecter la durée minimale de 11 heures de repos par jour¹³⁸⁶. Qu'il s'agisse d'un soupçon de vol, d'actes de concurrence déloyale ou d'enregistrement visuel et sonore des salariés, la déloyauté du salarié ne justifie pas un contrôle par principe¹³⁸⁷. Il faut que les salariés en aient été informés préalablement. Les entreprises pourront s'appuyer utilement sur leur correspondant informatique et liberté. Par ailleurs, l'introduction d'un dispositif encadrant les outils personnels nécessite l'approbation des instances représentatives du personnel. Les entreprises doivent permettre aux IRP d'apprécier la proportionnalité du dispositif, ce qui se traduit par la mise à disposition d'éléments d'information sur le projet. Les conséquences d'un tel projet doivent également être communiquées¹³⁸⁸.

447. La cohérence des restrictions – Au-delà du contrôle de proportionnalité opéré *a posteriori* par le juge, les salariés, utilisateurs du système informatique de l'entreprise accepteront d'autant plus facilement les restrictions, si elles sont justifiées et cohérentes. Si l'objectif est de garantir la productivité des employés, il est par exemple inutile de

¹³⁸⁵ CNIL et L. Le Moine, « Accompagner et contrôler le BYOD ? », *IP innovation & prospective*, n° 7, juin 2014, p. 3.

¹³⁸⁶ *Cass. soc.*, 24 avr. 2013, pourvoi n°11-28.398, *Bull. civ.*, V, n° 117.

¹³⁸⁷ *Infra*. Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 2 : « la licéité et la loyauté de la preuve ».

¹³⁸⁸ *Supra*. Partie 2, titre 2, chapitre 1 : « le numérique objet du dialogue social ».

bloquer les services de discussion en ligne qui peuvent au contraire se révéler efficaces pour travailler¹³⁸⁹. En effet, le salarié ne va pas travailler plus, mais il va chercher un moyen de retrouver ce service, en utilisant par exemple son téléphone personnel. Au lieu de le contrôler, l'entreprise va perdre la capacité technique de générer des statistiques sur son usage. Corrélativement, s'agissant de salariés manipulant des données sensibles, il est inutile d'envisager d'empêcher la fuite d'information en bloquant l'accès aux réseaux sociaux si l'entreprise n'a pas préalablement verrouillé l'ensemble des postes de travail et proscrit tous les *Smartphones*. L'entreprise devra être particulièrement au fait des évolutions technologiques et mettre à jour à chaque fois son règlement intérieur. En pratique, il est sans doute « utopiste » de penser pouvoir supprimer l'utilisation des outils personnels au sein de l'entreprise. Il est donc préférable de l'accepter et de l'encadrer. Chez Altran par exemple, il suffit d'une connexion internet et d'un navigateur pour consommer les services applicatifs (messagerie, gestion de la relation client, demande de voyage...) ¹³⁹⁰. Cette approche s'accompagne de mesures de sécurité. A chaque connexion distante, l'entreprise contrôle l'intégrité du terminal utilisé.

2) Règles de gouvernance

448. **Pallier les incertitudes** - Alors que la jurisprudence portant sur le contrôle par l'employeur de l'usage de son système d'information par ses salariés se construit lentement et que les questions pratiques sont chaque jour plus nombreuses, les chartes et règlements d'utilisation internes doivent évoluer régulièrement afin d'intégrer les évolutions technologiques, les pratiques des salariés et les besoins de l'entreprise. « Les pratiques de BYOD poussent en fait à faire évoluer la sécurité comme elle aurait sans doute dû évoluer depuis longtemps : d'une défense périmétrique sur le modèle des châteaux-forts à une défense centrée sur les données, et éventuellement sur les personnes concernées » ¹³⁹¹. Pour Adam Gillbe, Document Solutions Manager chez Canon Europe, beaucoup d'entreprises protègent leurs informations confidentielles en sécurisant leur système informatique contre les menaces externes comme les virus ou intrusions informatiques. Mais cela ne les protège pas des violations liées à la sécurité

¹³⁸⁹ Les réseaux sociaux permettent d'exercer son métier de façon plus compétitive : gain de temps, prise de contact, développement de son réseau, accès à des informations inédites, etc.

¹³⁹⁰ *Polémique DSI : Faut-il interdire l'usage des outils personnels à des fins professionnelles ?*, <http://pro.01net.com/editorial/592191/polemique-dsi-faut-il-interdire-lusage-des-outils-personnels-a-des-fins-professionnelles/>, consulté le 13 mars 2014.

¹³⁹¹ M. Grall, V. Toubiana et CNIL, « L'occasion de faire autrement », *IP innovation & prospective*, n° 7, juin 2014, p. 5.

des documents. La sécurité des documents ne peut pas dépendre que de la confiance, car la confiance ne donne pas aux employés des directives claires quant à ce qui constitue une violation de la confidentialité en entreprise. Si les employés ne comprennent pas ce qu'on attend d'eux, ils peuvent inconsciemment violer la confidentialité d'une entreprise¹³⁹².

449. **Gouvernance des contenus** – « La gestion des contenus fait référence aux processus et aux technologies supportant la création, la validation, la publication et l'archivage des contenus de l'entreprise en s'inscrivant dans une démarche collaborative »¹³⁹³. Il est essentiel pour l'entreprise de régler en amont les questions relatives au cycle de vie des contenus. Que faire des documents de travail présents sur une plateforme de travail collaboratif ou sur les supports personnels des salariés ? Faut-il archiver ces documents ? Combien de temps ? Qui en est responsable ? Autant de questions, dont les enjeux pour les organisations sont considérables, auxquelles la gouvernance doit apporter des réponses claires et précises. Pour y parvenir, il est nécessaire de mettre en place des règles et des standards pour l'ensemble des contenus de l'entreprise. La gouvernance n'est toutefois pas qu'une question d'outils. Pour Eric Vendeville, « elle doit prendre en compte l'organisation, le contexte, la culture, l'historique et toutes les particularités de l'entreprise afin de répondre au mieux aux impératifs de contrôle et de flexibilité qui lui sont propres, tant sur les dimensions technologiques, méthodologiques qu'organisationnelles »¹³⁹⁴. Les règles de comportement ainsi définies peuvent être opposables aux salariés dans le cadre du règlement intérieur par exemple.

450. **La voie réglementaire** – La mention de l'usage « raisonnable » et non préjudiciable au travail des TIC personnelles dans le cadre de dispositions spécialement prévues à cet effet est parfaitement envisageable au sein du règlement intérieur¹³⁹⁵. Toutefois concernant la rédaction de dispositions spécifiques à des technologies à l'obsolescence rapide, les formalités incontournables et l'aléa qui entoure la mise à jour du règlement intérieur expliquent la préférence pour des moyens plus simples à mettre en œuvre.

¹³⁹² A. Gillbe, *Sécurité des documents : comment éviter la menace et préserver la confidentialité des informations*, <http://www.canon.fr/>.

¹³⁹³ E. Vendeville, « Pourquoi et comment déployer une Gouvernance des contenus ? », *IT-expert*, n° 90, mars 2011, p. 10.

¹³⁹⁴ *Ibid.*, p. 6.

¹³⁹⁵ A. Martinon, « L'indiscrétion censurée par le juge », *JCP S*, n° 50, Décembre 2009, p. 234.

451. **Charte type** - « Instrument idoine »¹³⁹⁶ permettant à l'entreprise de gérer les problématiques liées à la mobilité des outils, les chartes informatiques constituent un dispositif efficace pour déterminer les conditions d'utilisation et de contrôle des outils informatiques et ainsi concilier les impératifs de sécurité avec le nécessaire respect de la vie privée¹³⁹⁷. La charte devra déterminer : la population éligible, la typologie des outils pouvant être apportés, la configuration des interfaces personnelles et professionnelles afin de limiter les risques évoqués¹³⁹⁸. Il s'agira ensuite de rappeler les règles relatives au contrôle par l'employeur des données contenues sur les outils personnels du salarié utilisés à des fins professionnelles¹³⁹⁹. Beaucoup de ces risques ne sont toutefois pas nouveaux, et devaient déjà être appréhendés dans le cadre du télétravail, notamment dans le cas où les salariés souhaitent se transférer des documents de travail par email pour pouvoir travailler depuis leur domicile¹⁴⁰⁰.

452. **Clause de confidentialité** - Pour protéger les données de l'entreprise, l'employeur a également intérêt à prévoir une clause dans le contrat de travail pour les salariés qui manipulent des données sensibles¹⁴⁰¹. Selon un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Bordeaux¹⁴⁰², le salarié qui, pendant la période de transaction de rupture de son contrat de travail, transfère par messagerie électronique sur son adresse personnelle de nombreux dossiers professionnels en violation des clauses de confidentialité de son

¹³⁹⁶ E. Caprioli, « Validité du contrôle du contenu de messages envoyés depuis une messagerie personnelle », *op. cit.*, p. 110.

¹³⁹⁷ F. Coupez, *Usage des moyens informatiques dans l'entreprise : la Cour de cassation pousserait-elle à la mise à jour des chartes ?*, <http://www.journaldunet.com/management/expert/52365/usage-des-moyens-informatiques-dans-l-entreprise---la-cour-de-cassation-pousserait-elle-a-la-mise-a-jour-des-chartes.shtml>, consulté le 3 janvier 2014.

¹³⁹⁸ « Les ressources informatiques personnelles (ordinateurs, smartphones, tablettes, etc. achetés sur des crédits personnels), lorsqu'elles sont utilisées pour accéder aux SI du CNRS, ne doivent pas remettre en cause ou affaiblir, les politiques de sécurité en vigueur dans les Entités par une protection insuffisante ou une utilisation inappropriée. Lorsque ces ressources informatiques personnelles sont utilisées pour accéder, à distance ou à partir du réseau local d'une Entité, aux SI du CNRS ou stocker des données professionnelles, ces ressources sont autorisées et sécurisées suivant les directives issues de la PGSI et déclarées au service informatique qui gère le parc matériel de l'Entité. Les personnels qui souhaiteraient faire l'acquisition de tels matériels prennent préalablement conseil auprès de leur service informatique ». « Charte de la Sécurité des Systèmes d'Information du CNRS ».

¹³⁹⁹ Devos Virginie, « Petites réflexions juridiques sur le concept du BYOD », *Entreprise & Carrière*, n° 1156, septembre 2013, p. 33.

¹⁴⁰⁰ Voici quelques recommandations pratiques : « Les utilisateurs doivent respecter des règles techniques comme ne pas désactiver ou contourner les solutions mises en place l'entreprise », « ne pas utiliser la partie professionnelle du matériel en dehors des places horaires professionnelles et/ou en dehors du cadre professionnel », « l'entreprise peut à tout moment, en respectant un délai de prévenance d'un mois décider de ne plus accepter la pratique du BYOD. Les matériels seront déconnectés du système d'information ». « En cas de désaccord des utilisateurs pour mettre en place de telles solutions techniques sur leurs matériels personnels, l'autorisation de les utiliser en BYOD leur sera retirée ». « La direction des système d'information a un droit discrétionnaire de déconnexion des systèmes d'informations des matériels personnels utilisés pour le BYOD en cas de : congés légaux, absence, départ de l'entreprise ; de retrait de l'autorisation d'utilisation, d'absence de conformité aux pré requis techniques, défaut de mise à jour ou de mise en place des éléments de sécurisation demandés, refus de se soumettre à un audit contrôlé, difficulté de toute nature, d'abus d'utilisation ».

¹⁴⁰¹ Supra. Partie 2, titre 1, chapitre 2, section 2 : « la confidentialité ».

¹⁴⁰² *CA Bordeaux*, 27 mars 2012, n°10-06.433.

contrat de travail et du règlement intérieur, commet une faute grave rendant impossible son maintien dans l'entreprise. Le juge reproche au salarié d'avoir délibérément violé les clauses de confidentialité de son contrat de travail et du règlement intérieur, « en conservant par devers lui les documents détournés, même sans les divulguer », ce qui constitue « une faute qui rendait impossible son maintien dans l'entreprise même durant la période de préavis, en raison des risques que ces manquements font ou pourraient faire courir à l'entreprise ». En conséquence, l'employeur était fondé sur ce manquement grave, à procéder à son licenciement sans préavis.

453. **Solution technique** - Alors que le mélange des usages des outils ne cesse de gagner en popularité des solutions techniques permettent aussi de protéger les données des salariés. La société Nativeflow¹⁴⁰³ permet par exemple aux employés de protéger leurs propres données et celles de leurs employeurs lorsqu'ils travaillent sur leurs propres outils. Les employés peuvent accéder aux informations de la société via n'importe quelle application, mais aussi empêcher l'accès à toutes leurs données personnelles, notamment sur les réseaux sociaux et leurs photos.

3) *Le financement des outils de travail*

454. **Participation de l'employeur** – Il convient de rappeler le principe selon lequel « l'employeur met à la disposition des travailleurs les équipements de travail nécessaires, appropriés au travail à réaliser ou convenablement adaptés à cet effet, en vue de préserver leur santé et leur sécurité ». De l'article R4321-1 découle une obligation pour l'employeur de mettre à disposition du salarié un moyen lui permettant d'accomplir la mission professionnelle qui lui a été confiée. On peut interpréter cette obligation comme la faculté pour l'entreprise soit de fournir aux salariés un matériel informatique adéquat appartenant à l'entreprise, soit de financer les équipements de travail des salariés afin qu'ils achètent eux-mêmes les outils de travail dont ils ont besoin. Dans tous les cas, c'est à l'entreprise de financer l'outil de travail.

455. **Arrêt du 19 septembre 2012** - Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 19 septembre 2012 porte sur le remboursement des dépenses effectuées par

¹⁴⁰³ Nativeflow - Mobile Data Protection. BYOD with Uncompromized Security and Native User Experience., <http://www.nativeflow.com/>, consulté le 20 mai 2014.

le salarié pour son activité professionnelle. « Les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur, doivent être remboursés sans qu'ils puissent être imputés sur la rémunération qui lui est due, à moins qu'il n'ait été contractuellement prévu qu'il en conserverait la charge moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire et à la condition que la rémunération proprement dite du travail reste chaque mois au moins égale au SMIC »¹⁴⁰⁴. « Les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent être remboursés sans qu'ils puissent être imputés sur la rémunération qui lui est due, à moins qu'il n'ait été contractuellement prévu qu'il en conserverait la charge moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire et à la condition que la rémunération proprement dite du travail reste chaque mois au moins égale au Smic »¹⁴⁰⁵.

456. **Vol ou perte du matériel** - Dans le même ordre d'idées, en cas de vol du matériel dans l'entreprise ou pendant les trajets professionnels, l'employeur va-t-il le rembourser ? Le salarié est responsable de l'équipement, de ses applications comme de ses données personnelles. L'entreprise est libre d'attribuer un nouvel outil mais elle devra avoir établi la règle en amont.

4) *Modalités de remboursements des outils personnels*

457. **Frais numériques** - Les voitures de fonction ont progressivement été remplacées par l'usage du véhicule personnel dont on rembourse une partie des usages sous forme de frais kilométriques. De même que le remboursement de ces frais s'est banalisé, la majorité des entreprises doivent mettre en place de barèmes de remboursements des coûts des objets d'accès et d'usage de réseaux sans fil. L'utilisation personnelle des outils professionnels comme l'utilisation professionnelle des outils personnels est en effet soumis au code de la sécurité sociale, car son éventuel financement peut être considéré comme un avantage en nature ou à des frais professionnels. Rappelons que la prise en charges des dépenses incombant normalement au salarié constitue une forme de rémunération¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰⁴ Cass. soc., 19 sept. 2012, pourvoi n°11-15.381, inédit.

¹⁴⁰⁵ J.-E. Ray, « Le BYOD (« Bring your own device », apportez votre propre matériel) et le droit du travail. », *op. cit.*

¹⁴⁰⁶ CSS art. L. 242-1.

458. **Avantage en nature** - L'utilisation à titre privé par les salariés de tels outils mis à leur disposition par leur employeur constitue, par principe, un avantage en nature. Toutefois, l'instruction fiscale du 12 janvier 2007 prévoit qu'aucun avantage n'est constaté lorsqu'il y a « utilisation raisonnable de ces outils pour la vie quotidienne [...] dont l'emploi est justifié par des besoins ordinaires de la vie professionnelle et familiale ». Lorsqu'un avantage est constaté, à la suite de l'alignement des règles fiscales sur les règles sociales, il est en principe évalué : soit selon les dépenses réelles exposées par l'employeur ; soit forfaitairement, correspondant à 10 % du prix d'achat des outils mis à disposition, ou 10 % du coût annuel de l'abonnement¹⁴⁰⁷. Dans le cas particulier où l'entreprise produit ou commercialise les outils NTIC mis à disposition, il convient de tenir compte du coût qu'aurait dû supporter le salarié s'il avait acquis directement l'outil. L'évaluation doit ainsi prendre en compte la réduction tarifaire dont il aurait pu bénéficier s'il avait acheté l'outil à son entreprise¹⁴⁰⁸.

459. **Frais professionnels réels** - Les frais professionnels sont des charges de caractère spécial inhérentes à la fonction ou à l'emploi du salarié, que celui-ci supporte au titre de l'accomplissement de son travail. L'URSAFF envisage à la fois les frais supportés par le travailleur salarié ou assimilé se trouvant en situation de télétravail, et les frais engagés par le travailleur salarié ou assimilé pour l'utilisation professionnelle d'outils issus des nouvelles technologies de l'information et de la communication qu'ils possèdent. Ces dépenses ne peuvent être indemnisées que sur la base réelle d'engagement de frais et non de manière forfaitaire. L'arrêté du 25 juillet 2005 relatif aux frais professionnels déductibles pour le calcul des cotisations de sécurité sociale¹⁴⁰⁹ vient préciser le régime juridique de la nature des frais en lien avec le télétravail et les règles de déduction des frais liés à l'usage des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Par deux décisions du 29 décembre 2004¹⁴¹⁰, le Conseil d'État avait en effet annulé un certain nombre de dispositions, pour le calcul des cotisations de Sécurité sociale, notamment relatives aux frais engagés par le salarié en situation de

¹⁴⁰⁷ J. Lamoure, « La valorisation fiscale et sociale en France des avantages en nature », *Hebdo édition fiscale* n°498, 20 septembre 2012.

¹⁴⁰⁸ URSAFF, « Dossiers réglementaires : outils issus des nouvelles technologies ».

¹⁴⁰⁹ « Arrêté du 25 juillet 2005 modifiant l'arrêté du 20 décembre 2002 relatif aux frais professionnels déductibles pour le calcul des cotisations de sécurité sociale » (JO, n°182, 6 août 2005, p. 12899).

¹⁴¹⁰ CE, *Tère et 6e sous-sect.*, 29 déc. 2004, n°254529 et n°254832.

télétravail et au plafonnement à 50% des frais liés à l'usage des outils issus des nouvelles technologies.

460. **Salarié exerçant en télétravail** – L'arrêté du 25 juillet 2005 précise la nature des frais engagés par le salarié identifiés comme liés au télétravail et pour lesquels la prise en charge par l'employeur ouvre droit à l'exclusion de l'assiette des cotisations de Sécurité sociale. Outre les frais liés à l'adaptation et à la mise à disposition de son domicile privé, sont notamment identifiés comme liés au télétravail les frais de matériel informatiques, de connexion et de fournitures diverses. L'entreprise peut participer aux frais d'équipement (siège, table de travail, caisson de rangement, imprimante, écran). Le remboursement se fait à nouveau dans les limites fixées par l'accord. Ces prises en charge sont exonérées de cotisations et contributions sociales et de l'impôt sur le revenu. Les frais supplémentaires générés directement par le télétravail au domicile sont remboursés dans les limites fixées par l'entreprise sur présentations des factures d'électricité, d'internet et de consommables. Dans une entreprise comme Total, la limite de prise en charge est de dix euros par mois pour un jour par semaine et de vingt euros pour deux jours¹⁴¹¹.

461. **Usage d'outils personnels** – L'arrêté du 25 juillet 2005 fixe également les modalités d'évaluation de l'usage professionnel des outils personnels du salarié lorsqu'il est autorisé à les utiliser à des fins professionnelles. Soit l'employeur n'est pas en mesure de justifier précisément de la réalité des dépenses professionnelles. Dans ce cas, la part des dépenses professionnelles est déterminée sur la base de la déclaration du salarié qui évalue l'usage professionnel dans la limite de 50% de l'usage total. Soit des justificatifs permettent d'établir de façon certaine les quantums de l'usage professionnel. Dans ce second cas, les frais correspondants pourront excéder 50% de l'usage total. Les frais professionnels ainsi reconnus seront exclus en totalité de l'assiette des cotisations de Sécurité sociale¹⁴¹².

462. **Prise en charge d'une assurance** – Afin d'éviter que le salarié ne se retrouve sans outil de travail, il est recommandé de faire souscrire une assurance de remplacement de l'équipement BYOD lors de l'achat par le salarié. Cette assurance

¹⁴¹¹ TOTAL, « Accord relatif au télétravail du 5 février 2013 », *op. cit.*

¹⁴¹² « Arrêté du 25 juillet 2005 modifiant l'arrêté du 20 décembre 2002 relatif aux frais professionnels déductibles pour le calcul des cotisations de sécurité sociale », *op. cit.* (JO, n°182, 6 août 2005, p. 12899). V. également le Lamy social 2014, n° 6005.

permet de garantir un délai court en cas de panne. Le coût de l'assurance peut être pris en charge par l'entreprise à 100%.

463. **Dépenses réellement exposées** - Dans un arrêt du 28 mai 2014, la Cour de cassation applique strictement l'arrêté ministériel et précise que le remboursement des dépenses réellement exposées « peut s'appuyer sur la déclaration faite par les salariés évaluant le nombre d'heures d'utilisation à usage strictement professionnel » de ces outils personnels. L'employeur devra en tout état de cause justifier « de l'obligation pour ses salariés d'engager des dépenses particulières (papier, encre, connexion) pour l'exécution même du travail fixé par le contrat d'embauche et justifie également, à partir de plusieurs factures (...) de la réalité de frais inhérents à l'exercice du travail »¹⁴¹³. L'indemnisation ne peut en aucun cas être évaluée forfaitairement, pourtant cette formule utilisée par l'entreprise litigieuse dans l'arrêt aurait permis de simplifier le travail du salarié et la comptabilité de l'entreprise. La présentation des différentes factures pour l'utilisation de ses fournitures personnelles est fastidieuse, et on peut se demander s'il ne faudrait aller jusqu'au bout de la logique en indemnisant le temps consacré à rassembler les différents justificatifs. Pour satisfaire à un éventuel contrôle de l'URSSAF, ces justificatifs doivent être conservés pendant 4 ans¹⁴¹⁴.

464. **Dons de matériels informatiques amortis aux salariés** – L'article 31 de la loi de finances n°2007-1822 du 27 décembre 2007, prévoit que la remise gratuite par l'employeur aux salariés de matériels informatiques et de logiciels nécessaires à leur utilisation pouvant permettre l'accès à des services de communications électroniques et de communication au public en ligne n'est pas considérée comme une rémunération. Ce don est exonéré de cotisations de sécurité sociale à condition que le matériel informatique et les logiciels cédés soient entièrement amortis par l'entreprise et que le prix de revient global des matériels et logiciels remis aux salariés n'excède pas 2000 euros¹⁴¹⁵. Sachant que les entreprises amortissent sur une période extrêmement courte, trois ans en moyenne, voire deux ans dans certains cas, un matériel dont la valeur d'usage excède largement la valeur strictement comptable, il s'agit de les inciter à donner ce matériel amorti à certains de leurs salariés non cadres, qui ont des charges de

¹⁴¹³ Cass. 2ème civ., 28 mai 2014, pourvoi n°13-18.212, Bull. 2014, II, n°120.

¹⁴¹⁴ V. Colbeaux et U. Sansy, « Fasc. 640-6 - Régime général : cotisations de sécurité sociale – Assiette : avantages en nature », dans *JurisClasseur Protection sociale Traité*, 2015, .

¹⁴¹⁵ URSSAF, « Dossiers réglementaires : outils issus des nouvelles technologies », *op. cit.*

famille et qui ne sont pas équipés. Les incidences de cette disposition sont bénéfiques tant pour le salarié, que pour l'entreprise ou l'État. Puisque ce matériel est dépourvu de valeur comptable, il ne saurait en effet générer de recettes fiscales ou sociales¹⁴¹⁶.

465. Conclusion section – Les outils dont disposent les salariés qu'ils soient personnels ou professionnels soulèvent un paradoxe auquel les entreprises sont aujourd'hui confrontées : alors que l'utilisation de solutions de mobilité se développent dans les entreprises et touche une part croissante des salariés, les entreprises peinent à formaliser et institutionnaliser de nouveaux modèles organisationnels exploitant pleinement les spécificités de ces outils. Paradoxe d'autant plus important que les entreprises identifient pleinement les bénéfices associés à ces modèles organisationnels (gains de productivité, accès à de nouvelles compétences, proximité avec les clients, réduction des coûts)¹⁴¹⁷. De nombreux freins persistent face aux enjeux que représentent l'émergence et le développement d'un nouveau modèle de production : la sécurité des données et des informations mais aussi et surtout sur des aspects réglementaires, et organisationnels. Le sujet revêt une importance particulière en se situant au carrefour de plusieurs sciences et de plusieurs branches du droit. La crainte de perdre le contrôle face à une organisation virtuelle est par définition complexe à appréhender. Le point d'équilibre est délicat à trouver. Il nécessite de réévaluer les droits du salarié et les pouvoirs de l'employeur à travers un contrôle de proportionnalité en permanence réactualisé face aux progrès de la technique et aux usages. Les employés s'attendent à être en mesure d'utiliser les appareils mobiles à usage professionnel et personnel, indépendamment de savoir si le dispositif est possédé par l'employeur ou l'employé. Dès lors toute solution juridique et technique qui ne prend pas en compte ce paramètre ne répond pas aux impératifs de l'entreprise¹⁴¹⁸. « Le BYOD n'est qu'une partie d'une stratégie plus large centrée sur la mobilité des employés. Faciliter le travail à distance rend possible les pratiques de télétravail et offre la possibilité de se connecter et de recréer un espace de travail personnel quel que soit le site (...) dans lequel se rend l'employé. La sécurité reste omniprésente dans tous les contextes d'usage »¹⁴¹⁹. Qu'il s'agisse des clés USB, des téléphones intelligents ou demain de la galaxie des appareils connectés, le matériel personnel dès lors qu'il est relié à l'écosystème de l'entreprise

¹⁴¹⁶ « Dons de matériels informatiques amortis aux salariés », *Hebdo édition fiscale* n°287, 10 janvier 2008.

¹⁴¹⁷ N. Feeney et S. Krawczyk, *Livre blanc - L'observatoire de l'informatique et des télécoms au service de nouvelles organisations du travail*, IDC France en partenariat avec Bouygues Telecom Entreprises, 2011.

¹⁴¹⁸ J.-F. Funke, « La pratique du BYOD ("Bring Your Own Device") », *JCP S*, n° 4, 27 janvier 2015, p. 5.

¹⁴¹⁹ CNIL, « 3 questions à... Jean-François Audenard, Cyber Security Advisor pour Orange Business Services », *op. cit.*, p. 3.

semble devenir un « moyen informatique professionnel par destination »¹⁴²⁰. La jurisprudence récente s'inscrit dans la continuité de celle, plus ancienne, des objets détenus par le salarié dans son bureau. En effet, les documents détenus par le salarié dans le bureau de l'entreprise mis à sa disposition sont, sauf lorsqu'il les identifie comme étant personnels, présumés avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence¹⁴²¹. La difficulté, c'est que dans l'environnement numérique de travail, les documents ne sont plus physiques, ils sont virtuels et stockés dans des espaces de stockages interconnectés entre eux. Cet enchevêtrement des sphères professionnelles et personnelles ne permet plus d'appliquer des règles construites pour une organisation cloisonnée. Le danger c'est qu'à poursuivre la logique actuelle, il faudrait que les salariés identifient sur leur propre clé USB des fichiers personnels s'ils ne veulent pas que les informations qu'elles contiennent puissent être lues par l'employeur. Or, une clé USB, et a fortiori un téléphone intelligent ne sont pas des objets comme les autres. Dès que le salarié branche son *smartphone* à l'ordinateur professionnel pour le recharger ou se connecte au réseau Wifi de son entreprise, l'employeur peut se prévaloir de la même présomption. Il pourrait alors, selon les arrêts rapportés, prendre connaissance des messages, fichiers ou documents enregistrés, carnet d'adresses, photographies, accéder aux réseaux sociaux... en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé. Ces décisions atténuent de manière considérable le droit au respect de la vie privée du salarié au temps et au lieu du travail posé l'arrêt *Nikon* du 2 octobre 2001. Elle appelle également les salariés à la plus grande prudence et à privilégier les réseaux mobiles (aujourd'hui 3G et 4G, demain 5G), plutôt que le Wifi de leur entreprise, ce qui va à l'encontre de l'efficacité puisque ces réseaux sont généralement plus lents. Pour le meilleur et parfois pour le pire, le BYOD a déjà pénétré la plupart des environnements de travail malgré l'absence de règles précises. En attendant, c'est à l'entreprise de définir précisément sa politique de confidentialité et de sécurité. Les avantages en termes de productivité pour l'utilisateur, la collaboration et l'accessibilité peuvent être perdus sans la mise en place d'un dispositif équilibrée qui tient compte à la fois la vie privée des employés et la sécurité des données.

¹⁴²⁰ *La clé USB du salarié. La sagesse lui dicte de l'enfourer dans sa poche.*, <http://ucuetis.blog.lemonde.fr/2013/05/11/la-cle-usb-du-salarie-la-sagesse-lui-dicte-de-lenfourer-dans-sa-poche/>, consulté le 2 décembre 2013.

¹⁴²¹ *Cass. soc.*, 18 oct. 2006, pourvoi n°04-47.400, *Bull. civ.*, V, n°308, *op. cit.*

Section 3 La licéité et la loyauté de la preuve

466. **Capital immatériel des entreprises** – Il est patent de constater en la matière un enchevêtrement normatif progressif des exigences relatives, entre, d'une part, à la protection des données personnelles, au droit du travail et, d'autre part, au droit de la preuve¹⁴²². En dehors du régime répressif auquel s'expose l'employeur en cas de non-respect de la législation, un problème de licéité du moyen de preuve peut survenir lorsque l'employeur entend justifier un licenciement ou un comportement délictueux d'un salarié en rapportant comme moyens de preuve des données issues d'un dispositif de surveillance non autorisé. Les technologies de l'information et de la communication sont au cœur de l'évolution des entreprises : dans la mesure où elles constituent à la fois des ressources et des moyens de production, elles deviennent vitales dans l'organisation de l'activité. Le législateur a progressivement pris acte de cette évolution en aménageant, le plus souvent au coup par coup, la protection des ressources immatérielles de l'entreprise¹⁴²³. Il a décidé, par exemple, de protéger par le droit pénal les systèmes informatiques des entreprises qui représentent, comme l'ensemble des actifs immatériels des entreprises, des ressources stratégiques. L'article 323-1 du Code pénal proscriit « le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données ».

467. **Évolution de la preuve** – La mémoire étant inhérente à l'outil informatique, les modes de preuve en droit du travail ont beaucoup évolué¹⁴²⁴. En 2013, un ingénieur du géant pétrolier britannique BP a été reconnu coupable d'avoir détruit des SMS de son *smartphone* pour faire obstruction à l'enquête sur la marée noire de 2010 dans le Golfe du Mexique¹⁴²⁵. On se rend compte à travers cet exemple qu'avec l'utilisation massive de l'informatique et des réseaux, la notion de preuve par écrit telle que l'entendait le Code civil a beaucoup évolué. Une réforme a été introduite dans le droit français par la loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux

¹⁴²² W. Fraisse, « Conditions de mise en place d'un dispositif de surveillance des salariés », *op. cit.*

¹⁴²³ J. Icard, « L'impact des NTIC au sein des entreprises post-industrielles », *op. cit.*, p. 107.

¹⁴²⁴ J.-E. Ray, « Tous connectés, partout, tout le temps ? », *op. cit.*, p. 516.

¹⁴²⁵ *Marée noire: un employé de BP arrêté pour destruction de preuves*, <http://www.challenges.fr/entreprise/20120424.CHA5741/maree-noire-un-employe-de-bp-arrete-pour-destruction-de-preuves.html>, consulté le 27 juin 2014.

technologies de l'information et relative à la signature électronique¹⁴²⁶. Aux termes de l'article 1316 du Code civil, « la preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leurs supports et leurs modalités de transmission ». Désormais, la preuve n'est plus liée au papier. Toutefois la validité comme preuve juridique des documents numériques est reconnue au même titre que la preuve écrite sur papier, à condition de pouvoir justifier de son authenticité et de son intégrité. Certains éléments de preuve doivent, en raison de leur nature, faire l'objet d'une protection particulière. Le contrôle du juge porte sur la manière d'obtenir des preuves électroniques (I) et sur les conditions de leur divulgation dans les procédures judiciaires (II).

I. Loyauté des enregistrements

468. **La gouvernance des données** – Les entreprises connaissent des problèmes importants de gouvernance des données liée à la mobilité des outils. Ce n'est pas nouveau : depuis l'avènement de la photocopieuse, le collaborateur indélicat peut dupliquer des documents. Mais ce qui change aujourd'hui, c'est la facilité de copier des méga-octets de données. Le smartphone permet tout à la fois de communiquer, de photographier, de filmer ou bien encore d'enregistrer des conversations. Des données confidentielles peuvent ainsi échapper à l'entreprise sans que le service informatique ne puisse constater un quelconque téléchargement, transfert ou tirage papier. Sous couvert d'usage personnel, le salarié peut ainsi détourner un outil pour en faire une pièce à conviction, un moyen de déstabilisation ou de reconversion professionnelle par la captation de documents confidentiels¹⁴²⁷. La manifestation de la vérité suppose le respect d'un devoir de loyauté entre le salarié (A) et son employeur (B).

¹⁴²⁶ « Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique », *op. cit.* (JO n°62, 14 mars 2000, p. 3968).

¹⁴²⁷ A. Morin-Galvin, « Le contrôle patronal de l'usage par le salarié d'un matériel personnel. Le difficile équilibre entre les droits de l'employeur et ceux du salarié », *op. cit.*, p. 236.

A. Loyauté du salarié

469. **Exigence de loyauté du salarié** – Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement¹⁴²⁸. Ni la ruse, ni le stratagème ne constituent un mode de preuve loyal¹⁴²⁹. Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve fait obstacle à ce qu'une partie au contrat puisse espionner l'autre à son insu, ou avoir recours à des stratagèmes, machinations ou autres tromperies pour établir un élément factuel. Qu'il soit électronique ou humain, l'enregistrement de la conversation, à l'insu de l'auteur des propos, est déloyal¹⁴³⁰. L'enregistrement de paroles prononcées à l'insu de la personne qui en est l'auteur est d'ailleurs réprimé par le code pénal en son article 226-1 et suivants¹⁴³¹. Ainsi, l'enregistrement effectué par un salarié avec son téléphone mobile sans que son supérieur en ait été informé constitue un mode de preuve déloyal qui ne peut être déclaré recevable et sera écarté des débats¹⁴³².

470. **SMS, Chat, messagerie** - L'exigence de loyauté dans l'administration de la preuve interdit d'opposer à une personne une preuve obtenue à son insu. Si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur¹⁴³³. Les SMS, comme les courriels, et les messages échangés sur les messageries instantanées sont des preuves utilisables en justice parce qu'elles ont été obtenues d'une façon « loyale » par celui qui les utilise. Ils ont été rédigés et mis en circulation volontairement par celui qui les a émis ; l'auteur a par avance admis qu'il utilisait un mode de communication susceptible d'être conservé et ensuite utilisé par le destinataire. La Cour de cassation a également statué sur la validité des messages vocaux laissés par l'employeur dans la messagerie du téléphone de son salarié¹⁴³⁴. Elle a jugé que ces messages sont des moyens de preuve, pour la même raison que celle qui l'a conduite à admettre les SMS : « l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur ». Le salarié pouvait donc conserver les

¹⁴²⁸ Art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁴²⁹ Cass. com., 13 oct. 2009, pourvoi n°08-19.525, inédit.

¹⁴³⁰ A. Martinon, « L'indiscrétion censurée par le juge », *op. cit.*

¹⁴³¹ CA Nancy, 7 mai 2002, n°01-02719.

¹⁴³² CA Nancy, 14 fév. 2014, n°13-00796.

¹⁴³³ Cass. soc., 23 mai 2007, pourvoi n°06-43.209, Bull. civ., V, n°85, *op. cit.*

¹⁴³⁴ Cass. soc., 6 fév. 2013, pourvoi n°11-23.738, Bull. civ., V, n°31.

messages et les utiliser ensuite à titre de preuve. Cette jurisprudence appelle toutefois à la prudence. Tous les messages sont aujourd'hui enregistrés d'une manière ou d'une autre, sans qu'on puisse l'ignorer. Est-ce qu'un message échangé depuis la messagerie Facebook équivaut à celui d'un message échangé sur un espace de discussion interne à l'entreprise ? On ne saurait contester que l'expression d'un message par SMS ou sur un répondeur téléphonique engage son auteur, mais le caractère instantané des messageries devrait inviter également à la prudence quant à l'interprétation des paroles qui y sont rapportées.

471. **La preuve par courriel** - En tant que preuve imparfaite, le courriel est soumis à l'appréciation souveraine du juge qui sera libre de le retenir ou l'écarter. Les messages sont alors « rematérialisés ». Le tirage papier du courrier électronique s'analyse en fait en une simple copie¹⁴³⁵. Par un arrêt du 27 novembre 2014¹⁴³⁶, la Cour de cassation a admis qu'un courriel pouvait constituer la preuve d'un fait sans avoir à vérifier le respect des exigences de l'article 1316-1 du Code civil sur l'écrit électronique. « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ». En l'espèce, une société contestant avoir reçu une LRAR de mise en demeure reprochait à la Cour d'appel de Paris de s'être fondée sur la copie du courrier envoyée par email, sans avoir vérifié s'il s'agissait d'une reproduction fidèle et durable de l'original et que son auteur avait bien été identifié. La Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'appel, estimant que les dispositions de l'article 1316-1 du Code civil « ne sont pas applicables au courrier électronique produit pour faire la preuve d'un fait, dont l'existence peut être établie par tous moyens de preuve, lesquels sont appréciés souverainement par les juges du fond ».

472. **Vol par « copier-coller »** - Le salarié doit être particulièrement attentif, en transférant des documents sur un espace de stockage privé : il peut en effet être accusé de vol. Le vol est défini par l'article 311-1 du code pénal comme étant « la soustraction frauduleuse du bien d'autrui ». La chambre pénale admet de manière ancienne le vol par « photocopie ». Se rend ainsi coupable de vol un salarié qui, détenant matériellement des documents appartenant à son employeur, prend à des fins personnelles des

¹⁴³⁵ Cass. 2ème civ., 4 déc. 2008, pourvoi n° 07-17.622, Bull. 2008, II, n°259.

¹⁴³⁶ Cass. 2ème civ., 27 novembre 2014, pourvoi n°13-27.797, inédit.

photocopies de ces documents, sans l'autorisation de ce dernier¹⁴³⁷. S'agissant d'une copie réalisée sur une clef USB, le fichier d'origine demeure en possession de la victime. Il n'y a donc pas déplacement d'un patrimoine à l'autre. Une partie de la doctrine refuse encore d'admettre le vol d'information indépendamment de tout support matériel¹⁴³⁸. Les tribunaux civils sont ainsi réticents à reconnaître le vol de données informatiques. En revanche, en droit pénal, la jurisprudence admet plus volontiers l'infraction de vol.

473. **Documentation personnelle d'un salarié** – Bien qu'ancien, l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble du 15 février 1995¹⁴³⁹ est particulièrement intéressant. En l'espèce, un salarié avait soustrait des disquettes informatiques et des listings papier contenant différents fichiers clients constitués par ses collègues de travail dans le cadre de leur activité professionnelle. Or, la documentation personnelle d'un salarié constituée à l'occasion de son travail et dans le cadre de celui-ci, produit de l'activité du salarié, est et reste la propriété de son employeur. Il en est spécialement ainsi des fichiers de clients réels ou potentiels constitués par des démarcheurs et autres commerciaux dès lors qu'ils ont le statut de salarié. Peut-on imaginer une solution équivalente pour les réseaux sociaux ? Un fil twitter, ou un compte LinkedIn, peuvent-ils être considérés comme une base de données clients ou prospects protégée par les articles L.341-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle ? Sur le plan juridique, le gestionnaire du réseau s'approprié contractuellement tous les droits d'exploitation des contenus stockés mis en ligne par les utilisateurs, pour éviter toute revendication de quiconque sur ces contenus¹⁴⁴⁰. Néanmoins le contentieux peut se reporter sur le droit de jouissance du compte¹⁴⁴¹. La réponse alors dépend en grande partie de l'utilisation qui sera faite par le salarié quittant l'entreprise et des conditions qui ont guidée la création du compte. Si le compte a été créé par l'entreprise et mis à la disposition du salarié et qu'il porte le nom

¹⁴³⁷ Cass. crim., 24 oct. 1990, pourvoi n°89-84485, Bull. crim., n°355.

¹⁴³⁸ M. Véron, *Droit pénal spécial*, Dalloz., Paris, coll. « Sirey Université », 2008, p. 257.

¹⁴³⁹ Gaz. Pal., 3-4 avr. 1996, n°94, 95, p. 171, note C. Latory-Bonnart.

¹⁴⁴⁰ C. Balagué et D. Fayon, *Facebook, Twitter et les autres... : Intégrer les réseaux sociaux dans une stratégie d'entreprise*, Pearson Education France, 2012, p. 214.

¹⁴⁴¹ Les conditions générales d'utilisation de Facebook comportent les précisions suivantes : « Les utilisateurs de Facebook donnent leur vrai nom et de vraies informations les concernant » et s'engagent à ne créer « qu'un seul compte personnel ». Toutefois, le transfert d'un compte est soumis à une « autorisation écrite » de la part de Facebook. Par ailleurs, Facebook se réserve le droit de fermer un compte si le compte d'un utilisateur ne porte pas son nom réel mais le nom d'une marque par exemple. Le compte Facebook semble donc appartenir à la personne qui porte son nom, sous le contrôle de Facebook. A. Gauvin, *A qui appartiennent les comptes et contenus Twitter ou Facebook ?*, <http://www.id-carrieres.com/blog/2013/03/18/a-qui-appartiennent-les-comptes-et-contenus-twitter-ou-facebook/>, consulté le 14 avril 2014.

de l'entreprise, outre celui du salarié, l'entreprise pourra interdire, au salarié qui la quitte, toute utilisation de la marque ou d'éléments d'identification de la société¹⁴⁴².

474. **Données informatiques** - Dans un jugement du 26 septembre 2011, les juges ont condamné une ancienne salariée qui avait dérobé les données des fichiers clients et fournisseurs de son ex-employeur afin de les exploiter à son profit¹⁴⁴³. Pour le TGI de Clermont-Ferrand Chambre, le fait de transférer le jour de son départ de la société les données sur une clé USB aux fins d'actualisation de fichiers antérieurs est constitutif d'une soustraction frauduleuse. Dès lors « les faits de vol de données informatiques confidentielles au préjudice des sociétés X et Y sont établis ». Ce jugement de première instance n'est pas, à notre connaissance, confirmé par la Cour de cassation¹⁴⁴⁴.

475. **L'exercice des droits de la défense du salarié** – « Toute appropriation de la chose appartenant à autrui, contre le gré de son propriétaire ou légitime détenteur, caractérise la soustraction frauduleuse constitutive de vol, quels que soient le mobile qui a inspiré son auteur et l'utilisation du bien appréhendé »¹⁴⁴⁵. Toutefois, par exception, le salarié peut « emporter » des documents appartenant à son employeur si, et seulement si, ceux-ci sont strictement nécessaires pour assurer sa défense. La chambre sociale énonce ainsi qu'« un salarié, lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur, peut produire en justice des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions »¹⁴⁴⁶. La chambre sociale de la Cour de cassation a également précisé que peuvent être produits dans le procès prud'homal les documents de toute nature dont le salarié a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions, ce qui comprend également les documents couverts par le secret professionnel¹⁴⁴⁷. Dans ce cas, la production de tels documents doit être strictement nécessaire aux droits de la défense du salarié. Il appartient alors au juge du fond de s'assurer que les documents produits « étaient seuls de nature à justifier » la demande. Si la preuve pouvait être rapportée par d'autres éléments, les documents

¹⁴⁴² Supra. Partie 2, titre 1, chapitre 2 : « la pondération de l'expression en ligne ».

¹⁴⁴³ TGI Clermont-Ferrand, 26 sept. 2011.

¹⁴⁴⁴ O. de Maison Rouge, *Le droit de l'intelligence économique s'écrit-il à Clermont Ferrand?*, <http://www.fondation-prometheus.org/wsite/publications/newsletter/201111/le-droit-de-l%E2%80%99intelligence-%C3%A9conomique-s%E2%80%99crit-il-%C3%A0-clermont-ferrand/>, consulté le 25 avril 2014.

¹⁴⁴⁵ Cass. crim., 16 mars 1999, pourvoi n°97-85.054, inédit.

¹⁴⁴⁶ Cass. soc., 30 juin 2004, pourvoi n°02-41.720, Bull. civ., V, n°187, D. Boulmier, *Vol de documents, mais hold-up sur les droits d'agir*, JSL, n°157, p. 4.

¹⁴⁴⁷ Cass. soc., 18 nov. 2009, pourvoi n°08-42.498, inédit.

couverts par le secret professionnel seront écartés des débats et le salarié risque d'être débouté¹⁴⁴⁸.

476. **Position de la chambre criminelle** - Deux arrêts rendus les 16 et 21 juin 2011 ont amené la chambre criminelle à se rapprocher de la solution consacrée par la chambre sociale. Dans un premier arrêt du 16 juin 2011, la haute juridiction a donné raison à un salarié qui avait procédé à des transferts de courriels, dont il avait eu régulièrement connaissance dans le cadre de ses fonctions, après avoir eu connaissance de l'intention de son employeur de le licencier¹⁴⁴⁹. Les juges ont estimé que la nécessité pour le salarié de préparer sa défense primait sur des éventuelles poursuites pénales pour vol et abus de confiance. Dans un second arrêt du 21 juin, la chambre criminelle pose les limites de cette exception. Les documents de l'entreprise produits en justice doivent être strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense. En effet, au vu des éléments produits par le salarié, les juges ont estimé que les documents appréhendés n'étaient pas strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense du salarié, retenant par conséquent la qualification du vol, « dès lors que les documents découverts en sa possession étaient bien plus nombreux que le seul qu'il destinait à cette éventualité [sa défense], et qui serait à même d'éclairer ladite juridiction sur les difficultés rencontrées avec son ancien employeur »¹⁴⁵⁰.

B. Loyauté de l'employeur

477. **La loyauté du contrôle de l'employeur** – La question de la licéité des moyens de preuve se pose en grande partie dans le cadre des litiges portant sur la régularité d'un licenciement. L'employeur entend prouver la faute du salarié en produisant des informations sur les données de connexion à internet, un relevé des données de communications permettant d'identifier les destinataires, expéditeurs, date d'envoi, intitulé des messages¹⁴⁵¹. L'assemblée plénière de Cour de cassation a affirmé son attachement au principe de loyauté dans l'administration de la preuve. « L'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des

¹⁴⁴⁸ Cass. soc., 5 juil. 2011, pourvoi n°09-42.959, inédit.

¹⁴⁴⁹ Cass. crim., 16 juin 2011, pourvoi n°10-85.079, Bull. crim., n°134.

¹⁴⁵⁰ Cass. crim., 21 juin 2011, pourvoi n°10-87.671, Bull. crim., n°149.

¹⁴⁵¹ A. Grosjean, « La surveillance des salariés sur le lieu du travail et les nouvelles technologies de l'information au Grand-Duché du Luxembourg », *op. cit.*, p. 75.

propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve »¹⁴⁵². Cette décision, rendue en matière de droit de la concurrence, a une portée bien plus large. Dans un arrêt du 23 mai 2012, la Cour de cassation réaffirme ce principe¹⁴⁵³. L'employeur ne pouvait 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. Les enregistrements ayant par ailleurs été détruits, la salariée avait été mise dans l'impossibilité d'apporter une preuve contraire aux attestations que l'employeur produisait. La Cour d'appel Saint-Denis de la Réunion a violé les articles 9 du code de procédure civile, 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve. L'employeur aurait dû se saisir de l'objet personnel, attendre le retour de la salariée, et lui signifier son intention d'en écouter le contenu en l'informant de son droit d'opposition et de la présence d'un témoin¹⁴⁵⁴. Cette jurisprudence est conforme à l'arrêt Copland de la CEDH. Elle considère que « la collecte et la conservation (...) de données à caractère personnel se rapportant à l'usage qu'elle faisait du téléphone, du courrier électronique et d'internet » constituent « une ingérence dans l'exercice du droit de l'intéressée au respect de sa vie privée et de sa correspondance, au sens de l'article 8 »¹⁴⁵⁵.

478. **Fiabilité technique** - Face à la production par l'employeur d'un courriel envoyé par un salarié, le salarié peut invoquer le fait qu'un tiers (un pirate, le pirate suspecté étant souvent l'employeur ou l'administrateur réseau) ait pu l'envoyer du poste informatique du salarié¹⁴⁵⁶. Afin de garantir la recevabilité juridique de ces éléments de preuve, il est souvent opportun de solliciter une ordonnance sur requête¹⁴⁵⁷ auprès du juge. Il s'agit d'une procédure non contradictoire c'est-à-dire qu'une décision peut être prise sans que l'adversaire, à un moment quelconque de la procédure, ait été informé afin de pouvoir constater sa faute¹⁴⁵⁸. L'article 494 du nouveau Code de procédure civile dispose que la requête doit être présentée en double exemplaire et doit être motivée¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵² Cass. Ass. plén., 7 janv. 2011, pourvois n°09-14.316, 09-14.667, Bull. A.P., n°1.

¹⁴⁵³ Cass. soc., 23 mai 2012, pourvoi n°10-23.521, Bull. civ., V, n°156, op. cit.

¹⁴⁵⁴ A. Morin-Galvin, « Le contrôle patronal de l'usage par le salarié d'un matériel personnel. Le difficile équilibre entre les droits de l'employeur et ceux du salarié », op. cit., p. 237.

¹⁴⁵⁵ CEDH, 3 avril 2007, Copland c/ Royaume-Uni, n°62617/00, op. cit.

¹⁴⁵⁶ A. Bem, *Les emails et les sms comme moyens de preuve*, <http://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/emails-comme-moyens-preuve-1185.htm>.

¹⁴⁵⁷ NCPC, art. 493.

¹⁴⁵⁸ S. Pierre-Maurice, « Ordonnance sur requête », dans *Rép. pr. civ.*, 2011, .

¹⁴⁵⁹ Cass. 2ème civ., 11 fév. 2010, pourvoi n°09-11.342, Bull. civ., II, n°32.

Le procédé est fréquemment utilisé pour la constatation d'un état de choses que la partie adverse est tentée de faire disparaître. Toutefois, le risque de disparition des éléments de preuves ou la nécessité d'un effet de surprise revêtent une trop grande généralité et ne suffisent pas, à eux seuls, à justifier une dérogation au principe de la contradiction¹⁴⁶⁰. Le respect de la vie personnelle et en particulier le secret des correspondances ne constitue pas en lui-même un obstacle à la recherche de la preuve¹⁴⁶¹, à la condition toutefois que l'ordonnance soit la plus précise possible quant aux éléments recherchés, comme par exemple une lettre ou un courriel révélateur du comportement litigieux ou à une période donnée¹⁴⁶².

479. **Le titrage « privé » des messages** - En titrant un message « privé », le salarié détruit la présomption simple de caractère professionnel, « sauf risque ou événement particulier », l'ouverture ne pourra intervenir « qu'en sa présence, ou s'il a été dûment appelé »¹⁴⁶³. Mais qu'en est-t-il des messages qui ne peuvent pas être ainsi titrés ? Les messages écrits (*short message service* ou SMS) envoyés ou reçus par le salarié au moyen du téléphone 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 consulter en dehors de la présence de l'intéressé, sauf s'ils sont identifiés comme étant personnels. Il en résulte que la production en justice des messages n'ayant pas été identifiés comme étant personnels par le salarié ne constitue pas un procédé déloyal au sens des articles 9 du code civil et 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales rendant irrecevable ce mode de preuve. Il a ainsi été « retenu que les SMS à caractère non marqué « personnel » émis et reçus sur du matériel appartenant à la société *Newedge* étaient susceptibles de faire l'objet de recherches pour des motifs légitimes et que l'utilisation de tels messages par l'employeur ne pouvait être assimilée à l'enregistrement d'une communication téléphonique privée effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués »¹⁴⁶⁴. « Problème cependant avec les SMS : le titrage « privé », *summa divisio* habituelle pour les courriels et dossiels, est ici souvent impossible à défaut d'un champ « objet » (qui existe cependant sur certains smartphones). Le collaborateur ne peut donc écrire ce terme qu'en tête de son SMS »¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁶⁰ Cass. 2^eme civ., 5 juin 2014, pourvoi n°13-20.333, inédit.

¹⁴⁶¹ Cass. soc., 23 mai 2007, pourvoi n°05-17.818, Bull. civ., V, n°84, op. cit.

¹⁴⁶² C. Cadars-Beaufour, *Ordonnance sur requête en matière informatique*, Paris, Conseil de l'Ordre, 2009, p. 5.

¹⁴⁶³ Cass. soc., 17 juin 2009, pourvoi n°08-40.274, Bull. civ., V, n°153, op. cit.

¹⁴⁶⁴ Cass. com., 10 fév. 2015, pourvoi n°13-14.779, en cours de publication, op. cit.

¹⁴⁶⁵ J.-E. Ray, « Tous connectés, partout, tout le temps ? », op. cit., p. 516.

480. **Les administrateurs réseaux** - Les administrateurs de réseaux assurent le fonctionnement et la sécurité des réseaux et des systèmes. Dans le cadre de leur mission, ils ont accès à des informations personnelles relatives aux utilisateurs (messagerie, historique des sites visités, fichiers *logs* ou de journalisation) y compris les informations enregistrées sur le disque dur du poste de travail (*cookies*, fichiers temporaires). L'accès à de telles informations ne peut être justifié que dans le cas où le bon fonctionnement des systèmes informatiques ne pourrait être assuré par d'autres moyens moins intrusifs. De même, les administrateurs de réseaux et systèmes ne doivent pas divulguer des informations qu'ils auraient été amenés à connaître dans le cadre de leurs fonctions, et en particulier lorsque celles-ci sont couvertes par le secret des correspondances ou relèvent de la vie privée des utilisateurs et ne mettent en cause ni le bon fonctionnement technique des applications, ni la sécurité de celles-ci, ni l'intérêt de l'entreprise. Ils ne sauraient non plus être contraints de le faire, sauf disposition législative particulière en ce sens. L'obligation de confidentialité pesant sur les administrateurs informatiques doit ainsi être clairement rappelée dans leur contrat, ainsi que dans la charte d'utilisation des outils informatiques annexée au règlement intérieur de l'entreprise ou de l'administration. La CNIL constate parfois que les outils de télémaintenance ou de prise de main à distance sont également utilisés à des fins de contrôle, par l'employeur, de l'activité de ses employés sur leur poste informatique. Une telle utilisation n'est ni conforme au principe de proportionnalité, ni respectueuse du principe de finalité posé par la loi « informatique et libertés »¹⁴⁶⁶.

II. Divulgarion de données dans les procédures judiciaires

481. **Articuler la procédure judiciaire avec la vie privée** - Les entreprises doivent répondre aux exigences de plus en plus strictes en matière de protection des données personnelles dans un nouvel environnement informatique. Les outils numériques brouillent la ligne entre le travail et la vie personnelle. Cette interférence peut avoir des conséquences importantes pour la collecte et la divulgation de données dans les procédures judiciaires. La CEDH, depuis un arrêt du 6 décembre 1988, a consacré une

¹⁴⁶⁶ CNIL, *Guide pour les employeurs et les salariés*, op. cit., p. 23.

obligation de loyauté dans la réunion policière et judiciaire des preuves¹⁴⁶⁷. Elle admet cependant qu'une preuve illégale puisse être produite et utilisée en justice dès lors qu'elle a pu être discutée dans le cadre d'un procès équitable¹⁴⁶⁸. On peut imaginer que la divulgation soit intentionnelle (un salarié contre son employeur), ou accidentelle (une information qui a été oubliée). Il convient de distinguer la procédure judiciaire américaine (A), de la procédure devant le juge français (B). En effet, le droit des nouvelles technologies est emprunt de droit américain en raison de l'origine de nombreuses entreprises évoluant dans l'environnement technologique et de la circulation des données entre les entreprises européennes et américaines. Face à ces procédures la gestion documentaire apparaît comme un instrument au service de l'entreprise permettant d'anticiper les risques (C).

A. La procédure judiciaire américaine

482. « **E-discovery** » - La procédure américaine de *discovery*¹⁴⁶⁹, permet à une partie, dans le cadre de la recherche de preuves pouvant être utilisées dans un procès civil ou commercial, de demander à la partie adverse tous les éléments d'information pertinents (faits, actes, documents...), quand bien même ceux-ci lui seraient défavorables¹⁴⁷⁰. Dans les faits, la dématérialisation des documents et l'inflation documentaire conduisent à donner l'accès à un nombre de plus en plus important de données. Dans le procès Enron aux États-Unis des millions de pages d'emails et de documents ont ainsi été exploités dans le cadre de la procédure judiciaire¹⁴⁷¹. Pour satisfaire à ces exigences, certaines entreprises américaines mettent en place un système d'archivage automatique qui copie les documents et les communications électroniques conservés sur le réseau informatique de l'entreprise puis les archivent pour une durée déterminée sur les serveurs de l'entreprise pour anticiper des litiges potentiels.

483. **Procédure intrusive** – Cette procédure n'est pas circonscrite aux entreprises américaines sur le seul territoire américain. Elle implique notamment la collecte

¹⁴⁶⁷ CEDH, 6 déc. 1988, *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, n°10590/83.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*

¹⁴⁶⁹ F. Ferrand, « Art. 2 - Droit anglais de la preuve », dans *Rép. pr. civ.*, Dalloz, 2015, .

¹⁴⁷⁰ On parle de *fishing expeditions* permettant à une partie de demander à l'autre de produire de nombreux éléments de preuve afin d'y piocher peut-être quelque pièce qui pourra soutenir sa propre cause.

¹⁴⁷¹ N. Flynn, *The e-policy handbook: rules and best practices to safely manage your company's e-Mail, blogs, social networking, and other electronic communication tools*, Amacon, 2009, p. 83.

d'informations auprès d'entreprises françaises ou européennes qui ont une activité sur le sol américain ainsi que dans les filiales des entreprises américaines. Une telle procédure est particulièrement intrusive. D'une part, la divulgation du disque dur ou des messages d'un employé peut porter atteinte à son droit au respect de la vie privée ou au secret des correspondances. D'autre part, cette procédure, si elle n'est pas anticipée, peut porter atteinte aux dispositions de la loi informatique et libertés, notamment celles relatives aux droits d'information et d'opposition des personnes concernées, à la proportionnalité du traitement de données, ainsi qu'aux règles de transfert de données hors Union européenne.

484. **Recommandation de la CNIL** - Dans quelle mesure les entreprises françaises peuvent-elles divulguer des informations relatives à leur activité, leur clientèle et leurs salariés lorsqu'elles sont sollicitées dans des procédures judiciaires ou administratives américaines ? En 2009, la CNIL¹⁴⁷² a rappelé que les transferts d'informations doivent nécessairement être effectués en conformité avec la Convention de La Haye, seule convention internationale liant la France aux États-Unis en matière de procédures judiciaires. Par ailleurs, elle précise que la désignation d'un Correspondant informatique et libertés (CIL) peut s'avérer particulièrement utile face à ce type de problématique. Enfin, elle formule un certain nombre de préconisations : un transfert de données peut avoir lieu dans le cadre d'une procédure de *discovery* dès lors qu'est « garanti le respect des droits des personnes », que les données recueillies sont « adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles le traitement est mis en œuvre », que ces données ne sont « conservées que pour une durée pertinente », qu'une « information générale, claire et complète de toute personne potentiellement concernée doit être réalisée préalablement à la mise en place du traitement de données pouvant faire l'objet d'un transfert de leurs données personnelles à l'étranger », que les droits d'accès et de rectification sont assurés à ces personnes et enfin, que le transfert doit s'effectuer conformément aux dispositions de la loi informatique et libertés relatives aux transferts internationaux.

¹⁴⁷² « CNIL, délibération n° 2009-474, 23 juillet 2009 portant recommandation en matière de transfert de données à caractère personnel dans le cadre de procédures judiciaires américaines dite de « Discovery » ».

B. Les mesures d'instruction en droit français

485. **Procédure pénale** - En France, il n'y pas de *discovery* judiciaire, mais il existe de nombreuses situations équivalentes. Depuis la loi du 10 mars 2004¹⁴⁷³, il est possible de requérir tout document issu d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives intéressant l'enquête, sous réserve d'un motif légitime du respect du secret professionnel. Le refus d'obéissance à cette injonction de produire est puni d'une amende. La loi du 29 juillet 2009¹⁴⁷⁴ a renforcé cet arsenal en créant notamment l'article 57-1 du code de procédure pénale, « les officiers de police judiciaire [...] peuvent, au cours d'une perquisition effectuée dans les conditions prévues par le présent code, accéder par un système informatique implanté sur les lieux où se déroule la perquisition à des données intéressant l'enquête en cours et stockées dans ledit système ou dans un autre système informatique, dès lors que ces données sont accessibles à partir du système initial ou disponibles pour le système initial [...] ». Selon l'article 11 du code de procédure civile, « les parties sont » également « tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime ». Enfin, toujours selon le code de procédure civile, pris en son article 138 : « Si, dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce ».

486. **Mesure d'instruction en droit civil** - En droit civil, le juge peut également être amené à ordonner des mesures d'instruction en vue du procès. Le référé de l'article 145 du Code de procédure civile, parfois appelé « référé instruction », a pour objet de permettre à un sujet de droit de se procurer une preuve¹⁴⁷⁵. « S'il existe un motif légitime

¹⁴⁷³ « Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité » (JO, n°59, 10 mars 2004).

¹⁴⁷⁴ « Loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense » (JO, n° 175, 31 juillet 2009).

¹⁴⁷⁵ S. Migayron, « La recherche de preuves informatiques sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile », *Communication Commerce électronique*, n° 4, Avril 2015, p. 7.

de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ». Or, « le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article 145 du 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 »¹⁴⁷⁶.

487. Experts informatiques indépendants - L'huissier désigné dans l'ordonnance en application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile doit l'être nommément. L'ordonnance peut également autoriser l'huissier instrumentaire à se faire assister, pour l'aider dans sa mission, d'un ou plusieurs experts informatiques indépendants des parties requérantes. Dans le cadre de sa mission de constatation, l'ordonnance peut autoriser l'huissier à accéder aux ordinateurs, serveurs, messagerie, etc. et à faire des copies de tous les fichiers informatiques en lien avec le litige¹⁴⁷⁷.

488. Messagerie personnelle - Les principaux utilisateurs des mesures d'instruction sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile sont les entreprises, souvent dans des contextes de concurrence déloyale. Dans l'économie numérique, ces mesures concernent quasi systématiquement les données informatiques. Dès lors, peut-on imaginer que le juge puisse autoriser un huissier à accéder aux fichiers non personnels du salarié sur son ordinateur personnel ? En effet, si le dossier est stocké sur un espace de stockage appartenant au salarié, ou hébergé pour lui par un tiers, il faut permettre à l'entreprise de s'assurer de la suppression des documents professionnels. La recherche par mot-clé effectué par un huissier peut offrir l'avantage de pouvoir passer outre un usage de la mention « personnel » qui aurait pour dessein la dissimulation volontaire d'une information¹⁴⁷⁸. Il appartient au juge de peser les droits et libertés en conflit et de prendre s'il y a lieu, en faisant application du principe de proportionnalité, la mesure apparaissant strictement nécessaire à la défense de ces intérêts. La Cour de cassation s'est prononcée dans un arrêt du 26 janvier 2016 sur la licéité de la production par un employeur à titre de preuve de messages électroniques issus de la messagerie

¹⁴⁷⁶ Cass. soc., 10 juin 2008, pourvoi n°06-19.229, Bull. civ., V, n°129.

¹⁴⁷⁷ « Saisie informatique, libertés publiques et droit à la vie privée », *Cahiers sociaux*, n° 247, décembre 2012, p. 355.

¹⁴⁷⁸ S. Migayron, « La recherche de preuves informatiques sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile », *op. cit.*, p. 7.

personnelle d'une salariée intégrés dans le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition par l'employeur. La Cour a rejeté le pourvoi de l'employeur en constatant que « les messages électroniques litigieux provenaient de la messagerie personnelle de la salariée distincte de la messagerie professionnelle dont celle-ci disposait pour les besoins de son activité (...) ces messages devaient être écartés des débats en ce que leur production en justice portait atteinte au secret des correspondances »¹⁴⁷⁹. Cette jurisprudence contraste avec la décision adoptée par le collège de la grande chambre de la CEDH le 12 janvier 2016¹⁴⁸⁰. Ne constitue pas une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme garantissant le droit au respect de la vie privée et de la correspondance notamment, la surveillance par l'employeur des communications échangées par un salarié sur un compte internet de l'entreprise, qui apparaît raisonnable dans le contexte d'une procédure disciplinaire. Il ne serait ainsi pas déraisonnable de vouloir vérifier que les employés achèvent leurs tâches professionnelles¹⁴⁸¹. Reste à voir si la jurisprudence reviendra sur cette décision ou si la Cour de cassation adoptera un raisonnement similaire¹⁴⁸².

C. L'archivage électronique

489. **L'archivage** - Aux termes de l'article L. 211-1 du Code du patrimoine, l'archivage est la conservation de « l'ensemble des documents, quels que soient leur date, leur forme et leur support matériel, produits ou reçus par toute personne physique ou morale et par tout service ou organisme public ou privé dans l'exercice de leur activité ». Il convient de distinguer l'archivage de la sauvegarde qui s'analyse comme une copie de données d'un support sur un autre pour permettre la restauration des données d'origine, en cas de panne matérielle ou logicielle. La finalité du stockage est également différente. Cette fois l'enregistrement des données sur le disque dur d'un ordinateur est fait en vue d'une utilisation ultérieure. La norme NF Z42-013 définit l'archivage électronique comme l'ensemble des actions visant à identifier, recueillir, classer, conserver, communiquer et restituer des documents électroniques, pour la durée nécessaire à la satisfaction des obligations légales ou pour des besoins d'informations ou à des fins patrimoniales. Tout document émis ou reçu par une entreprise dans l'exercice

¹⁴⁷⁹ Cass. soc., 26 janv. 2016, pourvoi n°14-15.360, en cours de publication, *op. cit.*

¹⁴⁸⁰ CEDH, 12 janv. 2016, *Bărbulescu c. Roumanie*, n°61496/08.

¹⁴⁸¹ C. Demunck, « Vie privée du salarié sur internet : la CEDH réexamine sa position », *Dalloz actualité*, juin 2016.

¹⁴⁸² *Infra*. Partie 2, titre 1, chapitre 1, section 1, I, B, droit au respect de la vie sociale.

de son activité doit ainsi être conservé pendant certaines durées minimales. Par exemple, l'article L. 3243-4 du Code du travail impose à l'employeur de conserver « un double des bulletins de paie des salariés ou les bulletins de paie remis aux salariés sous forme électronique pendant cinq ans ». Rien n'empêche l'entreprise de l'archiver plus longtemps, à condition toutefois de s'appuyer sur des critères objectifs¹⁴⁸³. L'objectif d'un système d'archivage électronique est de conserver à long terme des documents ou des actes écrits afin de pouvoir les retrouver intègres dans 10, 20 ou 100 ans.

490. **Cycle de vie du document** – L'article 1316-1 du Code Civil pose deux conditions pour admettre la valeur probante d'un document. « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ». Le respect de cette double exigence juridique repose sur la fiabilité et la traçabilité du processus mis en œuvre pour gérer le cycle de vie du document¹⁴⁸⁴. En particulier, toute modification de format constitue une brèche dans la garantie de l'intégrité au sens technique du terme (dès que l'on touche un « bit » d'un fichier, l'intégrité technique est en effet perdue), et devra être assortie d'une description précise du processus utilisé afin de montrer que le contenu informationnel n'a pas été modifié¹⁴⁸⁵.

491. **Original et copie** – Alors que le Code civil comporte plusieurs références au terme d'« original », il ne contient aucune définition de celui-ci. Le Petit Robert le définit comme un « ouvrage de la main de l'homme, dont il est fait des reproductions », ou encore « qui émane directement de l'auteur, est l'origine et la source première des reproductions »¹⁴⁸⁶. Ce concept était évident dans une civilisation où le seul support envisageable pour l'écrit a longtemps été matériel. Or, la notion d'original est difficilement transposable dans le monde numérique, car dans la pratique, les documents électroniques sont pratiquement tous des copies. L'original électronique n'existe pas.

492. **Conformité** - La notion d'original est remplacée par la capacité du processus de conformité à garantir l'intégrité du contenu informationnel entre le document créé par

¹⁴⁸³ I. Renard, « Valeur juridique du document numérique », *Expertises*, n° 348, juin 2010, p. 217.

¹⁴⁸⁴ F. Bitan, « Fasc. 4740 : courrier électronique », *J.Cl. communication*, Avril 2014, p. www - lexisnexis - com.

¹⁴⁸⁵ I. Renard, « Valeur juridique du document numérique », *op. cit.*, p. 218.

¹⁴⁸⁶ Collectif, *Le Petit Robert*, *op. cit.*

son auteur, et celui qui est ensuite conservé. De nombreuses applications métier sont encadrées par des règles qui sont propres soit à un secteur d'activité, soit à un type de document particulier. Le législateur impose de nombreuses obligations sur le système de gestion de l'information (sécurité, déclaration des failles, encadrement des transferts, etc.). Par exemple, l'administration fiscale impose que les factures électroniques soient conservées selon des préconisations spécifiques. Il faut également souligner l'impact fort de la législation sur les données personnelles¹⁴⁸⁷.

493. Préservation et collecte des données - « Souvent noyés dans le cadre d'une messagerie électronique qui, elle, n'est pas sauvegardée, les informations contenues dans certains messages peuvent être nécessaires pour démontrer soit la preuve d'un engagement, son contenu, son auteur, soit la date d'envoi du courrier électronique. Les organisations doivent donc assurer l'archivage des courriers électroniques entrants et sortants et ce, dans des conditions juridiques, organisationnelles et techniques fiables »¹⁴⁸⁸. Afin d'anticiper ces difficultés, l'entreprise doit se doter d'un système apte à restituer les informations utiles. A l'instar des processus mis en place sur les ordinateurs en réseau dans l'entreprise, les entreprises doivent être capables de collecter, de supprimer ou de sauvegarder des données sur tous les outils personnels utilisés à des fins professionnelles. Par exemple, les utilisateurs ne doivent pas pouvoir supprimer de manière discrétionnaire des textes, des SMS, des journaux d'appels, etc. si ces données sont susceptibles d'être pertinentes pour l'entreprise. La procédure implique également la destruction des documents conformément à la politique générale mise en œuvre par l'entreprise¹⁴⁸⁹. Mais comment s'assurer que tous les documents ont bien été supprimés sur les outils personnels du salarié et qu'ils ne réapparaîtront pas ? L'enjeu n'est pas autour de la propriété des supports, mais du contrôle des informations contenues. Les informations, dès lors qu'elles sont présentes sur des espaces de stockage gérés manuellement par le salarié, sont difficilement « contrôlables ». Ce n'est pas parce qu'une clé USB appartient à l'entreprise que l'entreprise sait nécessairement ce qu'elle contient. Sur les réseaux sociaux et sur les espaces de stockages privés, il est par

¹⁴⁸⁷ Non seulement, la dématérialisation de plus en plus développée en matière d'obligations déclaratives, fait courir des risques à l'origine de contentieux importants, mais un contentieux spécifique apparaît du fait du contrôle des comptabilités informatisées. F. Roemer, « La dématérialisation des procédures fiscales en France, une modernisation de l'État au service de l'amélioration des relations avec les entreprises ? », *Pyramides. Revue du Centre d'études et de recherches en administration publique*, n° 26/27, 1 mai 2016, p. 145.

¹⁴⁸⁸ « L'archivage électronique », *JCP G*, n° 38, 14 septembre 2009, p. 251.

¹⁴⁸⁹ G. Buckles et eDJGroup, *Legal, Security, and IT Tackle BYOD*, http://www.symantec.com/content/en/us/enterprise/white_papers/b-legal-security-it-byod-21329696-WP.pdf.

définition encore plus difficile d'exercer un contrôle pour l'entreprise¹⁴⁹⁰. Parallèlement on observe un recours croissant à la preuve audio qui entraîne aujourd'hui le développement de nouvelles méthodes permettant leur traitement et leur analyse¹⁴⁹¹.

494. **Traitement de données sensibles** – La réalité technique ne cesse de se complexifier. Selon l'article 8 de la loi Informatique et libertés, le traitement de données sensibles est en principe interdit et ne doit être réalisé que si la personne concernée a donné son consentement exprès ou s'il est nécessaire à la constatation, la sauvegarde ou la défense d'un droit en justice pour le responsable de traitement. Des mesures particulières, notamment de sécurité, doivent être mises en place afin de protéger de manière adéquate ces informations. S'agissant du consentement au traitement de données sensibles, la preuve d'un consentement libre, spécifique et éclairé doit pouvoir être apportée. Les documents doivent ainsi pouvoir être recherchés de façon différenciée. Il appartient en conséquence au responsable de traitement de filtrer les données à communiquer à la partie adverse afin de ne pas divulguer celles qui ne sont pas pertinentes dans le cas du litige. Le responsable de traitement devra anonymiser les données lorsque c'est possible et informer les personnes concernées du traitement mis en œuvre et assurer le respect de leurs droits. Enfin, il devra garantir la sécurité des données afin qu'elles ne soient pas altérées ou perdues. Une des solutions est de développer des applications qui fonctionnent sur les tablettes et « smartphones » en cloisonnant les contenus professionnels. Ces applications doivent permettre aux salariés de réaliser des tâches en mobilité dans les mêmes conditions de sécurité et de confidentialité que sur l'ordinateur de l'entreprise¹⁴⁹².

495. **Conclusion chapitre** - Dès les débuts du développement de l'informatique, la mise en place de systèmes automatisés soulève des inquiétudes pour les libertés individuelles. Cela incite à doter la France d'une réglementation innovante avec la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Si cette réglementation fondatrice reste essentielle, elle est directement confrontée à un

¹⁴⁹⁰ M. Schmidt, *Social Media Advisor – The Need For Employer Vigilance With Privacy*, <http://www.ediscoverylawreview.com/2010/09/17/social-media-advisor-the-need-for-employer-vigilance-with-privacy/>, consulté le 24 avril 2014.

¹⁴⁹¹ D. Blaxell et M. Bonney, « Les défis liés au traitement des preuves audio », *JCP G*, n° 40, 30 septembre 2013, p. 1034.

¹⁴⁹² Oil & Gas Mobility Summit, Londres 11 et 12 février 2014

changement de paradigme par la multiplication des usages numériques¹⁴⁹³. Ces derniers posent de nouvelles questions cruciales aussi bien pour la perte de maîtrise des données personnelles que pour l'encadrement suffisant ou les modalités de protection. Un ancien président de la CNIL résume le nouveau contexte de la manière suivante : « Les caméras nous filment, les lecteurs biométriques nous identifient et nous reconnaissent, les dispositifs de géolocalisation nous repèrent et nous suivent, les applications internet nous profilent, analysent nos goûts et enregistrent nos habitudes, les micros nous écoutent, l'arsenal des fichiers nationaux, européens et internationaux se déploie, le nuage numérique enveloppe la planète, l'informatique contextuelle comblera peu à peu les espaces disponibles entre nos pensées respectives, les nanotechnologies rendront les systèmes invisibles et donc innombrables et irréversibles... Dans le domaine qui fait l'objet de nos réflexions, la question se pose de façon très aiguë. Si on ne réagit pas, la période durant laquelle la vie privée du citoyen, son intimité, son identité auront été reconnues et préservées n'aura été qu'une parenthèse »¹⁴⁹⁴. Si on considère que l'évolution contemporaine des données personnelles dans l'espace numérique n'est plus liée à la seule question de la vie privée, une constitutionnalisation de cette protection mettrait notre texte fondamental en cohérence avec les évolutions numériques de notre société. L'existence d'une protection constitutionnelle plus affirmée permettrait aussi au Conseil constitutionnel de s'appuyer avec encore plus de force sur la Constitution pour contrôler les nouvelles législations liées à la sécurité ou au renseignement. Car, ces dernières sont aussi devenues très gourmandes en usage de données personnelles¹⁴⁹⁵. Les révélations du programme de surveillance de la NSA ont même amené à s'interroger sur la mise en place d'un « *habeas corpus* numérique européen pour protéger la vie privée »¹⁴⁹⁶. Si la société numérique doit effectivement rester une société de liberté, il est essentiel de protéger les données personnelles qui circulent sur internet et d'en permettre une maîtrise réelle de leurs données par les personnes concernées. Certains considèrent que le moment est venu d'aller vers l'adoption d'une déclaration universelle des droits de l'homme pour l'ère du numérique. Des projets de textes sont déjà imaginés de la manière suivante : « Chaque homme a droit au respect de sa dignité et de sa vie

¹⁴⁹³ H. Oberdorff, « L'espace numérique et la protection des données personnelles au regard des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 41.

¹⁴⁹⁴ A. Türk, *La Vie privée en péril : Des citoyens sous contrôle*, Paris, Odile Jacob, 2011, p. 261.

¹⁴⁹⁵ H. Oberdorff, « L'espace numérique et la protection des données personnelles au regard des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 41.

¹⁴⁹⁶ C. Moares, *Rapport sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers États membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures*, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Parlement européen, 2014.

privée quelles que soient les empreintes qu'il laisse sur les réseaux numériques. Le consentement, libre et éclairé de l'intéressé doit être préalable à toute utilisation de ses données culturelles. L'autorisation de leur utilisation ne saurait être tacite ou illimitée dans le temps »¹⁴⁹⁷.

496. **Transition** - L'accès direct et total au savoir de plus en plus de travailleurs, conséquences des effets des progrès des TIC ne fera qu'amplifier les tensions à l'œuvre dans l'organisation du droit. « La fonction protectrice génétique du droit du travail exige de ce fait que soient conçus autrement les instruments de la sécurité, bien sûr pour les travailleurs, mais aussi pour l'entreprise dans la mesure où le pouvoir de direction ne s'exerce plus par des ordres en directions des personnes n'ayant pas un niveau de connaissance suffisant, mais par la contractualisation de rapports de travail sur le fondement d'un niveau d'expertise et du niveau d'autonomie du travailleur permettant de réaliser des missions correspondant à la qualification contractuellement reconnue »¹⁴⁹⁸. La flexibilité du temps et des espaces de travail deviennent une exigence pour les entreprises, mais elle peut aussi être une chance pour les salariés. En facilitant l'autonomie et le libre choix, elle favorise l'accès aux droits et libertés fondamentaux du citoyen dans la sphère professionnelle. Les TIC participent de manière déterminante à l'éclatement de l'unité de temps et de lieu du travail. Les pratiques de travail en mobilité, à distance, en dehors des heures traditionnelles de bureau, sont désormais courantes et de nouveaux lieux de travail émergent (espaces de co-working, cafés équipés de wifi, etc.)¹⁴⁹⁹. Parce que l'usage des TIC contribue à changer les modalités du travail et les compétences mises en œuvre pour l'exercer, on admettra en définitive, comme le doyen Waquet, que si les nouvelles technologies ne changent pas les bases du droit du travail, « celui-ci postule d'abord et avant tout du lien de subordination »¹⁵⁰⁰, elles remettent toutefois en cause les équilibres précaires qui gouvernaient les relations sociales jusqu'alors. La part d'abstraction, de plus en plus grande, va de pair avec la complexification et l'individualisation des tâches (auto-organisation du travail, travail en mode projet, contact en ligne avec des clients et partenaires extérieurs, etc.).

¹⁴⁹⁷ Manifeste Forum d'Avignon, 2013 : <http://www.forum-avignon.org/fr/manifeste-principes-d-une-declaration-universelle-de-l-internaute-et-du-createur-l-heure-du-numerique>

¹⁴⁹⁸ J. Barthélémy, *Évolution du droit social*, op. cit., p. 308.

¹⁴⁹⁹ France, *Note d'analyse internet : prospective 2030*, Commissariat général à la stratégie et à la prospective, 2013, p. 10.

¹⁵⁰⁰ P. Waquet, « Propos liminaires », *Droit Social*, 2001, p. 11.

Chapitre 2 Les nouvelles manières de travailler

497. **Société dématérialisée** – L'immense quantité d'informations disponibles sur les supports dématérialisés caractérise les nouvelles technologies dites numérique. Ce « cyberspace » désigne « l'univers des réseaux numériques comme lieu de rencontres et d'aventures, enjeu de conflits mondiaux, nouvelles frontières économique et culturelle. Le cyberspace désigne moins les nouveaux supports de l'information que les modes originaux de création, de navigation dans la connaissance et de relation sociale qu'ils permettent »¹⁵⁰¹. A chaque nouvelle manière de travailler correspond une nouvelle articulation du temps. « Le passage d'une société industrielle vers une société de l'information et de la connaissance médiatisé par les nouvelles technologies s'accompagne-il d'une transformation du temps ? »¹⁵⁰². L'émergence des problématiques propres aux technologies de l'information et de la communication (TIC) renforce la confusion pré-existante entre les professions dites manuelles et intellectuelles. Pendant que le travail se déporte hors de l'entreprise, et que la vie privée s'introduit dans l'entreprise par le biais des TIC, le juriste ne reconnaît pas toujours le temps de travail et son corolaire le repos, notions consacrées par le droit du travail. Des flux considérables d'informations se trouvent véhiculés par ces outils (qu'il s'agisse d'Internet, des réseaux sociaux, des mails...) qui ne connaissent ni les contraintes des temps organisés, ni le cloisonnement des activités dans les espaces. La connexion permet l'accès à l'information. Le temps d'usage de la « tablette », du téléphone, de l'ordinateur peuvent ne correspondre ni au « temps personnel », ni au « temps professionnel ». Les notions que le droit du travail avait mobilisées et inventées de toute pièce pour circonscrire la subordination du salarié peuvent ainsi être remises en cause.

498. **A la recherche d'une concordance nouvelle** – Alors que l'entreprise doit s'adapter à l'immédiateté du marché, les salariés, pour partiellement libérés des frontières spatiales de l'entreprise, souhaitent « consommer » leur temps en fonction de leurs contraintes et de leurs aspirations personnelles. Entre les deux, il y a un nouveau point d'équilibre à trouver. C'est ce que certains auteurs nomment la « concordance des temps », pour « adapter le travail à l'homme »¹⁵⁰³ (chapitre 2). Il n'est pas question ici de

¹⁵⁰¹ P. Lévy, *L'Intelligence collective : pour une anthropologie du cyberspace*, La Découverte, 1997, p. 17.

¹⁵⁰² L. Damhuis, « Les TIC changent-elles notre rapport au temps ? », *La lettre EMERIT*, n° 58, 2009, p. 1-5.

¹⁵⁰³ G. Gélinau-Larrivet, « Le temps et le droit du travail, brefs propos introductifs », *Dr. soc.*, n° 3, mars 2000, p. 238-240.

donner des solutions définitives, mais il s'agit plutôt d'interroger notre modèle de société et de redéfinir notre droit à l'aune d'un nouvel « espace-temps » (chapitre 1).

Section 1 L'espace numérique de travail

499. « **Nuages** » et **données** - Le temps de travail a historiquement constitué le premier thème de la réglementation sociale ¹⁵⁰⁴, il matérialise désormais la déréglementation souhaitée par les entreprises et une partie des salariés. En 1817, Robert Owen, lança un mot d'ordre : « 8 heures de travail, 8 heures de loisir, 8 heures de sommeil » ¹⁵⁰⁵, qui devint ensuite le slogan de la 1^{re} Internationale et du mouvement ouvrier français. En France, c'est plus d'un siècle après que la semaine de 40 heures a été adoptée avec les accords de Matignon en 1936 par le Front Populaire. Finalement, deux siècles plus tard, cette maxime de la révolution industrielle est en cours de révision au milieu d'une nouvelle révolution de nuages et de données, qui ouvre la voie à de nouvelles façons de travailler, de collaborer et de communiquer. Le nouvel environnement socio-numérique fait éclater les notions d'espace et de temps, autour desquelles s'est bâtie la législation du travail de la société industrielle. La révolution numérique en cours aura, selon Michel Serres, des effets au moins aussi considérables qu'en leur temps l'invention de l'écriture puis celle de l'imprimerie ¹⁵⁰⁶. Une révolution des temps que l'on peine aujourd'hui à conceptualiser. Nous sommes, en effet, passés d'un temps objectif, attaché à une société « taylorienne » ¹⁵⁰⁷, à un temps subjectif, issu du monde internet, c'est à dire un monde où le temps est difficilement mesurable.

500. **Espace-temps numérique** - L'activité de travail se déroule dans un espace (lieu, poste de travail, bureau, déplacements...) et une temporalité (durée, horaires, congés, astreinte...); un « espace-temps », en somme, aux frontières plus ou moins délimitées. Pour nombre de salariés, cet « espace-temps », qui semblait immuable, se modifie devant leurs yeux. La multiplicité des outils de communication, avec, en première ligne, l'ordinateur portable et le téléphone mobile, permettent aux salariés, qu'ils soient cadres, commerciaux, techniciens ou autres, d'effectuer du travail commandé en tous lieux. Les

¹⁵⁰⁴ F. Canut, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », *Dr. soc.*, 2010, p. 379.

¹⁵⁰⁵ « Eight hours labour, eight hours recreation, eight hours rest », Leonhard Widrich. C. Birch et D. Paul, *Life and Work : Challenging Economic Man*, UNSW Press, 2003, p. 52.

¹⁵⁰⁶ M. Serres, *Petite Poucette*, Paris, Éd. le Pommier, 2012, p. 9.

¹⁵⁰⁷ Elle se caractérise par une logique marchande « pure », un environnement stable, une production de masse de biens homogènes, une division du travail poussée, une décision centralisée, une culture de la fonction et de la « position sociale » et un système de gestion exclusivement financier.

technologies de l'information, de la communication et de la relation, changent notre rapport au travail : portables, mobiles, 4G, Wifi et tant d'autres technologies permettent de rester au bureau... virtuellement¹⁵⁰⁸. Si on peut aujourd'hui affirmer que les TIC ont un impact fort sur les temporalités (I) et les lieux du travail (II), va-t-on pour autant vers une rupture radicale avec « l'unité de temps et de lieu » qui a caractérisé le monde du travail industriel ?¹⁵⁰⁹ Peut-on répondre à cette nouvelle situations avec les formules juridiques élaborées au siècle dernier ?

I. L'espace de travail à l'épreuve du temps numérique

501. **L'espace de travail** – Depuis les premières migrations de l'homme en Afrique, jusqu'à l'invention de l'automobile, l'histoire de l'humanité se confond avec celle de la mobilité¹⁵¹⁰. Aujourd'hui, la mobilité est aussi déterminée par l'information. La mobilité des personnes se voit transformée dans son organisation et dans sa conception même, du fait du numérique. L'information permet à la fois de favoriser la mobilité et l'immobilité (individuelles et collectives) en consommant moins de ressources¹⁵¹¹. Pour réaliser l'activité visée, il est possible de combiner des communications numériques, des opportunités de proximité (tiers lieux)¹⁵¹². L'acceptation ou le refus des innovations de mobilité trouve une explication dans les aspirations émergentes des populations, dans les valeurs qui s'imposent, ou encore dans l'environnement économique et social¹⁵¹³. D'un point de vue juridique, le lieu de travail, considéré comme l'entreprise elle-même, est l'espace où s'exercent les prérogatives organisationnelles de l'employeur, matérialisées

¹⁵⁰⁸ B. Sarazin, « Nouvelles organisations : les temps changent », *ANACT*, n° 335, janvier 2011, p. 3.

¹⁵⁰⁹ FRANCE, T. Klein, D. Ratier, Centre d'analyse stratégique et Direction générale du travail, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, *op. cit.*, p. 174.

¹⁵¹⁰ L'occupation progressive de la planète s'est faite en plusieurs étapes : les premiers hominidés sont ainsi apparus en Afrique, avant 2,5 millions d'années avec J.-C. O. David, *La population mondiale : répartition, dynamique et mobilité*, Armand Colin, 2015, p. 86.

¹⁵¹¹ La mobilité est déterminé par la recherche de la combinaison idéale entre le déplacement des personnes, associé à un mode de transport et à une consommation d'énergie, et le déplacement de l'information en optimisant l'usage du temps et la consommation d'énergie. Dès qu'elles le peuvent, les nouvelles générations connectées pratiquent le travail mobile plutôt que de faire deux heures de transport par jour pour accéder à un bureau et se connecter à un ordinateur... La progression du transport de personnes s'est ainsi nettement ralentie depuis une dizaine d'années, avec une quasi-stagnation de la circulation automobile. Ce sont dorénavant les ruptures et les transitions qui devraient en caractériser les évolutions, dans un environnement davantage marqué par les turbulences de l'économie, les nécessités de la transition énergétique, la montée en puissance des économies circulaires et l'irruption des outils numériques. *La mobilité refondée avec le numérique*, IESF, 2015, p. 10-14.

¹⁵¹² La localisation unique du travail au siège de l'entreprise est condamnée à terme. L'activité professionnelle se déplace de plus en plus hors des locaux de l'entreprise, mais ces travailleurs mobiles ont besoin de « points de chute » et d'ancrage. Le travail se relocalise dans des « tiers lieux », institutionnalisés ou non, télécentres, espaces de coworking, cafés, gares, bibliothèques, dont certains favorisent l'émergence de pratiques communautaires... *Ibid.*, p. 34.

¹⁵¹³ H. Mathe, *Innovation de mobilité, mobilité de l'innovation*, ESSEC Publishing, 2011, p. 9.

dans son pouvoir de direction¹⁵¹⁴. La notion de lieu de travail ne disparaît pas. Elle définit toujours l'espace physique où se trouve le salarié à un moment donné lorsqu'il travaille. En revanche, ce lieu n'est pas nécessairement attaché à l'espace physique de l'entreprise. Au regard des évolutions technologiques, on peut aussi s'interroger sur la délocalisation du travail dans l'espace virtuel, ses conséquences sur le contrat (A) et sur la compétence des juges (B).

A. L'espace de travail du travailleur numérique

502. **Espace numérique de travail** – « Le lieu de travail est la portion de l'espace, l'endroit, où le salarié accomplit la prestation de travail prévue au contrat qui le lie à l'employeur »¹⁵¹⁵. Désormais la propagation de l'informatique et des télécommunications permet d'envisager de nouveaux horizons en matière de travail, et notamment sur les modalités d'exercice du travail¹⁵¹⁶. Ces nouveaux moyens de communications, au premier rang desquels figure l'internet, autorisent avec facilité le « transfert » d'activités. Le salarié peut matériellement travailler à la terrasse d'un café ou dans les transports en commun. Pourtant ces nouvelles possibilités ne sont pas encore pleinement envisagées par le législateur. Il apparaît donc nécessaire de rappeler que le travailleur numérique n'est ni un travailleur à domicile (1), ni un télétravailleur (2), ni a fortiori un salarié sédentaire. C'est un travailleur *sui generis* (3).

1) Le travail à domicile

503. **Activité manuelle** - Le travail à domicile est une organisation ancienne. Il se décline dans une série d'activités salariées ou indépendantes, réalisées pour partie ou en totalité dans l'espace domestique. Ce travail réveille souvent de mauvais souvenirs dans l'inconscient collectif. On pense notamment au travail à façon, aux canuts, aux dentellières... autant de professions mal rémunérées et donnant lieu à une certaine exploitation faute de réglementation¹⁵¹⁷. A l'origine, seuls les travailleurs manuels

¹⁵¹⁴ Myriam Delawari et Christophe Landat, « Les enjeux de la relation salariale au regard du développement du réseau Internet », *op. cit.*, p. 39.

¹⁵¹⁵ *Le lieu de travail du salarié malmené par la jurisprudence*, <http://ucuetis.blog.lemonde.fr/2014/10/10/le-lieu-de-travail-du-salarie-malmené-par-la-jurisprudence/>, consulté le 12 octobre 2014.

¹⁵¹⁶ B. Sarazi, « Télétravail : codes et enjeux d'une organisation hors les murs », *Travail & changement*, n° 353, janvier 2014, p. 7.

¹⁵¹⁷ D. Bernard, *Le télétravail en question : analyse critique à partir de 10 cas d'entreprises*, ANACT, p. 68.

bénéficiaient de la législation de protection des travailleurs à domicile¹⁵¹⁸. Ce statut ne s'appliquait qu'aux travailleurs participant à la transformation matérielle de matières premières fournies par le donneur d'ouvrage ou à l'élaboration de marchandises¹⁵¹⁹. Le télétravail à domicile, basé sur l'utilisation de l'informatique et des technologies de l'information et de la communication, en représente un aspect moderne. Il redéfinit les frontières spatio-temporelles qui ont fortement structuré le monde du travail¹⁵²⁰. Aujourd'hui encore, malgré le développement d'Internet, le travail à domicile est considéré comme un mode d'organisation n'intéressant que certaines fonctions de l'entreprise ou certaines opérations du processus industriel à faible valeur ajoutée.

504. Définition légale - La qualité de travailleur à domicile relève des articles L. 7412-1, L. 7412-2 et L. 7412-3 du code du travail. Il résulte de ces trois articles que la qualité de travailleur à domicile requiert la réunion de quatre conditions : l'exécution d'un travail pour le compte d'un ou plusieurs établissements, l'exécution de ce travail hors de l'établissement du donneur d'ouvrage, la perception d'une rémunération forfaitaire pour le travail commandé et enfin le recours limité à des aides.

505. Donneur d'ouvrage - Un chef d'entreprise peut faire réaliser certains travaux hors de son établissement par un ou plusieurs travailleurs à domicile. Le chef d'entreprise est alors qualifié de donneur d'ouvrage. Le travailleur à domicile a la qualité de salarié, il est lié au donneur d'ouvrage par un contrat de travail. Le donneur d'ouvrage est responsable à l'égard du travailleur à domicile de l'application de l'ensemble des dispositions légales applicables aux salariés, même s'il utilise un intermédiaire¹⁵²¹.

506. Temps d'exécution – Les travailleurs à domicile « peuvent disposer de leur temps et organiser leur travail de façon autonome. Ils ne sont pas contraints à la vie d'atelier. Et surtout, ils ne doivent pas rendre compte de leur travail à un patron pendant toute la journée »¹⁵²². En effet, le travail à domicile dans le secteur tertiaire concerne des

¹⁵¹⁸ Ce dispositif était adapté en raison « d'absence de dépendance trop étroite, dans le temps ou dans l'espace de tâches susceptibles d'être effectuées à domicile par rapport à l'ensemble du processus de production. Les travaux de montage et d'emballage sont à cet égard privilégiés ». *Le travail à domicile : une voie d'avenir*, UIMM, 1984, p. 6.

¹⁵¹⁹ G. Dedessus-Le-Moustier, « Travail à domicile et télétravail », dans *Rép. trav.*, 2014, p. 191-246.

¹⁵²⁰ C. Rey et F. Sitnikoff, « Télétravail à domicile et nouveaux rapports au travail », *Revue Interventions économiques*, n° 34, 1 juillet 2006.

¹⁵²¹ C. trav. art. L. 7413-1.

¹⁵²² J.-P. Durand, *Le travail à domicile en France aujourd'hui*, coll. « Travail et emploi », 1985, p. 38.

activités souvent difficiles à quantifier¹⁵²³. Le législateur a prévu que « dans les branches professionnelles employant des travailleurs à domicile, le tableau des temps nécessaires à l'exécution des travaux en série et de ceux qui peuvent être préalablement décrits pour les divers articles et les diverses catégories de travailleurs est établi par les conventions ou accords collectifs de travail »¹⁵²⁴. « A défaut de convention ou d'accord collectif de travail étendu, l'autorité administrative dresse le tableau des temps d'exécution des travaux »¹⁵²⁵. Par ailleurs, le travailleur à domicile ne peut effectuer des travaux rémunérés au-delà de la durée maximale du travail¹⁵²⁶. Dans la pratique toutefois, la difficulté de se référer à un nombre d'heures de travail, l'absence de régularité du travail donné... conduisent à ne pas appliquer aux travailleurs à domicile un certain nombre d'avantages salariaux et sociaux et contribuent ainsi à maintenir le coût du travail à domicile à un niveau très sensiblement inférieur à celui du travail dans l'entreprise¹⁵²⁷. En effet, la loi n'oblige pas les entreprises à assurer une charge de travail stable aux salariés à domicile.

507. Intimité du domicile – Activité inscrite matériellement dans l'espace personnel du salarié, le travail à domicile devient indissociable de la vie privée. Par principe, la mission de contrôle de la législation du travail permet à l'inspecteur du travail d'entrer dans tous les établissements, selon l'article L. 8113-1 du Code du travail. Mais ce contrôle de l'administration du travail est plus difficile à s'exercer en raison de la nature et de la multiplication des lieux de travail, notamment au regard de la vie privée du salarié qui exerce sa prestation de travail à son domicile¹⁵²⁸. A ce titre, la règle applicable consiste, pour l'inspecteur du travail désirant contrôler le travail effectué dans une habitation privative (domicile, chambre d'hôtel), à obtenir l'autorisation préalable de ses occupants. « Lorsque les travaux sont exécutés dans des locaux habités, les inspecteurs et contrôleurs du travail ne peuvent y pénétrer qu'après avoir reçu l'autorisation des personnes qui les occupent »¹⁵²⁹. L'exemple nord-américain peut paraître intéressant puisque le Comté de Los Angeles établit que le télétravail peut s'exercer à domicile à la condition de prévoir un local ou une pièce spécialement

¹⁵²³ FRANCE, Conseil économique et social et C. Rey, *Le Travail à domicile*, Conseil économique et social, coll.« Journal officiel de la République française, avis et rapports du Conseil économique et social », 1999, p. 204.

¹⁵²⁴ C. trav. art. L. 7422-1.

¹⁵²⁵ C. trav. art. L. 7422-2.

¹⁵²⁶ C. trav. art. L. 8261-1.

¹⁵²⁷ FRANCE, Conseil économique et social et C. Rey, *Le Travail à domicile*, *op. cit.*, p. 187.

¹⁵²⁸ J.-E. Ray, « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.*, 1992, p. 527.

¹⁵²⁹ C. trav. art. L. 8113-1.

aménagée à cet effet, et avec un accès à l'extérieur, permettant alors à l'administration d'avoir accès au local professionnel sans violation du domicile privé¹⁵³⁰.

508. « *At home team manager* » - Quel avenir pour le travail à domicile ? Aux États-Unis, nombre d'employeurs proposent des postes exclusivement à distance. Et même pour des métiers que l'on imagine en France incompatibles avec la dématérialisation¹⁵³¹. Ainsi le géant informatique Apple recrute des « *at home team manager* »¹⁵³². L'offre d'emploi¹⁵³³ stipule explicitement : « *Work from anywhere in the United States* ». En somme, travaillez de n'importe où aux États-Unis, dans votre canapé, votre baignoire, chez un ami, au restaurant, peu importe. Dès 1985, un rapport dénonçait « l'unanimisme conservateur (...) premier ennemi du télétravailleur à domicile qui chamboule les habitudes et provoque la créativité dans l'organisation de travail »¹⁵³⁴. Les années ont passé mais le constat dressé reste le même. Le travailleur à domicile n'est pas encore réellement sorti de la « clandestinité » au sein de laquelle il est cantonné en France par le droit du travail¹⁵³⁵. Cet écart est provoqué par l'ancienneté des textes pensés pour l'industrie et l'organisation du travail traditionnelle, et non pour les structures connues aujourd'hui.

2) *Le statut du télétravailleur*

509. **La naissance du télétravailleur** – Le télétravail, apparu récemment, est parfois considéré comme une forme de travail à domicile. À partir des années 1990, on a tout d'abord vu apparaître le développement du « télétravail noir », appelé par certains « gris » ou « sauvage »¹⁵³⁶. Pratiqué quelques jours par semaine, en majorité par des cadres ayant la confiance de l'entreprise, il ne faisait l'objet d'aucune formalisation contractuelle écrite. Pourtant une personne qui effectue du télétravail ne relève pas automatiquement de la réglementation sur les travailleurs à domicile. Il faut que tous les

¹⁵³⁰ M. Delawari et C. Landat, « Les enjeux de la relation salariale au regard du développement du réseau Internet », *op. cit.*, p. 43.

¹⁵³¹ E. Buzaud, *Manager en télétravail, c'est possible... aux États-Unis*, <http://www.cadremploi.fr/editorial/actualites/actu-emploi/detail/article/manager-en-teletravail-cest-possible-aux-tats-unis.html>, consulté le 9 mai 2014.

¹⁵³² Chefs d'équipe à la maison, un poste qui suppose de superviser 20 personnes à temps complet, de monitorer leurs résultats, de mesurer la satisfaction client...

¹⁵³³ Offre publiée sur Flexijobs (site spécialisé dans l'emploi à distance) <http://www.flexijobs.com/jobs/telecommuting-jobs-at-apple>

¹⁵³⁴ J.-P. Durand, *Le travail à domicile en France aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 1985.

¹⁵³⁵ FRANCE, Premier ministre, P. Morel-a-Lhuissier, J.-C. Barrois et C. Gal, *Du télétravail au travail mobile : un enjeu de modernisation de l'économie française*, Paris, France, La Documentation française, 2007, p. 91.

¹⁵³⁶ J.-E. Ray et J.-P. Bouchet, « Vie professionnelle, vie personnelle et TIC », *op. cit.*, p. 44.

critères légaux soient réunis, notamment un travail au domicile du salarié et non par exemple dans un télécentre. Or, « le travail à domicile se présente aujourd'hui de manière diversifiée. Ses formes industrielles tendent à passer au second plan au profit de nouvelles pratiques concernant le secteur tertiaire, en relation avec le développement du télétravail (...). Pourtant, l'appareil statistique appréhende difficilement ces évolutions et les dispositions du code du travail sont en tout état de cause insuffisantes pour assurer l'égalité de traitement de ces travailleurs avec les salariés d'entreprise »¹⁵³⁷.

510. Le retard de la France - Le télétravail se cantonne encore à quelques individus¹⁵³⁸. Selon les derniers chiffres collectés, le télétravail, ou travail à distance formalisé par un accord, séduit près de 17% de la population active selon une étude réalisée pour le Tour de France du Télétravail en 2012¹⁵³⁹. Dans les pays scandinaves et anglo-saxons, il concernerait deux à trois fois plus de salariés¹⁵⁴⁰. Pire, 79% des travailleurs français n'ont jamais accès au télétravail. Alors que 73% de ceux qui ne télétravaillent pas encore aimeraient le faire, comment expliquer le retard de la France ? Tout d'abord, il convient de rappeler que l'absence de réglementation est apparue pendant longtemps comme un frein « commode » pour masquer les autres obstacles culturels, économiques ou sociaux. En France, les entreprises sont particulièrement attachées au présentisme et le télétravail est encore représenté négativement¹⁵⁴¹. Le récit d'un journaliste illustre cette représentation « quand je dis aux gens que je travaille chez moi, c'est l'une de ces deux explications qui leur vient à l'esprit : soit je suis au chômage, ou presque, et j'attends de retrouver un véritable emploi, soit je nourris une dévotion monastique envers mon boulot, doublée d'une autonomie à toute épreuve, conditions nécessaires, selon eux, à un télétravail heureux »¹⁵⁴². Pourtant « l'intervention des nouvelles technologies de l'information permet d'envisager sous un nouveau jour notre capacité à contribuer à la préservation de l'environnement par la diminution de l'impact quotidien des trajets entre domicile et lieu de travail, la recherche d'un meilleur équilibre entre vie familiale et vie professionnelle mais aussi une nouvelle

¹⁵³⁷ FRANCE, Conseil économique et social et C. Rey, *Le Travail à domicile*, op. cit.

¹⁵³⁸ C. Coutelle et D. aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, *Rapport d'information de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi pour une République numérique*, Assemblée nationale, 2015, p. 53-54.

¹⁵³⁹ *Livre blanc du télétravail et des tiers lieux*, Tour de France du Télétravail, 2012.

¹⁵⁴⁰ FRANCE, Premier ministre, P. Morel-a-Lhuissier, J.-C. Barrois et C. Gal, *Du télétravail au travail mobile*, op. cit., p. 11.

¹⁵⁴¹ D. Denis, *Dynamiser le télétravail : un enjeu décisif pour la croissance et l'emploi*, Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 2011, p. 11.

¹⁵⁴² Farhad Manjoo, *Le travail à domicile peut être une très bonne chose, pour les employés comme pour les employeurs*, <http://www.slate.fr/story/68951/travail-domicile-teletravail-yahoo-mayer>, consulté le 28 août 2014.

conception du management et des rapports hiérarchiques qui se trouvent, par la distance, rééquilibrés vers plus de délégation et moins de présence effective »¹⁵⁴³.

511. Le cadre juridique du travail à distance formalisé – Le télétravail fait l’objet de nombreuses définitions qui prêtent à confusion. Car le télétravail désigne tout à la fois le fait de travailler à distance, qui recouvre un grand nombre de situations, et en même temps le cadre formalisé du « travail au domicile », envisagé plus étroitement. Il a d’abord été défini par l’accord national interprofessionnel de 2005 comme « une forme d’organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l’information dans le cadre d’un contrat de travail et dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l’employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière. Le fait de travailler à l’extérieur des locaux de l’entreprise ne suffit pas à conférer à un salarié la qualité de télétravailleur ». A l’issue d’une procédure accélérée, l’article 46 de la loi Warsmann¹⁵⁴⁴ introduit le télétravail dans le Code du travail, dont les articles L. 1222-9 à L. 1222-11 reprennent une partie des dispositions de l’ANI de 2005. Désormais, « 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 régulière et volontaire en utilisant les technologies de l’information et de la communication dans le cadre d’un contrat de travail ou d’un avenant à celui-ci »¹⁵⁴⁵. Le texte précise « sans préjudice de l’application, s’il y a lieu, des dispositions du présent code protégeant les travailleurs à domicile », on peut donc considérer que, même si tous les éléments de l’accord national ne sont pas tous repris, ils font implicitement partie de la législation afférente au télétravail¹⁵⁴⁶.

512. Exclusion – A la différence de l’ANI, la définition du législateur ne prend pas en compte les travailleurs « nomades ». Ce qui soulève une interrogation sur ce qu’est vraiment le télétravail ? S’agit-il seulement de transposer le travail dans l’entreprise au domicile du salarié ? Les métiers nomades tels les commerciaux en font-ils partie ? Les pratiques nomades tel que le travail rapporté le soir au domicile pour avancer sur un

¹⁵⁴³ Amendement présenté par M. Gosselin visant à créer un article additionnel à l’article 40 bis de la proposition de loi Warsmann de simplification du droit et allègement des démarches administratives : http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/amendements_commissions/cloi/3706-02.pdf (p. 78).

¹⁵⁴⁴ « Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l’allègement des démarches administratives », *op. cit.* (JO, 23 mars 2012, n°71).

¹⁵⁴⁵ C. trav. art. L.1222-9.

¹⁵⁴⁶ A. Quilton, *Vers une codification du télétravail ?*, <http://www.lexatic.com/droit-du-travail-dans-un-environnement-numerique/vers-une-codification-du-teletravail.html>, consulté le 9 octobre 2012.

dossier exigeant sont-ils exclus ? La loi ne répond pas. Il s'agit de la principale source d'insécurité juridique. Aujourd'hui le mot télétravail est utilisé de plus en plus souvent pour désigner diverses combinaisons de travail effectué dans les bureaux de l'entreprise, chez les clients, dans les transports... ou à domicile. Dans cette réalité, deux tiers des télétravailleurs le sont de manière informelle¹⁵⁴⁷. C'est à dire qu'il ne bénéficie d'aucun cadre protecteur. Or, si les nouvelles formes de travail gagnent du terrain, c'est parce qu'elles répondent aux nouveaux besoins des salariés et des entreprises. Mais le fait que toutes ses formes ne soient pas envisagées par le droit du travail, et ne puissent par conséquent pas être organisées dans les entreprises représente un frein majeur au développement de l'emploi. Pour faire sortir le travail mobile de cette zone grise, il s'agit de le considérer non plus comme une mesure individuelle exceptionnelle mais comme un nouveau mode d'organisation de l'entreprise¹⁵⁴⁸.

513. Codification du télétravail – Le télétravail combine l'utilisation des technologies de l'information et de la communication avec la notion de flexibilité quant au lieu de travail. Or le télétravail qui est envisagé par le droit du travail est envisagé comme l'exacte transposition de l'entreprise au domicile du salarié. La loi sur le télétravail ne fait exception à aucune règle. Le télétravailleur est un salarié de l'entreprise comme les autres, même s'il travaille en dehors de ses locaux. Il bénéficie donc des mêmes droits que les autres salariés. Tous les frais liés à l'exploitation des tâches du télétravailleur sont ainsi pris en charge par l'entreprise¹⁵⁴⁹. Le salarié a également les mêmes devoirs et doit donc se conformer aux règles édictées par l'employeur en matière de protection des données. Le télétravailleur doit se voir confier des charges équivalentes à celles des autres salariés. Mais outre ses obligations de droit commun vis-à-vis de ses salariés, l'employeur est également tenu à l'égard du salarié en télétravail à des dispositions spécifiques.

514. Dispositions propres aux télétravailleurs - La loi indique clairement le caractère volontaire du télétravail : un contrat ou un avenant doit être signé entre les parties. A défaut d'accord collectif applicable, le contrat de travail ou son avenant précise les modalités de contrôle du temps de travail. L'employeur doit en outre

¹⁵⁴⁷ A la question « Votre télétravail a-t-il fait l'objet d'un avenant au contrat de travail ? » 27% des télétravailleurs répondent oui et 65% non (8% NSP). *Enquête d'opinion sur le télétravail et l'environnement, Rapport Global*, BVA, 2015, p. 15.

¹⁵⁴⁸ B. Sarazi, « Télétravail : codes et enjeux d'une organisation hors les murs », *op. cit.*, p. 353.

¹⁵⁴⁹ *Infra*. Partie 1, titre 1, chapitre 1, section 3 : « les ressources informatiques des salariés ».

« organiser chaque année un entretien qui porte notamment sur les conditions d'activité du salarié et sa charge de travail » et « fixer, en concertation avec lui, les plages horaires durant lesquelles il peut habituellement le contacter »¹⁵⁵⁰. Cette dernière disposition est intéressante par qu'elle constitue une remise en cause de la « mise à disposition » du salarié dans le cadre de la définition du temps de travail effectif¹⁵⁵¹.

515. Circonstances exceptionnelles - Le nouvel article L. 1222-11 du Code du travail prévoit en outre qu'en cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, ou en cas de force majeure, la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés. Les modalités d'application en cas de circonstances exceptionnelles doivent être définies par décret. Malheureusement ce décret n'a toujours pas été publié¹⁵⁵².

516. Des accords timides – Généralement, les accords sur le télétravail porte une grande importance à transposer au domicile l'organisation du travail en vigueur dans l'entreprise. Ces conditions sont révélatrices des préoccupations légitimes des entreprises mais elles sont aussi exagérées. Cela revient, en premier lieu, à verrouiller l'organisation du temps télétravaillé sur les rythmes de l'entreprise. Selon les entreprises, l'amplitude du télétravail varie ainsi entre un et deux jours par semaine et sont généralement fixes, mais très peu ont choisi un forfait mensuel de jours¹⁵⁵³. On note toutefois une évolution à l'instar de celle opérée par *Thales*. En 2014, l'ensemble des partenaires sociaux de *Thales Services* avait conclu un accord relatif au télétravail. Celui-ci est organisé sur la base « timide » d'un jour par semaine maximum¹⁵⁵⁴. Selon ses termes, l'accord constituait un moyen pour l'entreprise spécialisée dans les activités de sous-traitance informatique « d'accompagner ses démarches de transformation et de moderniser l'organisation du travail au sein de son activité », tout en permettant aux salariés « de concilier vie professionnelle et vie personnelle en leur offrant une plus grande autonomie dans l'exercice de leurs fonctions »¹⁵⁵⁵. En 2015, le nombre de jours a été revu à la hausse dans un accord à l'échelle du groupe. « Afin de maintenir le lien

¹⁵⁵⁰ C. trav. art. L.1222-9.

¹⁵⁵¹ Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2, A : « le temps de travail effectif ».

¹⁵⁵² Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2, II, B, 2, a : « le droit à la « démobilité » ».

¹⁵⁵³ B. Sarazi, « Télétravail : codes et enjeux d'une organisation hors les murs », *op. cit.*, p. 6.

¹⁵⁵⁴ X. de Mazenod, *Télétravail : Thales Services s'engage sur un jour par semaine seulement*, <http://zevillage.net/2014/08/25/teletravail-thales-services-sengage-jour-semaine/>, consulté le 4 septembre 2014.

¹⁵⁵⁵ Titre IV. Art. 1 - Rythme de télétravail. Thalès services SAS, « Accord relatif au télétravail du 15 avril 2014 ».

social avec la communauté de travail, le salarié bénéficiant du dispositif de télétravail devra travailler au moins 3 jours entiers par semaine complète dans les locaux au sein desquels il effectue habituellement son activité »¹⁵⁵⁶. Concernant le lieu, on voit également apparaître des dispositions innovantes. L'accord de la *Société Générale* prévoit par exemple qu'outre la résidence principale déclarée aux ressources humaines, le salarié a la possibilité de déclarer un autre lieu fixe (par exemple une résidence secondaire, ou le domicile d'un parent)¹⁵⁵⁷.

517. Indisponibilité de la connexion internet - Les accords passent généralement en revue de potentiels problèmes techniques qui empêcheraient le télétravailleur de travailler autant qu'attendu : par exemple, les défaillances de la connexion Internet¹⁵⁵⁸, mais ces défaillances existent aussi dans l'entreprise où une panne des serveurs bloque toute l'activité des salariés. Une indisponibilité informatique¹⁵⁵⁹ d'une heure coûtera : une heure de salaire moyen multiplié par le nombre d'utilisateurs, plus une heure de chiffre d'affaire perdu¹⁵⁶⁰. Des résultats qui n'ont rien à voir avec l'indisponibilité de la connexion internet du salarié qui peut en réalité vaquer à quelques occupations personnelles et rattraper ensuite le « temps perdu ». En revanche, dans l'entreprise, il n'est pas toujours possible de différer son travail en m'étant à profit le temps perdu.

518. Indemnité au titre de l'occupation du domicile – Les frais liés au télétravail sont intégralement supportés par l'employeur¹⁵⁶¹. Mais l'occupation du domicile emporte-t-elle des conséquences financières ? En principe, 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 travail¹⁵⁶². Pour la Cour de cassation, « un salarié peut prétendre à une indemnité au titre de l'occupation de son domicile à des fins professionnelles dès lors qu'un local professionnel n'est pas mis effectivement à sa disposition »¹⁵⁶³. Par exemple pour les salariés du groupe *Coca Cola* exerçant des activités commerciales itinérantes, qui n'entrent donc pas dans les conditions d'éligibilité du télétravail, un accord prévoit une

¹⁵⁵⁶ Art. 7 - Rythme de télétravail. Thalès, « Accord cadre groupe relatif au télétravail du 24 avril 2015 », *op. cit.*

¹⁵⁵⁷ Société Générale, « Accord d'expérimentation du télétravail du 16 juillet 2014 ».

¹⁵⁵⁸ B. Sarazi, « Télétravail : codes et enjeux d'une organisation hors les murs », *op. cit.*, p. 4.

¹⁵⁵⁹ L'indisponibilité informatique est le délai pendant lequel l'utilisateur ne peut, pas ou mal, travailler à cause d'une défaillance de l'outil informatique.

¹⁵⁶⁰ D. Dussard, « Peut-on estimer le coût de l'indisponibilité informatique ? », *La Lettre d'ADELI*, n° 68, 2007, p. 43-46.

¹⁵⁶¹ Infra. Partie 1, titre 1, chapitre 1, section 3 : « les ressources informatiques des salariés ».

¹⁵⁶² Cass. soc., 7 avr. 2010, pourvois n°08-44.865, 08-44.866, 08-44.867, 08-44.868, 08-44.869, Bull. civ., V, n° 86.

¹⁵⁶³ Cass. soc., 4 déc. 2013, pourvoi n°12-19.667 12-19.793, Bull. civ., V, n°300.

indemnité de sujétion spécifique pour compenser la nécessité d'effectuer des tâches administratives au domicile¹⁵⁶⁴. Pour déterminer le montant de l'indemnité, il faut mesurer l'importance de la sujétion, c'est-à-dire le temps passé à travailler à domicile et de l'espace utilisé pour les besoins de l'activité professionnelle¹⁵⁶⁵. Mais généralement, le télétravailleur tel qu'envisagé en France, quelques jours par mois, dispose par hypothèse d'un bureau dans l'entreprise. Dans une telle situation, le salarié ne peut pas prétendre à cette indemnité d'immixtion dans sa vie privée¹⁵⁶⁶. L'utilisation du domicile privé n'est alors qu'une simple faculté offerte par l'employeur. Dès lors qu'il bénéficie effectivement d'un local professionnel avec tous les moyens nécessaires pour travailler, le salarié ne peut pas prétendre à une indemnisation.

519. **Adaptation nécessaire** – Pour réellement promouvoir le télétravail dans les entreprises, il est nécessaire de conclure des accords plus ambitieux pour tenir compte des spécificités de chaque activité et de chaque poste. Pour être efficace, la relation au télétravail est très liée à la culture de l'entreprise, du métier ou du secteur professionnel : une télétravailleuse et un télétravailleur ne devraient pas considérés de la même manière dans une société de services en informatique, dans une banque, dans un centre de recherche ou dans une usine métallurgique. Or, la majorité des accords sur le télétravail ne prévoient pas d'incidence sur le temps de travail, ni sur la charge de travail. Les modalités de contrôle et d'évaluation sont les mêmes. Le télétravail est un mode d'organisation à part entière, susceptible de construire de nouveaux équilibres. La gestion du télétravail devrait tenir compte du fait que la relation salariale est ambiguë : « ambigüité d'un contrat « au temps » alors que le temps de télétravail est difficile à mesurer et ambigüité liée à la contradiction subordination/liberté du télétravailleur »¹⁵⁶⁷. C'est pourquoi le contrat de télétravail repose en réalité sur la notion de confiance entre le salarié et l'entreprise. « L'autonomie et la responsabilité associées au télétravail résonnent avec un mode de management qui est orienté vers les conditions de réalisation du travail et non vers un contrôle de la présence »¹⁵⁶⁸. Alors que « le télétravail bouleverse les conditions de travail traditionnelles et n'a rien à voir avec la question du travail à domicile telle qu'elle se posait dans la société industrielle et telle qu'elle est abordée par le Code du travail. (...) on est frappé par le contraste entre l'ampleur de

¹⁵⁶⁴ Coca cola Entreprise, « Accord sur le télétravail du 22 janvier 2014 ».

¹⁵⁶⁵ J.-P. Lhernould, « Indemnité au titre de l'occupation du domicile à des fins professionnelles », *JSL*, n° 359, février 2014, p. 7.

¹⁵⁶⁶ *Cass. soc.*, 4 déc. 2013, pourvoi n°12-19.667 12-19.793, *Bull. civ.*, V, n°300, *op. cit.*

¹⁵⁶⁷ J. Savatier, « Contrat de travail. Lieu d'exécution. Télétravail », *Dr. soc.*, 2006, p. 924.

¹⁵⁶⁸ B. Sarazi, « Télétravail : codes et enjeux d'une organisation hors les murs », *op. cit.*, p. 5.

cette révolution, liée aux nouvelles technologies de l'information et de la communication, et la permanence des principes juridiques permettant de résoudre les litiges entre les parties impliquées par ces nouvelles formes de travail »¹⁵⁶⁹. Si l'on veut protéger les salariés, des efforts d'adaptation de cette forme d'organisation du travail à la législation en vigueur doivent être faits. En effet, la majorité des obligations préventives en matière de santé et de sécurité au travail pesant sur l'employeur paraissent inadaptées au travail mobile, principalement du fait que le salarié n'est pas toujours dans les locaux de l'entreprise ou posté à son domicile¹⁵⁷⁰.

520. Déplacement et mobilité imposés - Un employeur peut imposer à un salarié un changement occasionnel du lieu de travail dans la mesure où ce changement est justifié par l'intérêt de l'entreprise et que la spécificité des fonctions exercées par le salarié implique de sa part une certaine mobilité géographique. Dans le cas contraire, cela constitue une modification du contrat de travail nécessitant l'approbation du salarié¹⁵⁷¹. En cas de circonstances exceptionnelles on peut également imposer le télétravail à domicile par exemple le virus H1N1 (ou en cas de pic de pollution)¹⁵⁷². Mais le télétravail ne s'improvise pas, il faudra nécessairement l'avoir anticipé et donc avoir conclu un accord. Un accord de mobilité interne peut également prévoir les conditions d'une mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise, en dehors de toute procédure de licenciement économique. Les clauses de l'accord, soumises à conditions, s'imposent au salarié à qui elles s'appliquent¹⁵⁷³. Le contrat doit ainsi céder devant l'exigence de mobilité, ou plus exactement la pérennité du lien contractuel a pour contrepartie l'affaiblissement de la force obligatoire de son contenu¹⁵⁷⁴.

521. Mobilité et télétravail - Le télétravail revêt un caractère nécessairement volontaire, tant pour le salarié que pour l'employeur¹⁵⁷⁵. Si un salarié exprime le souhait d'opter pour le télétravail, l'employeur peut, après examen, accepter ou refuser cette demande. De manière symétrique, l'employeur ne peut pas imposer au salarié le passage au télétravail, qui s'assimilerait à une modification du contrat de travail. Le refus d'accepter un poste de télétravailleur n'est pas un motif de rupture du contrat de

¹⁵⁶⁹ J. Savatier, « Contrat de travail. Lieu d'exécution. Télétravail », *op. cit.*, p. 924.

¹⁵⁷⁰ FRANCE et Centre d'analyse stratégique, *Le développement du télétravail dans la société numérique de demain*, 2009, p. 40.

¹⁵⁷¹ *Cass. soc.*, 22 janv. 2003, pourvoi n°00-43.826, *Bull. civ.*, V, n°15.

¹⁵⁷² *Supra*. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2, II, B, 2, a : « le droit à la « démobilité » ».

¹⁵⁷³ C. trav. art. L. 2242-17 à L. 2242-19.

¹⁵⁷⁴ A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015, p. 156.

¹⁵⁷⁵ Article 2, « ANI, 19 juillet 2005, relatif au télétravail », *op. cit.*

travail¹⁵⁷⁶. Les juges protègent les salariés contre les employeurs trop « envahissants » qui voudraient imposer le travail à domicile contre le gré du salarié. L'ordre donné au salarié par l'employeur, après suppression du bureau mis à sa disposition, d'installer à son domicile personnel un téléphone professionnel et des dossiers constitue une modification du contrat qui autorise le salarié à prendre acte de la rupture du contrat et s'analyse en un licenciement¹⁵⁷⁷.

522. Retour dans l'entreprise - Lorsque les parties ont convenu d'une exécution de tout ou partie de la prestation de travail par le salarié à son domicile, l'employeur ne peut en principe modifier cette organisation contractuelle du travail sans l'accord du salarié¹⁵⁷⁸. Ayant constaté que les parties étaient convenues que le salarié effectuerait, aux frais de l'employeur, son travail à son domicile deux jours par semaine, la cour d'appel a pu décider que le fait pour l'employeur de lui imposer de travailler désormais tous les jours de la semaine au siège de la société constituait (peu important l'existence d'une clause de mobilité), une modification du contrat de travail que le salarié était en droit de refuser¹⁵⁷⁹. Il s'agit d'une application classique de la jurisprudence sur la modification du contrat de travail¹⁵⁸⁰. Toutefois, cette jurisprudence apparaît en contradiction avec le sens littéral de la loi codifiant le télétravail. En effet, afin de prévenir tout contentieux, les parties doivent prévoir « les conditions de retour à une exécution du contrat de travail sans télétravail »¹⁵⁸¹. Généralement, une clause permet à l'employeur d'exiger que le salarié rejoigne définitivement les locaux de l'entreprise, sans motif à invoquer. Par ailleurs, une période d'adaptation peut être envisagée, pendant laquelle chacune des parties peut mettre fin au télétravail moyennant un délai de prévenance préalablement défini¹⁵⁸². Dans un tel cas, le salarié retrouve alors un poste dans les locaux de l'entreprise, correspondant à sa qualification. Le contrat de travail ou son avenant précisent les conditions de passage en télétravail et les conditions de retour à une exécution du contrat de travail sans télétravail. Reste à savoir comment ce type de clause sera accueilli par la Cour de Cassation au regard du principe réaffirmé dans l'arrêt du 12 février 2014¹⁵⁸³. On se demandera, pour conclure, ce qui peut se passer

¹⁵⁷⁶ C. tr. art. L. 1222-9 al. 3.

¹⁵⁷⁷ Cass. soc., 2 oct. 2001, pourvoi n°99-42.727, Bull. civ., V, n°292.

¹⁵⁷⁸ Cass. soc., 12 fév. 2014, pourvoi n°12-23.051, Bull. civ., V, n°48.

¹⁵⁷⁹ Cass. soc., 31 mai 2006, pourvoi n°04-43.592, Bull. civ., V, n°196.

¹⁵⁸⁰ « Travail à domicile : pas de modification sans l'accord du salarié », *D.*, février 2014, p. 488.

¹⁵⁸¹ C. trav. art. L. 1222-9 al. 4.

¹⁵⁸² P. Planterose, *Télétravail : travailler en vivant mieux*, Editions Eyrolles, 2014, p. 242.

¹⁵⁸³ P. Lokiec et J. Porta, « Droit du travail : relations individuelles de travail », *D.*, mai 2014, p. 1115.

lorsque le salarié effectue une partie de sa prestation à son domicile et une autre dans un établissement de l'entreprise et que, par application d'une clause de mobilité, l'employeur décide de muter le salarié dans un autre secteur géographique. L'on revient ici dans le cadre d'une mutation classique, mais avec maintien du droit du salarié à travailler pour partie du temps à son domicile¹⁵⁸⁴. Lorsqu'un avis d'inaptitude précise qu'un reclassement du salarié inapte à un poste en télétravail est possible, l'employeur doit justifier de ses démarches de reclassement et des éventuels motifs s'opposant à la préconisation du médecin du travail¹⁵⁸⁵. Il ne peut arguer de la petite taille de l'entreprise pour en déduire que le reclassement du salarié à un poste en télétravail est impossible¹⁵⁸⁶.

523. Confusion des lieux professionnel et personnel – Le lieu d'exécution du travail et le champ privé font désormais l'objet de confusions. Le lieu de vie et de travail est précisément un espace où le télétravailleur poursuit son existence et est amené à y avoir des temps personnels, tout en y exerçant sa profession. Or, le lieu de travail entraîne une présomption sur la qualification du temps¹⁵⁸⁷. Le télétravail implique de s'adapter à une nouvelle forme de management où les objectifs se substituent aux heures de présence et la coordination à la surveillance. Sans adapter notre droit, il n'est pas possible d'encadrer toutes les pratiques.

3) *Du télétravail au travail mobile*

524. Le travail mobile - Si dans les entreprises on considère souvent que la question du travail à distance est « réglée » par les accords sur le télétravail, la législation sur le télétravail ne règle pas tout, puisque le travail à distance est envisagé comme l'exacte transposition du bureau dans l'entreprise au domicile du salarié. Mais comment considérer les autres lieux où les salariés travaillent ? Internet a pour conséquence de démultiplier les lieux de travail. Selon une étude¹⁵⁸⁸ réalisée en 2014 par Ipsos, 74% des

¹⁵⁸⁴ J. Mouly, « La clause d'exécution alternative du contrat de travail au domicile du salarié ou dans l'entreprise : pouvoir de direction de l'employeur ou modification du contrat ? », *Dr. soc.*, 2014, p. 477.

¹⁵⁸⁵ *Cass. soc.*, 15 janv. 2014, pourvoi n°11-28.898, inédit.

¹⁵⁸⁶ *CA Reims*, 2 avr. 2014, n°12/01973.

¹⁵⁸⁷ I. de Launay-Gallot, « Il y a travail effectif lorsque le salarié reste en permanence à la disposition de l'employeur », *D.*, 1995, p. 375.

¹⁵⁸⁸ 43% des cadres travaillent depuis au moins 3 lieux différents selon une étude Ipsos pour Arkadin, http://www.offremedia.com/voir-article/43-des-cadres-travaillent-depuis-au-moins-3-lieux-differents-selon-une-etude-ipsos-pour-arkadin/newsletter_id=190402/#.VDPBa3gJYsp.twitter, consulté le 10 août 2014.

cadres travaillent depuis au moins deux lieux, et 43% travaillent depuis au moins trois lieux différents : leur domicile (59%), une entreprise autre que la leur (39%), un lieu public (27%), et des espaces dédiés au télétravail comme les espaces de co-working ou les bureaux de passage (21%). Cette mobilité dans l'espace est permise par l'essor des outils collaboratifs à distance les jeunes sont particulièrement enclins à les utiliser : 84% des jeunes cadres se servent d'outils de collaboration à distance, tandis que la moyenne se situe à 62%. Nul doute que ce phénomène va s'accroître. Dès lors qu'un espace dispose du Wifi, on peut potentiellement en faire un espace de travail en réseau, connecté à l'entreprise. Tous les espaces sont propices au travail. Le succès des campus sur le modèle des universités américaines et des géants d'internet préfigure l'avènement d'un monde de travail autonome, faiblement hiérarchisé et en réseau dans le cadre d'une société du savoir, elle-même organisée en réseau. Ces nouveaux espaces de travail replacent le bureau et ses occupants dans la cité classique, avec ses rues, ses terrasses de cafés, ses maisons, ses jardins... Ils traduisent « une véritable rupture théorique dans la conception du travail et de son organisation »¹⁵⁸⁹.

525. **Travailler n'importe où** - Comme l'a exprimé Alan Smith, « par l'expérience, rien n'est plus difficile à bouger que l'homme »¹⁵⁹⁰. Alors que la mobilité du travailleur se heurte à des résistances humaines, la mobilité de la production se heurte à des résistances physiques. Ce qui change avec les TIC c'est que l'homme n'a plus nécessairement besoin de se déplacer pour produire. L'information est un produit parmi d'autres qui suit le salarié partout. Ce produit ne nécessite plus de se rendre physiquement dans l'entreprise pour être présent dans son système d'information. Il est possible de produire de l'information partout, à distance, pourvu que l'on soit équipé et connecté. De fait, le travail numérique correspond à des pratiques diverses qui n'entrent pas dans le champ du travail classique¹⁵⁹¹. Non explicité, le travail mobile, que l'on confond souvent avec le télétravail contractualisé tombe sous les règles du droit du travail avec les problématiques du travail « classique »¹⁵⁹² : horaires de travail collectifs non respectés, travail dissimulé, etc. Or, le nomade n'a pas de statut. La mobilité n'est pas envisagée par le droit du travail et désigne ce qui peut se mouvoir ou être mû,

¹⁵⁸⁹ A. d'Iribarne, *Performance au travail : Et si tout commençait par vos bureaux ?*, Triel-sur-Seine, Italiques, 2012, p. 75.

¹⁵⁹⁰ A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Guillaumin, 1813, p. 103.

¹⁵⁹¹ G. Lyon-Caen, « La mobilité vue d'en haut », *Dr. soc.*, 1989, p. 430.

¹⁵⁹² B. Sarazi, « Télétravail : codes et enjeux d'une organisation hors les murs », *op. cit.*, p. 7.

changer de place, de position¹⁵⁹³. Le lieu de travail est désormais « nomadisable, c'est à dire sans localisation précise, autrement dit encore, localisable n'importe où, et transférable presque sans délai et sans coût »¹⁵⁹⁴. Le nomadisme contemporain désigne ainsi « la possibilité de s'émanciper des infrastructures fixes et d'utiliser des outils de travail et/ou de communication, dans n'importe quel espace hors du bureau »¹⁵⁹⁵. En effet, dans un certain nombre de domaines, la présence physique n'est absolument plus un élément déterminant.

526. Modification du lieu portée au contrat – Le lieu de travail est envisagé comme le lieu « où le salarié exécute habituellement sa prestation de travail ». C'est le lieu d'exécution du contrat ou de rattachement pour les salariés itinérants ou travaillant par nature sur chantier ou en missions à l'extérieur. La mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information à moins qu'il soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu¹⁵⁹⁶. Le contrat de travail peut alors comporter une clause de sédentarité, fixant le lieu de travail à un endroit précis. Si jamais l'employeur ou le salarié souhaitent modifier ce lieu, il faudra alors l'accord de l'autre partie pour modifier le contrat.

527. Contractualisation du lieu - « Face à une volonté claire et non équivoque de contractualisation (tel ou tel élément, le lieu, le temps l'horaire), l'intention des parties prime. Mais à défaut, en cas de doute, c'est au juge de déterminer s'il s'agit ou non d'une clause du contrat avec tous les effets que cela emporte »¹⁵⁹⁷. Il en est ainsi du lieu de travail. Celui-ci n'est pas consubstantiel au contrat de travail. La clause de lieu doit être distinguée de la simple mention, dans le contrat, du lieu de travail qui permet d'informer le salarié sur le lieu de travail. Tel est le cas par exemple de la simple mention : « le lieu de travail est fixé à... ». Pour qu'il y ait engagement de l'employeur la clause doit clairement préciser que le lieu auquel il est fait référence sera le lieu de travail exclusif du salarié¹⁵⁹⁸. Dans ce cas, le consentement du salarié lors de la formation du contrat de travail emporte l'acceptation du lieu de travail comme élément

¹⁵⁹³ Collectif, *Le Petit Robert*, op. cit., p. 1612.

¹⁵⁹⁴ M. Rossars, « Les enjeux du télétravail », *Liaisons sociales*, novembre 1996, p. 20.

¹⁵⁹⁵ G. Casino, *NTIC : de quoi parle-t-on ?*, Lyon, ANACT, 1999, p. 8.

¹⁵⁹⁶ Cass. soc., 3 juin 2003, pourvoi n°01-40.376, Bull. civ., V, n° 185.

¹⁵⁹⁷ F. Favennec-Hery, « Le contrôle judiciaire », dans *La négociation du contrat de travail*, Dalloz., 2004, p. 85.

¹⁵⁹⁸ Cass. soc., 3 juin 2003, pourvoi n°01-43.573, Bull. civ., V, n°185.

déterminant du contrat de travail. Toute modification ultérieure nécessitera alors l'accord du salarié.

528. Clause de mobilité - Parfois, le contrat de travail prévoit une clause de mobilité, qui permet à l'employeur d'imposer des mutations au salarié dans les zones géographiques stipulées. Si le contrat est silencieux, la Chambre sociale de la Cour de Cassation a posé le 20 octobre 1998 qu'à défaut de clause précise dans le contrat de travail, celui-ci doit s'exécuter dans un même secteur géographique, faute de quoi cela constitue une modification du contrat de travail nécessitant l'approbation du salarié¹⁵⁹⁹. Toutefois, l'exercice d'une clause de mobilité ne doit porter atteinte au droit à une vie personnelle et familiale protégé par la convention n° 156 de l'OIT¹⁶⁰⁰. La Cour de cassation s'est également fondée sur le droit de toute personne au respect de son domicile, garanti par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour rendre inapplicable une clause de mobilité, imposant au salarié de transférer son domicile, sans que cette mesure soit indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Au regard des potentialités du travail à distance, il apparaîtra enfin de plus en plus difficile pour l'employeur de démontrer « l'intérêt légitime » à mettre en œuvre une clause de mobilité. Un chef d'équipe peut très bien « manager » un projet à distance dès lors que l'entreprise est bien équipée en outils informatiques.

529. Conclusion - Le travail numérique séduit en tant qu'outil de flexibilité, mais sa formalisation peut risquer de lui faire perdre cette qualité. Malgré la diversité du travail, il y a une grande similitude entre les contenus des réglementations sur les horaires de travail, le contrôle exercé sur le travail, les conditions de santé et de sécurité, ainsi que la répartition des responsabilités et des devoirs entre employeur et le travailleur. La protection du travailleur à domicile, du télétravailleur, ou du travailleur mobile et de l'entreprise ne sera effective qu'en prenant en compte cette diversité¹⁶⁰¹. Malgré des efforts de régulation du cadre du télétravail, le caractère polymorphe du travail numérique rend difficile son enfermement dans une règle de droit. Les entreprises

¹⁵⁹⁹ Cass. soc., 20 oct. 1998, pourvoi n°96-40.757, Bull. civ., V, n°431.

¹⁶⁰⁰ Cass. soc., 14 oct. 2008, pourvoi n°07-40.523, Bull. civ., V, n° 192.

¹⁶⁰¹ L. Taskin et P. Vendramin, *Le télétravail, une vague silencieuse : les enjeux socio-économiques d'une nouvelle flexibilité*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2004, p. 82.

doivent apprendre à la fois à encourager et à encadrer la mobilité, et les salariés, à penser en termes d'objectifs accomplis et non plus de temps passé au bureau¹⁶⁰².

B. Compétence territoriale

530. **Là où est l'homme, le droit s'applique** - Le développement d'internet renouvelle la question des conflits de juridictions. L'exceptionnel essor du réseau Internet donne une occasion unique aux entreprises de multiplier les contacts transfrontaliers et ainsi développer une activité internationale en quelques clics. Il s'agit aussi d'une opportunité pour les salariés qui peuvent travailler à l'autre bout du monde pour une entreprise française. Cependant, la dimension mondiale du World Wide Web, qui est une des clefs de son succès, empêche parfois le juriste de raisonner de manière nationale et contraint à une réflexion à l'échelle planétaire. Or, « le droit n'est pas planétaire ». Cette possibilité d'accéder au réseau depuis n'importe quel point du globe engendre une confrontation simultanée des règles juridiques des différents pays et met à l'épreuve le droit international. Quelle loi appliquer lorsque survient un litige en droit du travail ayant des « éléments de rattachement » avec plusieurs pays ?

531. **Le télétravailleur transnational** – Il faut ici comprendre le télétravailleur comme étant une personne réalisant une prestation de travail à son domicile (quelque soit son lieu) au profit d'un employeur français ou étranger. Un salarié belge qui travaille en France peut très bien demander à son entreprise française de bénéficier du dispositif de télétravail mis en place au sein de sa structure. Il télé-travaillera alors depuis la Belgique. L'inverse est également possible : un salarié qui bénéficie d'un dispositif de télétravail, peut souhaiter déménager à l'étranger sans rompre son contrat de travail¹⁶⁰³. Un salarié français peut aussi travailler en France pour une entreprise étrangère. Grâce au travail à distance, la relation de travail reste tout à fait envisageable. Il convient de connaître la loi applicable (1) et le juge compétent (2).

¹⁶⁰² Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 1, section 1, B : « un droit adapté au temps des réseaux ».

¹⁶⁰³ On retrouve de nombreux cas d'école sur les forums de discussion avec des salariés bien en peine. Voir par exemple : <http://forum-juridique.net-iris.fr/travail/69273-salarie-francais-residant-belgique-2.html>

1) *La législation applicable*

532. **Le contrat de travail international** - Le contrat de travail international est celui qui présente un ou plusieurs éléments d'extranéité et qui, en tant que tel, est susceptible de rattachement à différents ordres juridiques. Le droit international privé ne donne pas de définition précise de l'extranéité. On sait seulement que la découverte d'un ou plusieurs éléments d'extranéité écarte l'application de règles de droit interne au profit des règles de droit international privé¹⁶⁰⁴. Or on peut prédire sans risque que les relations numériques de travail, en délocalisant le travail de l'espace physique vers l'espace informatique, vont augmenter ces éléments d'extranéité. Il convient de déterminer les règles propres au droit du travail (a) et au droit de la sécurité sociale (b).

a. Le droit du travail

533. **Convention de Rome** - Le conflit de lois relève depuis le 1er avril 1991 des dispositions de la convention de Rome du 19 juin 1980¹⁶⁰⁵. Les règles qu'édicte ce texte s'imposent à tous les juges de l'Union Européenne même si le contrat intéresse des ressortissants non communautaires ou est exécuté hors du territoire de l'Union, et même si la loi désignée est celle d'un État non contractant.

534. **Le choix des parties** - Selon l'article 3 de la convention de Rome, le principe est que le contrat est régi par la loi choisie par les parties, c'est la règle de « l'autonomie des parties ». L'article susvisé précise qu'à défaut de choix exprès le choix peut être implicite. Il doit ainsi résulter de façon certaine des dispositions contractuelles ou des circonstances de la cause. Par le choix qu'elles posent, les parties peuvent appliquer la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat. Il est possible de déduire la volonté des parties en fonction des conditions d'exercice du contrat. Une cour d'appel qui relève qu'un contrat de travail ne fait pas référence à la loi applicable et que le contrat a été conclu en France entre une société française et un ressortissant français, peut constater que les parties avaient l'intention de soumettre leurs relations à la loi

¹⁶⁰⁴ C. Alric, « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *JDI*, n° 1, mars 2003, p. 39.

¹⁶⁰⁵ « Décret n° 91-242 du 28 février 1991 portant publication de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19 juin 1980 ».

française¹⁶⁰⁶. En l'espèce, le contrat avait été signé en France avant le départ du salarié pour le Pakistan et la rémunération était stipulée en francs.

535. **A défaut de choix** - Aux termes de l'article 6 de la convention de Rome, à défaut de choix exprès ou implicite, le contrat de travail international est régi par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché temporairement (la convention est muette sur la durée du détachement) dans un autre pays. A défaut de choix, c'est donc la loi du lieu d'exécution qui régit le contrat¹⁶⁰⁷. Les règles de ce rattachement « objectif » du contrat de travail sont formulées par l'article 6, 2° de la convention de Rome. Ce texte prévoit, en principe, la désignation de la loi du pays où le travailleur accomplit habituellement son travail. Ce critère objectif est délicat à mettre en œuvre. Pour les travailleurs numériques mobiles, un tel enchaînement stabilité-mobilité n'est pas toujours de mise. Pour qu'il y ait détachement, il faut être en mesure d'identifier une période de travail suffisamment longue dans un autre pays pour être considérée comme habituelle, afin de fixer la compétence de la loi du lieu d'exécution¹⁶⁰⁸. Par exemple, dans un arrêt du 8 novembre 2005¹⁶⁰⁹, la Cour de cassation a admis qu'un salarié étranger recruté à l'étranger était habituellement employé en France pour y avoir travaillé six mois. « La solution pourrait s'expliquer objectivement : le lieu de travail habituel est celui où le salarié a travaillé le plus longtemps, en l'occurrence la France. Une explication psychologique doit néanmoins l'emporter. Le caractère habituel d'un rattachement supposerait le renoncement au retour »¹⁶¹⁰. Dans le cadre d'un télétravailleur international, l'intention du travailleur est difficile à appréhender. Il résulte de la jurisprudence une grande imprévisibilité de la loi applicable à conflit de loi applicable. Si un salarié peut légitimement vouloir travailler sur une île déserte¹⁶¹¹, il n'est pas certain qu'il veuille se voir appliquer le désert juridique qui y est associé.

536. **Démontrer un lien étroit** - Toutefois s'il existe, au vu de l'ensemble des circonstances, des liens plus étroits avec un autre pays, la loi de cet autre pays est alors applicable. La clause de flexibilité de l'article 6 a pour fonction de permettre, grâce à la

¹⁶⁰⁶ Cass. soc., 28 oct. 1997, pourvoi n°94-42.340, Bull. civ., V, n°337.

¹⁶⁰⁷ Cass. soc., 13 janv. 1998, pourvoi n°93-44.339, 95-42.700, Bull. civ., V, n°4.

¹⁶⁰⁸ N. Nord, « La mobilité du travail : approches de droit international privé », *RTD*, 2012, p. 383.

¹⁶⁰⁹ Cass. soc., 8 nov. 2005, pourvoi n°03-46.970, inédit.

¹⁶¹⁰ J.-F. Cesaro, « La sécurité juridique et l'identification de la loi applicable », *Dr. soc.*, 2006, p. 734.

¹⁶¹¹ *Un patron s'exile 40 jours sur une île déserte*, <http://www.lefigaro.fr/societes/2013/09/17/20005-20130917ARTFIG00294-dans-le-nord-un-patron-s-exile-40-jours-sur-une-ile-deserte.php>, consulté le 24 septembre 2014.

confiance faite au juge, de restaurer, dans les situations atypiques le juste équilibre de sécurité juridique et protection des intérêts en présence, particulièrement garantis, par ailleurs, par l'article 6-1 pour la protection du salarié et par l'article 7 (lois de police) pour assurer l'efficacité des politiques sociales nationales essentielles¹⁶¹². En effet, les nouvelles technologies ou le télétravail international sont de nature à brouiller les cartes et à réduire considérablement l'intérêt du rattachement au lieu d'exécution habituelle du contrat de travail. La notion de lien étroit que le contrat peut présenter avec tel ou tel pays n'étant pas définie par la convention de Rome, il convient de se référer aux critères dégagés par la jurisprudence. On peut notamment s'appuyer sur langue dans laquelle est rédigé le contrat¹⁶¹³, la nationalité des cocontractants, l'implantation de l'entreprise, la monnaie de paiement du salaire, la juridiction compétente ou le choix fait en matière de sécurité sociale. Dans le cas d'une relation numérique de travail, certains indices apparaissent moins pertinents que par le passé. C'est le cas notamment du lieu de conclusion du contrat qui peut très bien être signé de manière électronique n'importe où.

537. Salariés de complaisance – En définitive, le droit international apparaît trop imprécis alors que le numérique permet d'introduire des éléments d'extranéité dans la relation de travail qui est normalement localisée sur un territoire. « Cela est vrai bien entendu pour l'employeur, afin de savoir quelles obligations s'imposent à lui, mais également pour le juge qui connaît d'un litige à propos du contrat de travail international. Cela est encore plus vrai pour l'inspecteur du travail, sur lequel pèse en plus une contrainte temporelle lorsque les salariés ne sont présents sur le territoire que pour une brève période »¹⁶¹⁴. Certes, la loi choisie par les parties ne peut pas faire obstacle aux dispositions d'ordre public du pays d'accueil. Mais, à l'instar des navires immatriculés sous pavillon de complaisance¹⁶¹⁵, le numérique permet de faire travailler des salariés à l'autre bout du monde, sans les faire bénéficier du droit du travail et de la protection sociale du pays où la prestation est numériquement réalisée. On pense notamment aux opérateurs téléphoniques souvent localisés dans les pays où la main d'œuvre est moins chère. Il s'agit d'une question fondamentale car à mesure que le travail est délocalisable dans l'espace numérique, il est possible de faire travailler des

¹⁶¹² M.-A. Moreau, « De la loi applicable au contrat de travail d'un salarié temporairement détaché à l'étranger », *Rev. crit. DIP*, 1997, p. 55.

¹⁶¹³ *Cass. soc.*, 25 mai 1977, pourvoi n°75-40.810, *Bull. civ.*, n°338.

¹⁶¹⁴ N. Nord, « La mobilité du travail : approches de droit international privé », *op. cit.*, p. 383.

¹⁶¹⁵ P. Chaumette, « Fragment d'un droit des conflits internationaux du travail ? », *Dr. soc.*, mars 2005, p. 145.

salariés à l'autre bout de la planète¹⁶¹⁶. Le contrôle risque dès lors d'être délicat, voire impossible dans de nombreuses hypothèses. Le système actuel est donc très compliqué et inadapté à la situation particulière des travailleurs numériques dont le travail est « délocalisable » dans le cyberspace.

b. *Le régime de Sécurité sociale*

538. **Principe de l'État employeur** – Si un salarié français travaille avec un employeur français à partir de son domicile basé à l'étranger, le droit français de la sécurité sociale s'applique-t-il de plein droit ? Le choix d'une législation s'appliquant au contrat de travail ne préjuge pas de l'application de la même loi en matière de sécurité sociale et il convient d'appliquer les règles de conflit des règlements sur la coordination des régimes de base¹⁶¹⁷. Le titre II du règlement n°883/2004¹⁶¹⁸ (art. 11 à 16) contient des règles générales permettant de déterminer la législation applicable en vertu de laquelle naissent des obligations ou sont accordées des prestations. Ce titre reprend pour l'essentiel les dispositions du précédent outil de coordination sous la forme d'un catalogue assez précis de règles de conflits de lois de sécurité sociale¹⁶¹⁹. Le travailleur est rattaché au régime du pays de son lieu de travail : il paie les cotisations sociales et bénéficie des prestations du régime de Sécurité sociale dans le pays où il travaille. Par ailleurs, l'employeur verse aussi les charges sociales pour le compte de son employé dans le pays où est située l'entreprise¹⁶²⁰. En vertu de ce dispositif, le salarié dispose de l'accès aux soins dans le pays où il exerce son activité. Selon ce texte, un salarié amené à exercer une partie de son activité professionnelle sur le territoire du pays où il réside est soumis à la législation de ce pays. Si un salarié travaille régulièrement à son domicile, son pays de résidence est alors considéré comme État employeur¹⁶²¹.

¹⁶¹⁶ L'histoire d'un ingénieur informatique sous-traitant son travail à une entreprise chinoise pendant qu'il passait ses journées à surfer sur internet illustre ce nouveau paradigme. *Il sous-traite son travail en Chine et passe ses journées sur internet - Le Point*, http://www.lepoint.fr/insolite/il-sous-traite-son-travail-en-chine-et-passe-ses-journees-sur-internet-17-01-2013-1616758_48.php, consulté le 24 septembre 2014.

¹⁶¹⁷ Cass. soc., 27 fév. 1992, pourvoi n°89-21.375, Bull. civ., V, n°139.

¹⁶¹⁸ « Règlement (CE) n°883/2004 du Parlement Européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale. » (JOCE, L. 166, 30 avril 2004, p. 1).

¹⁶¹⁹ « Règlement (CEE) n°1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté » (JOCE, L. 149, 5 juillet 1971, p. 2).

¹⁶²⁰ V. 168 à 242 F. Kessler, « Sécurité sociale : Coordination des régimes de base - Champ d'application - Principes généraux », dans *Répertoire de droit européen*, 2016, .

¹⁶²¹ Il ressort ainsi des considérants 16 et 18 du règlement n°883/2004 qu'à « l'intérieur de la Communauté, il n'est en principe pas justifié de faire dépendre les droits en matière de sécurité sociale du lieu de résidence de l'intéressé ; toutefois, dans des cas spécifiques, notamment pour des prestations spéciales qui ont un lien avec l'environnement économique et social de l'intéressé, le

539. **Principe de l'État de résidence** – Par ailleurs, les personnes qui travaillent régulièrement dans différents pays dans le cadre du même contrat de travail, sont soumises pour la totalité de leurs activités au droit de l'assurance sociale d'un seul pays. Le principe de l'unicité de la loi applicable qui trouve son expression, à l'article 11, paragraphe 1 du règlement no 883/2004, et qui dispose que « les personnes auxquelles le présent règlement est applicable ne sont soumises qu'à la législation d'un seul État membre ». Un salarié travaillant sur plusieurs pays de l'UE doit payer ses cotisations sociales dans son pays de résidence s'il exerce une partie de son activité dans ce pays. Cela permet d'éviter l'application simultanée de plusieurs ordres juridiques. Le principe de l'État de résidence s'applique en plus du principe de l'État employeur. La Cour de cassation a considéré que n'avait pas à être assujéti aux régimes obligatoires français, en application du principe d'unicité de la loi applicable, le médecin qui demeure affilié dans un autre État membre, lieu où il exerçait précédemment son activité¹⁶²².

540. **Télétravailleur détaché** – Toutefois, la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un État membre au service d'une entreprise dont elle relève normalement et qui est détachée par cette entreprise sur le territoire d'un autre État membre afin d'y effectuer un travail pour le compte de celle-ci, demeure soumise à la législation du premier État membre, à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas vingt-quatre mois, sans aucune disposition spéciale sur la prolongation de cette période (article 12 du règlement n°883/2004)¹⁶²³. On peut alors s'interroger pour savoir si un déménagement temporaire, par exemple pour suivre un conjoint, nécessitant l'adaptation du poste en télétravail, peut être considéré comme un détachement. Le télétravailleur ainsi détaché pourrait continuer à se voir appliquer le régime de sécurité sociale de son entreprise. Dans le souci d'éviter le *dumping* social, l'employeur doit normalement exercer ses activités dans l'État d'envoi. La portée de cette condition est toutefois limitée dans la mesure où les règles du détachement s'appliquent également aux salariés embauchés dans le seul but d'être détachés¹⁶²⁴. En vue d'une adaptation à la

lieu de résidence pourrait être pris en compte » et qu'il « convient de déroger à cette règle générale dans des situations spécifiques justifiant un autre critère de rattachement ».

¹⁶²² Cass. soc., 20 janv. 2004, pourvoi n°02-30.695, inédit.

¹⁶²³ « Union européenne et sécurité sociale : les nouveaux règlements de coordination », *RTD*, 2009, p. 403.

¹⁶²⁴ CJCE, 5 déc. 1967, *Soziale Verzekeringsbank c/ Van Der Vecht*, aff. 19/67, Rec. 445.

concurrence internationale, l'universalité des mécanismes de sécurité sociale est remise en cause et devra s'adapter, mais il est certain qu'elle prendra du temps¹⁶²⁵.

2) *Compétence de juridiction*

541. **Conflit de juridiction** – Un conflit de juridictions est une situation juridique dans laquelle plusieurs tribunaux apparaissent compétents pour juger une cause ou un type de cause. Il peut résulter de la complexité ou incertitude des faits, mais aussi de concurrence entre des critères de compétence. Une situation appelée à être de plus en plus courante du fait de l'internationalisation des échanges et de la dématérialisation du travail. Il va ainsi être de plus en plus difficile de localiser le lieu du travail.

542. **Solutions multiples** - Un juge ne peut être saisi d'une cause que dans la mesure où les règles de procédure lui donnent le pouvoir de la juger¹⁶²⁶. Afin de permettre au salarié de saisir le juge le plus adéquat pour lui, le droit social national et international consacre une multitude de chefs de compétence¹⁶²⁷. Pour la détermination d'une compétence internationale, il convient, dans un premier temps, fondamental, de désigner le corps de règles applicable. Les conflits de juridictions trouvent leurs solutions de manière différente, selon que le défendeur est ou non domicilié sur le territoire communautaire (a). S'il n'en est pas ainsi, il convient de transposer les critères internes de compétence (b). Il conviendra enfin d'étudier les règles propres aux clauses attributives de compétences (c).

a. Le recours au droit de l'Union

543. **Contrats de travail communautaires** - Si le défendeur est domicilié sur le territoire de l'Union européenne, l'application des conventions liant les États membres de celle-ci s'impose. Les règles de conflit de juridiction applicables aux contrats de travail communautaires, sont des règles de compétence spéciales qui privent le juge

¹⁶²⁵ On peut à nouveau faire un parallèle avec les marins. La Convention du travail maritime de l'OIT s'est efforcée de mettre en œuvre une nouvelle approche, où le rattachement à la résidence du marin complète le rattachement à la loi du pavillon et à la loi du contrat de travail, choisies par l'employeur. P. Chaumette, « Quelle sécurité sociale pour les gens de mer résidant en France, embarqués sous pavillon étranger ? Article 31 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2016 », *Dr. soc.*, 2016, p. 182.

¹⁶²⁶ G. Cornu, P. Malinvaud et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, France, Presses universitaires de France, 2007, vol. 1/ V° « Compétence ».

¹⁶²⁷ M.-C. Amauger-Lattes, « Comment simplifier les règles de compétence internationale en matière de conflit individuel de travail ? », *Dr. soc.*, 2003, p. 1103.

français de la faculté de recourir aux règles internes de compétence territoriale. En effet, les règles de conflit applicables au contrat de travail posées par l'article 19 du Règlement n° 44/2001, constituent des règles de compétence spéciales et non générales¹⁶²⁸. Cette qualification a pour conséquence, que le juge français n'a pas dans cette matière, la possibilité de recourir aux règles internes de compétence territoriale¹⁶²⁹. Selon cet article 19, en matière de contrat de travail, les tribunaux compétents sont ceux du domicile de l'employeur ou, dans un autre État membre, ceux du lieu d'accomplissement habituel du travail ou du dernier lieu de cet accomplissement et, si le travailleur n'accomplit pas ou n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, ceux du lieu de l'établissement ayant embauché le travailleur. Le choix de décider de la compétence judiciaire du lieu d'exécution de l'obligation, en matière de contrat de travail, ne revient qu'au seul travailleur, en tant que demandeur¹⁶³⁰. En matière de compétence juridictionnelle quant au travail itinérant numérique transnational, les juges pourraient cependant être appelés à déterminer, par un faisceau d'indices, le lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail, à savoir le lieu à partir duquel, au regard de l'ensemble des circonstances, le travailleur s'acquitte de facto de l'essentiel de ses obligations envers son employeur¹⁶³¹. Un parallèle pourrait également être fait entre Internet, lieu de travail des professionnels du numérique et les bateaux, lieu de travail habituel des gens de mer. Pour ces derniers, la compétente juridictionnelle relève du pavillon du bateau, conformément à la Convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 11 avril 1996 pour la France¹⁶³².

544. Télétravailleur détaché en France par une entreprise européenne - Un décret du 29 mai 2000 a transposé certaines dispositions de la directive 96/71 sur le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services. Cela a conduit à l'insertion dans le Code du travail de l'article R. 1412-5, qui pose des règles de compétence spéciales. « L'employeur et le salarié portent les différends et litiges devant le conseil de prud'hommes territorialement compétent. Ce conseil est : 1° Soit celui dans le ressort duquel est situé l'établissement où est accompli le travail ; 2° Soit, lorsque le travail est accompli à domicile ou en dehors de toute entreprise ou établissement, celui

¹⁶²⁸ « Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (JOCE, L12, 16 janvier 2001).

¹⁶²⁹ *Cass. soc.*, 20 sept. 2006, pourvoi n°04-45.717, *Bull. civ.*, V, n°268.

¹⁶³⁰ *Cass. mix.*, 11 mars 2005, pourvoi n°02-41.371, *Bull. civ.*, n°2.

¹⁶³¹ *Cass. soc.*, 25 janv. 2012, pourvoi n°10-28.155, *Bull. civ.*, V, n°24.

¹⁶³² S. Calme, « Quelle compétence juridictionnelle pour l'action en justice du travailleur licencié potentiellement créancier de l'insolvabilité entre la France et l'Allemagne », *LPA*, n° 103, 23 mai 2013, p. 103.

dans le ressort duquel est situé le domicile du salarié. Le salarié peut également saisir les conseils de prud'hommes du lieu où l'engagement a été contracté ou celui du lieu où l'employeur est établi ». Il vise l'hypothèse d'un travailleur détaché en France, pendant une période limitée, par une entreprise établie dans un autre État membre de l'Union européenne (détachement temporaire intracommunautaire). Il concerne les litiges relatifs à des matières énumérées à l'article L. 1262-4¹⁶³³. Les litiges peuvent être portés devant le conseil de prud'hommes dans le ressort duquel la prestation s'effectue ou a été effectuée. Mais, si la prestation s'effectue ou a été effectuée en des lieux situés dans le ressort de plusieurs conseils de prud'hommes, les contestations peuvent être portées devant n'importe laquelle de ces juridictions. C'est par exemple le cas si le salarié détaché télétravaille une partie de la semaine à son domicile.

b. Le recours au droit interne

545. Transposition des règles de compétence territoriale - Les conflits de juridictions peuvent être résolus par la transposition des règles de compétence territoriale interne dans l'ordre international¹⁶³⁴. Néanmoins, une telle extension n'est permise qu'en l'absence de règles d'origine internationale, et ce par la vertu de la très classique primauté du droit international sur le droit interne¹⁶³⁵. Avant de s'en remettre au Code du travail, il convient donc de rechercher si aucune convention internationale ne s'applique¹⁶³⁶.

546. Articles 14 et 15 du Code civil - En l'absence de convention internationale, le Code civil institue un privilège de juridiction au profit des Français, qu'ils soient demandeurs ou défendeurs dans un litige d'ordre international. Ainsi, un salarié français employé par une entreprise étrangère ou un employeur français d'un salarié étranger

¹⁶³³ Libertés individuelles et collectives dans la relation de travail ; discriminations et égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; protection de la maternité, congés de maternité et de paternité, congés pour événements familiaux ; conditions de mise à disposition et garanties dues aux salariés par les entreprises exerçant une activité de travail temporaire ; exercice du droit de grève ; durée du travail, repos compensateurs, jours fériés, congés annuels payés, durée du travail et travail de nuit des jeunes travailleurs ; conditions d'assujettissement aux caisses de congés et intempéries ; salaire minimum et paiement du salaire, y compris les majorations pour les heures supplémentaires ; règles relatives à la santé et sécurité au travail, âge d'admission au travail, emploi des enfants ; travail illégal).

¹⁶³⁴ P. Deumier, « Compétence internationale : exercice de pédagogie autour de la Convention de Bruxelles », *Revue des contrats*, n° 4, 10 janvier 2005, p. 1186.

¹⁶³⁵ *CJCE*, 15 nov. 1983, aff. 288/82, *Duijnste*, *Rec. CJCE*, p. 3663.

¹⁶³⁶ *Cass. soc.*, 17 déc. 1986, pourvoi n°84-45.383, *Bull. civ.*, V, n°605.

peuvent saisir ou être assignés devant une juridiction française... même si le contrat n'a pas de localisation en France.

547. Compétence *ratione materiae* - La compétence d'attribution permet de déterminer la juridiction compétente selon la nature du litige ou le montant du litige. Le Conseil de prud'hommes est compétent si le contentieux trouve son origine dans un contrat de travail. Cette compétence prud'homale est exclusive et d'ordre public¹⁶³⁷.

548. Compétence *ratione loci* - L'article R. 1412-1 du Code du travail prévoit des règles de compétence territoriale spécifiques aux litiges relevant de la compétence d'attribution des conseils de prud'hommes. « Est en principe compétent le conseil dans le ressort duquel est situé l'établissement où est effectué le travail ». Mais, « lorsque le travail est effectué hors établissement ou à domicile, c'est le conseil du domicile du salarié qui est compétent ». Selon ce principe, le télétravailleur, domicilié à l'étranger, d'une entreprise française, ne peut pas être appelé en tant que défendeur devant une juridiction française.

549. Option du salarié – En revanche, le salarié, qu'il soit demandeur ou défendeur, dispose d'une option entre le juge du lieu de la signature du contrat de travail ou du lieu où l'employeur est établi. La Cour de Cassation interprète extensivement cette possibilité offerte au salarié. Elle admet notamment comme lieu où l'engagement a été pris : « le domicile du salarié du fait d'un accord téléphonique reçu à domicile et ayant abouti à un contrat de travail verbal »¹⁶³⁸. En l'occurrence il s'agissait d'un appel sur le téléphone fixe. Il sera plus difficile de démontrer l'endroit où l'on se trouvait lorsque l'appel est effectué sur un téléphone portable. Le droit d'option offre incontestablement au salarié des possibilités supplémentaires de saisir le juge français car il suffit que l'un des lieux prévus, engagement ou établissement de l'employeur, soit situé en France pour que le conseil de prud'hommes soit compétent.

550. Lieu où demeure le défendeur – Si les critères de l'alternative sont inopérants et en l'absence d'exercice possible de l'option par le salarié, il est également possible de faire jouer à titre subsidiaire les dispositions de l'article 42 du NCPC : « la juridiction

¹⁶³⁷ Cass. soc., 30 nov. 2011, pourvois n°11-12.905, 11-12.906, Bull. civ., V, n°277.

¹⁶³⁸ Cass. soc., 11 juil. 2002, pourvoi n°00-44.197, Bull. civ., V, n°254.

territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur ». Or, en matière de contrat de travail, c'est souvent le salarié qui est demandeur, d'où le domicile de l'employeur défendeur. En dehors des conflits propres aux relations de travail, les relations numériques pourraient également faire naître des contentieux accessoires relatifs aux conséquences des agissements des salariés en ligne. Internet rend plus difficile la défense des droits de propriété intellectuelle, en ce qui concerne la recherche des auteurs des actes de contrefaçon, la détermination de la loi applicable ou la qualification des atteintes¹⁶³⁹.

c. La question des clauses attributives de compétence

551. **Clause attributive de compétence** - Afin d'anticiper d'éventuels conflits, il s'agit de savoir si, dans un contrat de travail international, peut être prévue une clause qui attribue compétence aux juridictions d'un pays qui n'est pas celui que désignent les règles françaises de compétence internationale décrites ci-dessus¹⁶⁴⁰. En principe, une clause attributive de compétence, incluse dans un contrat de travail international, ne peut faire échec aux dispositions impératives de l'article R. 1412-1 du Code du travail applicables dans l'ordre international¹⁶⁴¹.

552. **Clause de renonciation au privilège de juridiction** - La jurisprudence considère que le bénéfice du privilège de juridiction prévu aux articles 14 et 15 du Code civil ne constitue qu'une simple possibilité pour le plaideur de nationalité française. Il peut donc y renoncer par une clause expresse du contrat de travail attribuant par exemple compétence à un ordre juridictionnel étranger. L'insertion d'une telle clause est utile pour l'employeur, notamment lorsqu'aucun des critères spécifiques de l'article L. 1412-1 du Code du travail n'est applicable. Elle permet à une société établie hors de France, qui a recruté un salarié de nationalité française, d'éviter d'avoir à soutenir un procès en France lorsque le salarié, après licenciement, regagne son pays d'origine et s'adresse

¹⁶³⁹ Le choix du tribunal du domicile ou de l'établissement de l'auteur du fait dommageable ou celui de l'émission des messages ou de l'installation du site favorise l'installation dans des pays qui ne protègent pas ou protègent mal la propriété intellectuelle ou qui consacrent des exceptions légales ou jurisprudentielles favorables aux utilisateurs. F. Pollaud-Dulian, « A propos des conflits de juridictions en matière de contrefaçon par internet », *Gaz. Pal.*, n° 311, 11 juin 2008, p. 5.

¹⁶⁴⁰ P. Guez, « La paralysie des clauses attributives de juridiction insérées dans les contrats de travail en droit commun des conflits de juridictions », *Gaz. Pal.*, n° 223, 8 novembre 2011, p. 5.

¹⁶⁴¹ M.-C. Amauger-Lattes, « Comment simplifier les règles de compétence internationale en matière de conflit individuel de travail ? », *op. cit.*, p. 1103.

tout naturellement, par commodité, au juge français pour liquider les séquelles de l'ancien rapport contractuel.

553. **Nullité des clauses attributives** - Les règles relatives à la compétence territoriale des conseils de prud'hommes sont d'ordre public, comme en matière de compétence d'attribution¹⁶⁴². L'article L. 1221-5 du Code du travail dispose qu' « est nulle et de nul effet toute clause attributive de juridiction incluse dans un contrat de travail » et l'article R. 1412-4 répute non écrite toute clause dérogeant aux dispositions des alinéas qui déterminent la compétence territoriale du conseil de prud'hommes. Il s'agit de savoir si cette interdiction d'ordre public est valable pour tous les contrats de travail, y compris les contrats de travail internationaux. En réalité est valable la clause attribuant compétence à une juridiction de Kinshasa au Zaïre incluse dans un contrat conclu entre un salarié français et une société étrangère pour être exécuté à l'étranger¹⁶⁴³.

554. **Le compromis d'arbitrage** - En droit français, une première évolution relative à la clause compromissoire est survenue en matière de contrat de travail international. La clause est passée de nulle à inopposable au salarié¹⁶⁴⁴. Cette différence de sanction aurait pour origine « l'évolution des relations contractuelles de travail » qui « commande une certaine souplesse dans la mise en œuvre des règles protectrices du salarié³² » lorsque surgit un élément d'extranéité. Dans un arrêt du 30 novembre 2011¹⁶⁴⁵, la Cour de cassation adopte, à propos d'un contrat de travail interne, la même position qu'en matière internationale, puisqu'elle abandonne la nullité au profit de l'inopposabilité. « La substitution de l'inopposabilité à la nullité consacre ainsi un nouvel équilibre relatif à la protection des salariés, fondée non plus sur une vision objective et dogmatique mais sur une vision subjective et consensualiste »¹⁶⁴⁶. A l'instar des pays nord-américains qui l'admettent largement, le salarié pourra renoncer à se prévaloir de l'inopposabilité de la clause compromissoire s'il estime que la clause compromissoire est conforme à son intérêt¹⁶⁴⁷.

¹⁶⁴² « Règles de compétences, étude n°103 », dans *Lamy prud'hommes : fonctionnement, procès, voies de recours*, Lamy, 2013, .

¹⁶⁴³ *Cass. soc.*, 30 janv. 1991, pourvoi n°87-42.086, *Bull. civ.*, V, n°41.

¹⁶⁴⁴ *Cass. soc.*, 16 fév. 1999, pourvoi n°96-40.643, *Bull. civ.*, V, n°78.

¹⁶⁴⁵ *Cass. soc.*, 30 nov. 2011, pourvois n°11-12.905, 11-12.906, *Bull. civ.*, V, n°277, *op. cit.*

¹⁶⁴⁶ J. Icard, « De la nullité à l'inopposabilité des clauses compromissoires stipulées dans un contrat de travail interne », *Les Cahiers Sociaux*, n° 238, 2 janvier 2012, p. 35.

¹⁶⁴⁷ P. Guez, « La paralysie des clauses attributives de juridiction insérées dans les contrats de travail en droit commun des conflits de juridictions », *op. cit.*, p. 5.

555. **Multiplication des conflits de normes** – L'internationalisation du travail numérique augmente le niveau de complexité du droit. En effet, le travailleur mobile met à l'épreuve le droit national et international. En Europe, la législation et la réglementation européennes restent, malgré leur volume, relativement limitées dans leur portée et les législations et réglementations nationales, souvent très diverses, ont été en grande partie maintenues. « Si l'on peut admettre que la protection nécessaire du salarié génère une certaine dose de complexité, il convient néanmoins de s'interroger sur l'existence d'une voie de simplification qui consisterait dans une réduction du nombre ou des disparités de contenu des différents dispositifs de règlement des conflits de compétence en matière de contrat de travail »¹⁶⁴⁸. On pourrait voir dans les années à venir une multiplication des contentieux transnationaux, où les juges d'un pays devraient juger une affaire avec le droit d'un État voisin qui leur est a priori inconnu. On pourrait ainsi assister à la création jurisprudentielle d'un droit nouveau inspiré de celui de nos « voisins ».

II. Le temps de travail à l'épreuve de l'espace numérique

556. « **Le temps de l'horloge** » - Lorsqu'on parle du temps, on l'aborde intuitivement en termes quantitatifs. Le droit du temps de travail est d'abord un droit de la durée du travail (combien d'heures ?). Depuis 4000 ans¹⁶⁴⁹, la mesure du temps est une préoccupation importante des hommes, qu'il s'agisse d'organiser la vie sociale, religieuse ou économique. Dès l'Antiquité, les hommes ont cherché à évaluer l'écoulement du temps rythmé par les années, les saisons, les jours et les nuits. Le gnomon permettra ainsi de mesurer le temps pour déterminer le rythme des saisons et ainsi planifier l'agriculture. Vinrent ensuite le calendrier, l'horloge... Chaque nouvel outil a rendu possible de nouveaux modes de travail. Quant à nous, nous sommes les héritiers du « temps de l'horloge amorcé au début de la période moderne et progressivement intériorisé tout au long de l'époque industrielle »¹⁶⁵⁰.

¹⁶⁴⁸ M.-C. Amauger-Lattes, « Comment simplifier les règles de compétence internationale en matière de conflit individuel de travail ? », *op. cit.*, p. 1103.

¹⁶⁴⁹ Les égyptiens inventèrent les horloges à ombre il y a 4000 ans environ. E. Biémont, *Le règne du temps : Des cadrans solaires aux horloges atomiques*, Académie royale de Belgique, 2016, p. 52.

¹⁶⁵⁰ L. Damhuis, « Les TIC changent-elles notre rapport au temps ? », *op. cit.*, p. 1.

557. **Temps étatique** – La réglementation du temps est au cœur de l'emblématique loi du 22 mars 1841. Au début du XIX^{ème} siècle, il ne reste rien de la protection de l'Église. Les ouvriers des fabriques travaillent tous les jours, même le dimanche¹⁶⁵¹. Devant la démonstration des excès de l'individualisme libéral, les pouvoirs publics se saisissent de la question du temps de travail¹⁶⁵². Ce système est alors pensé pour un monde dans lequel un (riche) patron rassemble de (pauvres) ouvriers autour d'une usine et où l'État (démocratique) pèse de tout son poids pour protéger ces ouvriers contre les abus de pouvoir patronaux. La réglementation du temps du travail est mise en place pour protéger le salarié contre lui-même¹⁶⁵³. Il s'agit par conséquent d'un ordre public absolu. Il a tenu un rôle de premier plan dans notre histoire sociale. Cette réglementation a servi à confectionner les premiers pans du vaste édifice qu'est devenu le droit du travail français¹⁶⁵⁴.

558. **Homogénéité illusoire du temps** - Le droit du travail a pu ignorer l'hétérogénéité du travail industriel, en raison des impératifs de la société. La détermination du temps de travail héritée du modèle de travail fordiste « a toujours résulté d'une approche quantitative, rebelle à toute dimension qualitative », cette approche est « aujourd'hui largement dépassé en raison des transformations profondes du travail, liées, notamment, au développement des communications et des technologies ». L'usage des terminaux mobiles contribue à un éparpillement du temps de travail¹⁶⁵⁵. De nouvelles normes se substituent, progressivement ou brutalement, aux anciennes.

559. **Les conséquences de la mobilité** – Le travail à distance par le biais des pratiques numériques constitue rupture forte dans le contexte du travail du point de vue de la relation à l'espace¹⁶⁵⁶. La mobilité oblige à repenser la question du temps de travail. Deux univers radicalement hétérogènes, mutuellement étrangers, jusqu'à présent séparés de manière étanche convergent. Le temps de travail est resté longtemps un terrain étranger à toute prise en compte de la volonté du salarié face à un pouvoir de

¹⁶⁵¹ E. Génin, *La porosité des temps chez les cadres*, Thèse de doctorat, HEC, 2007, p. 24.

¹⁶⁵² S. Fantoni-Quinton, « L'évolution du temps de travail et les enjeux relatifs à la santé des salariés », *Dr. soc.*, 2010, p. 395.

¹⁶⁵³ L'auteur identifie quatre raisons à la législation sur la réduction de la durée du travail : une revendication ouvrière, le progrès technique, la nécessaire reconstitution de la force de travail et la régulation du marché du travail. G. Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail et de la Sécurité sociale*, LGDJ, 1955, n° 19-21.

¹⁶⁵⁴ M. Lallement, « Temps, travail, sujet : enjeux et perspectives des transformations contemporaines », Madrid, 2005, p. 4.

¹⁶⁵⁵ S. Broadbent, *L'intimité au travail : la vie privée et les communications personnelles dans l'entreprise*, Limoges, FYP EDITIONS, 2011, p. 12.

¹⁶⁵⁶ M. Kalika, *Management et TIC*, Wolters Kluwer France, 2006, p. 172.

l'employeur trouvant ses seules limites dans la détermination de règles légales impératives¹⁶⁵⁷. Le développement des TIC, conjugué avec de nouvelles contraintes sur le travail, conduit aujourd'hui à reconnaître une place à l'expression de choix pour le salarié dans la détermination des conditions de travail et d'emploi (A), qui en contrepartie se rend disponible de manière plus flexible (B).

A. La porosité des temps de travail

560. Séparation des temps – Le temps social « éclate » avec l'apparition du temps industriel, il apparaît soumis aux rythmes des machines, entre le temps du travail et le temps du non travail. Le travail est payé à l'heure. Le temps est rationalisé entre les temps productifs, à produire dans l'usine, et le temps libre en dehors de l'entreprise. Le temps devient alors l'unité de mesure du travail et le module hebdomadaire, le cadre de l'organisation productive. Notons que cette séparation des temps entre travail et de non travail ne va pas de soi et apparaît déjà artificielle au regard des formes mixtes entre le travail et les loisirs qui excluent la « bipolarité » entre le travail et le non-travail¹⁶⁵⁸.

561. Mesure de la subordination – Au plan individuel, c'est grâce à la mesure du temps travaillé que se mesure la subordination. Dans le modèle du travail fordiste, le travailleur en usine est soumis à une rémunération horaire : le travail se déroule pendant les heures ouvrables¹⁶⁵⁹. Le temps, c'est de l'argent. La rémunération ne porte que sur le temps de travail effectif. « Le temps de travail permet d'une part de borner l'emprise patronale sur la vie du salarié, et d'autre part d'évaluer la prestation de ce dernier »¹⁶⁶⁰. La maîtrise du temps est appréhendée comme un acte de pouvoir de l'employeur qu'il appartient à l'ordre juridique de borner et de contrôler. Cette législation ignore la volonté du salarié. Ainsi, l'opération de qualification des différents temps contraints par le travail repose sur l'entrave apportée par l'employeur à l'autonomie du salarié. Quant aux périodes de temps libres, le salarié ne peut ni y renoncer, ni choisir leur moment¹⁶⁶¹.

¹⁶⁵⁷ C. Mathieu, « Volonté du salarié et temps de travail », *RDT*, 2012, p. 677.

¹⁶⁵⁸ J. Thoemmes, *Sociologie du travail et critique du temps industriel*, <http://temporalites.revues.org/>, consulté le 7 avril 2014.

¹⁶⁵⁹ C. Didry, « Une lecture de l'ouvrage dirigé par Alain Supiot : Au-delà de l'emploi », *Droit et Société*, n° 41, 1999, p. 64.

¹⁶⁶⁰ A. Supiot, « Temps de travail : pour une concordance des temps », *Dr. soc.*, 1995, p. 947.

¹⁶⁶¹ C. Mathieu, « Volonté du salarié et temps de travail », *op. cit.*, p. 677.

562. **Le temps de travail des salariés nomades** - La question du temps de travail des salariés désormais nomades est clairement posée. Le temps que nous connaissons s'est construit comme un instrument de mesure et de contrôle du travail, pour un modèle de production industrielle. Or, le droit de la durée et du lieu de travail, concomitant au modèle fordiste, est-il aujourd'hui adéquat pour rendre compte des mutations sur le temps, l'espace et sur le travail lui-même, engendrées par les nouvelles technologies ? Comment mesurer le temps de travail lorsque le salarié travaille chez lui, en déplacement, chez les clients, en vacances ou le week-end ?¹⁶⁶² Le travailleur numérique peut-il compter sur le temps de travail effectif (1), ou sur les autres temps envisagés par le droit (2) ?

1) *Le temps de travail effectif*

563. **La mesure du travail** - « Le paradoxe des nouveaux temps modernes, c'est que le travail a changé mais pas sa mesure »¹⁶⁶³. Le temps de travail effectif est une notion juridique cruciale en droit social, car c'est elle qui conditionne le calcul des différents temps et la rémunération du salarié. Le travail effectif sépare en effet le temps de travail et le temps hors du travail. Cette définition sert ainsi de référence au calcul de la durée légale du travail¹⁶⁶⁴, et par là au calcul des bonifications pour heures supplémentaires¹⁶⁶⁵ du salaire minimum¹⁶⁶⁶. L'étendue de ces droits varie considérablement selon le mode de calcul retenu. La mesure du travail ne doit ainsi pas se confondre avec l'amplitude de la journée de travail, ni avec le travail productif, qui peuvent être quantitativement inférieurs ou supérieurs. Cette notion n'est en effet pas définie en référence au travail « effectivement » accompli mais au regard d'autres critères¹⁶⁶⁷. Certaines périodes de la journée de travail, en principe exclues du temps de travail effectif, deviennent ainsi du temps de travail effectif et doivent être rémunérées comme telles lorsque les trois caractéristiques du temps de travail effectif sont cumulativement réunies. Ces trois éléments cumulatifs caractérisant le temps de travail effectif sont définis par l'article L. 3121-1 du Code du travail. Le salarié doit être à la disposition de l'employeur. Il doit se conformer aux directives de l'employeur. Enfin, il ne doit pas pouvoir vaquer librement

¹⁶⁶² M. Kalika, *Management et TIC, op. cit.*, p. 77.

¹⁶⁶³ J. Lojkine et J.-L. Malétras, *La guerre du temps : le travail en quête de mesure*, L'Harmattan, 2002, p. 34.

¹⁶⁶⁴ C. trav. art. L. 3121-10.

¹⁶⁶⁵ C. trav. art. L. 3121-22.

¹⁶⁶⁶ C. trav. art. L. 3232-1.

¹⁶⁶⁷ « Durée du travail : vers plus de flexibilité ? », International Labour Organization, 2005, p. 20.

à des occupations personnelles. La question que l'on peut se poser aujourd'hui c'est : est-ce que le temps de travail effectif rend compte du temps de travail numérique ? Au regard de ses trois critères : le travail commandé (a), la mise à disposition de son temps (b) et l'impossibilité de vaquer à ses occupations personnelles (c), la notion de travail effectif apparaît aujourd'hui en crise.

a. Le temps du travail commandé

564. **Un travail sur ordre** - Le premier critère dégagé par la jurisprudence concerne le travail commandé : le salarié doit effectuer un travail qui a été donné sur ordre de l'employeur. Il s'agit de l'expression manifeste d'un droit du travail créé pour un travail en usine. Ce critère, nécessaire à la définition du travail effectif, découle du pouvoir de direction de l'employeur, à qui il revient d'organiser le temps de travail. En effet, le travail effectif matérialise l'exécution du contrat de travail. Or, le contrat de travail est notamment caractérisé par un lien de subordination. L'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, donne des ordres aux salariés. Le salarié ne peut alors se prévaloir d'un travail fourni à l'encontre de la volonté de l'employeur. Seul un travail commandé par l'employeur est susceptible d'être qualifié de travail effectif.

565. **Rémunération du travail commandé** – Le travail commandé permet de présumer le temps de travail effectif. Ce critère déclenche la rémunération du salarié. Lorsque le travail commandé est effectué en dehors de l'horaire collectif ou contractuel, ces heures sont considérées comme du travail effectif et décomptées comme heures supplémentaires. Il permet aussi à l'employeur de ne pas le rémunérer lorsqu'il a été effectué en l'absence de directive de l'employeur. Par exemple si, alors que les conditions sont réunies, le salarié ne fait pas usage de son temps de liberté, il ne peut pas ensuite revendiquer le paiement des heures correspondant aux repos qu'il n'a pas pris¹⁶⁶⁸. Inversement, si le salarié n'exécute pas un travail effectif pendant l'horaire collectif, à l'intérieur de l'entreprise, l'employeur peut le sanctionner.

566. **Le temps travail détourné** – L'utilisation par un salarié de son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il perçoit une rémunération de son employeur

¹⁶⁶⁸ Cass. soc., 9 mars 1999, pourvoi n°96-44.080, Bull. civ., V, n°105, RJS 4/99 n° 519.

constitue un abus de confiance au titre de l'article 314 du code pénal¹⁶⁶⁹. En l'espèce un responsable de service d'appareillage d'un centre de rééducation fonctionnelle avait été poursuivi pour avoir exercé durant son temps de travail une activité qui n'entraîne pas dans ses attributions. De la même manière se rend coupable un travailleur qui utilise un ordinateur et la connexion mis à sa disposition afin de visiter des sites à caractères érotiques¹⁶⁷⁰. Ce n'est pas l'utilisation des fournitures que condamnent les juges. Dans le contexte d'une activité subordonnée, le temps de travail découle directement du versement d'une rémunération. Le détournement se matérialise ici par l'utilisation des heures de travail à des fins autres que celles pour lesquelles la rémunération est versée¹⁶⁷¹. Si la condamnation est légitime dans les deux espèces, la logique développée par la chambre criminelle est dangereuse. Le temps où le salarié est au travail est assimilé à un bien quelconque qui appartient à l'employeur. En « pénalisant » le temps, le juge renforce artificiellement la subordination du salarié. Dans les faits, l'employeur devra surtout démontrer que l'abus présente une incidence sur la finalité de la prestation attendue du salarié¹⁶⁷². Cette démonstration revient à évaluer l'atteinte des objectifs fixés ou attendus du salarié et non pas à un vol de temps¹⁶⁷³.

567. **Accord implicite** – « La multiplicité des outils de communication, avec, en première ligne, l'ordinateur portable et le téléphone mobile, permet aux salariés, qu'ils soient cadres, commerciaux, techniciens ou autres, d'effectuer du travail commandé en tous lieux »¹⁶⁷⁴. Il est difficile de déterminer la nature de ce temps, hors de l'espace et du temps collectif de l'entreprise. Dès lors doit-on recourir à la notion d'accord implicite de l'employeur pour requalifier les temps de travail effectivement constatés ? En effet, ils correspondent bien à un travail commandé, en tout cas à un travail qui doit être fait. Les juridictions ont toujours entendu le critère du travail commandé de façon large, et l'appliquent ainsi lorsque le travail est accompli avec l'accord implicite de l'employeur. « Les heures supplémentaires sont celles accomplies à la demande expresse de l'employeur, mais aussi celles effectuées avec son accord implicite »¹⁶⁷⁵. Par exemple, s'il laisse régulièrement le salarié prolonger son temps de travail sans lui donner d'instruction contraire, l'employeur agréé tacitement les heures supplémentaires

¹⁶⁶⁹ Cass. crim., 19 juin 2013, pourvoi n°12-83.031, Bull. crim., n°145, op. cit.

¹⁶⁷⁰ Cass. crim., 19 mai 2004, pourvoi n°03-83.953, Bull. crim., n°126, Gaz. Pal. 10-12 oct. 2004, p. 44, note S. Adjali, op. cit.

¹⁶⁷¹ F. Duquesne, « Le temps de travail détourné : un abus de confiance caractérisé », JCP S, vol. 13, avril 2014, p. 42.

¹⁶⁷² Cass. crim., 16 juin 2011, pourvoi n°10-83.758, inédit, op. cit.

¹⁶⁷³ Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2, II, A, 2 : « le détournement du temps ».

¹⁶⁷⁴ M.-A. Moreau, « Temps de travail et charge de travail », Dr. soc., n° 3, mars 2000, p. 263.

¹⁶⁷⁵ Cass. soc., 20 mars 1980, pourvoi n°78-40.979, Bull. civ., n°279.

réalisées par un salarié selon la jurisprudence¹⁶⁷⁶. Solliciter un salarié tôt le matin et en fin de journée revient également à lui demander des heures supplémentaires¹⁶⁷⁷. De sorte qu'un salarié qui reçoit un mail de son employeur le vendredi soir à 18H pour le lundi matin, peut considérer ce travail comme commandé. Le temps qu'il y consacrera pendant son week-end devrait lui être intégralement payé. En principe, l'accord implicite de l'employeur suffit au salarié pour obtenir le paiement de ses heures supplémentaires. Plus souvent, le salarié devra saisir le juge. Il est par ailleurs impossible pour l'employeur de conditionner le paiement de ces heures à un accord explicite¹⁶⁷⁸.

568. **Relativiser le travail commandé** – Est-ce que c'est véritablement l'employeur qui commande le travail ou est-ce le mode de production de l'information qui le commande ? « En donnant une qualification unique à des temps de travail sur la base d'un mode particulier d'organisation du travail, la loi occulte l'essentiel, à savoir la spécificité des différents temps de présence liés à des sujétions particulières »¹⁶⁷⁹. Comme le remarque Jacques Barthélémy, si on ne peut reprocher au législateur d'avoir défini le temps de travail effectif en raison de la nécessaire transposition de la directive, la notion de travail commandé doit évoluer corrélativement à la mutation du monde du travail. L'autonomie du travailleur, favorisée par l'accès direct à l'information et rendue possible par les TIC, minimise le rôle du travail commandé par l'employeur. Le critère de travail commandé subsiste certes, mais l'ordre doit de plus en plus souvent s'entendre comme donné implicitement¹⁶⁸⁰. La question de la comptabilisation de ces heures, implicitement commandées, reste quant à elle posée...

b. La mise à disposition du temps

569. **Disposition du salarié** - Le second critère est celui de la disposition du salarié à l'égard de son employeur. Ce critère permet d'élargir la notion de travail effectif, cette dernière n'étant plus alors spécifiquement liée à l'exécution d'un travail. Il permet également de distinguer le temps de travail effectif des autres temps dans l'entreprise.

¹⁶⁷⁶ Cass. soc., 31 mars 1998, pourvois n°96-41.878, 96-44.100, Bull. civ., V, n°184.

¹⁶⁷⁷ CA Versailles, 12 fév. 2003, n° 01-03570.

¹⁶⁷⁸ Cass. soc., 16 mai 2012, pourvoi n°11-14.580, inédit.

¹⁶⁷⁹ J. Barthélémy, « Droit de la durée du travail : la tendance à la contractualisation », *Dr. soc.*, n° 1, janvier 2003, p. 25.

¹⁶⁸⁰ J. Barthélémy, *Évolution du droit social*, op. cit., p. 241.

Selon la jurisprudence, il s'agit pour le salarié d'être à la « disposition permanente » de l'employeur pour participer à l'activité de l'entreprise¹⁶⁸¹. Ce critère va également dans le sens de celui de travail commandé, c'est à dire qu'il est relié au lien de subordination. Mais que signifie « la disposition » du salarié ? Est-ce compatible avec le temps et l'espace numérique de travail ?

570. Prise en compte du temps improductif - Le travail salarié ne se définit pas tant par son résultat que par la disponibilité du subordonné qui se place sous les ordres d'autrui. Dans cette logique, le salarié met sa force de travail à la disposition de son employeur pendant un certain temps. Il importe peu que tout ce temps soit réellement productif. Ainsi, est considéré comme du travail effectif, le temps de garde dans un établissement hospitalier afin de répondre notamment aux appels des pensionnaires¹⁶⁸². La mise à disposition de sa force de travail par le salarié conditionne les salaires convenus au contrat. « Il importe peu que le salarié soit actif ou inactif, prêt à intervenir en cas de besoin, car dans les deux cas il remplit son obligation d'être à la disposition de l'employeur. Par conséquent, l'intégralité de ce temps doit être considérée comme du temps de travail »¹⁶⁸³. La difficulté c'est qu'avec les TIC les salariés équipés avec des technologies mobiles sont disposés à travailler où qu'ils se trouvent dès lors qu'ils sont connectés¹⁶⁸⁴. La disposition du salarié n'est plus liée à un horaire collectif¹⁶⁸⁵ où tous les salariés se trouvent présents dans l'entreprise, mais à la faculté de recevoir des messages et d'en émettre¹⁶⁸⁶.

571. Répartition du rythme de travail – Se trouve à la disposition permanente de l'employeur le salarié qui ne peut prévoir à quel rythme il doit travailler¹⁶⁸⁷. L'employeur qui modifie fréquemment la répartition contractuelle des jours de travail de son salarié à temps partiel, prive ce dernier de la possibilité de prévoir à quel rythme il va devoir

¹⁶⁸¹ Cass. soc., 3 juin 1998, pourvoi n°96-42.455, Bull. civ., V, n°292, RJS 7/98 n° 867.

¹⁶⁸² Cass. soc., 7 avr. 1998, pourvoi n°95-44.343, Bull. civ., V, n°201, Dr. soc., n° 1998, p. 533.

¹⁶⁸³ A. Johansson, « Le temps de travail effectif : temps productif ou temps « à disposition » ? », *D.*, 2006, p. 1711.

¹⁶⁸⁴ « La distinction de ce qui doit valoir, en droit, comme temps de travail et de ce qui ne mérite pas cette qualification souffre du développement et des innovations technologiques (banalisation des tâches de surveillance de processus et d'équipements sophistiqués, expansion des pratiques de travail à distance), de la croissance de la part du travail de type intellectuel, des activités de service aux entreprises ou aux personnes, et d'une « décollectivisation » du temps de travail liée à des changements dans l'organisation du travail plus encore qu'au souci d'offrir aux salariés certains choix individuels en matière d'horaire de travail ». A. Jeammaud, « Le temps de travail effectif, entre jurisprudence et législation », *Dr. soc.*, 1998, p. 744.

¹⁶⁸⁵ L'horaire collectif s'entend de tout horaire appliqué uniformément à une collectivité déterminée : l'ensemble des salariés de l'établissement ou une partie seulement de ceux-ci.

¹⁶⁸⁶ S. Boutillier et D. Uzunidis, *Travailler au XXIe siècle : Nouveaux modes d'organisation du travail*, De Boeck, 2005, p. 116.

¹⁶⁸⁷ J. Cortot, « Information du salarié à temps partiel sur son rythme de travail et aménagement du temps de travail : gare aux requalifications ! », *Dalloz actualité*, juin 2015, en ligne.

travailler. De fait, ce salarié est contraint de se tenir à la disposition constante de l'employeur, ce qui justifie sa demande de requalification de son temps partiel en temps complet¹⁶⁸⁸. Or, si on transpose cette analyse à l'utilisation qui est faite des TIC par les salariés, on peut considérer qu'en les reliant partout et tout le temps à l'entreprise, ils se trouvent à la disposition permanente de l'entreprise.

572. Contournement de la législation - Il convient de rappeler qu'en dehors du régime de l'« astreinte officielle », un appel ou un e-mail impératif sur temps de repos n'obligent en rien le salarié. Toute immixtion professionnelle dans la vie privée est exclue. Le salarié refusant d'accepter un appel de son employeur ne peut encourir aucune sanction, ni, a fortiori, être licencié de ce seul fait. Toute sanction serait annulée par un juge, mais encore faut-il que le salarié aille devant le juge. D'un côté l'employeur peut envoyer des instructions quand il le souhaite, mais le salarié n'est pas obligé pour la justice de les consulter. En fait, les ordinateurs et téléphones portables mis à disposition des salariés favorisent indirectement le contournement de la législation sur le temps de travail¹⁶⁸⁹. Les salariés sont placés dans un état permanent d'astreinte, c'est le fameux « fil à la patte ». Il s'agit finalement d'une injonction qui ne dit pas son nom, à rester connecté au monde de l'entreprise. A cet égard, le critère de la disponibilité immédiate du salarié n'est pas un critère pertinent pour définir le temps de travail du salarié connecté. Surtout il ne permet pas de le protéger de lui-même¹⁶⁹⁰.

573. Disponibilité et joignabilité du télétravailleur - Du point de vue de la durée du travail, c'est le temps pendant lequel le salarié est obligé de rester à la disposition de son employeur qui doit être qualifié de temps de travail effectif. Dès lors, comment considérer le travail mobile, non encadré, ou encore la situation cadrée, des télétravailleurs ? Certes des clauses de disponibilité existent pour les télétravailleurs, mais cette disponibilité est envisagée comme le fait de pouvoir être joint. Le code du travail prévoit ainsi que « outre ses obligations de droit commun vis-à-vis de ses salariés, l'employeur est tenu à l'égard du salarié en télétravail : (...) de fixer, en concertation avec lui, les plages horaires durant lesquelles il peut habituellement le

¹⁶⁸⁸ Cass. soc., 19 mai 2010, pourvoi n°09-40.056, inédit.

¹⁶⁸⁹ J.-E. Ray, « Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXIe siècle », *Dr. soc.*, 2002, p. 939.

¹⁶⁹⁰ C. Radé, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.*, 2002, p. 26.

contacter »¹⁶⁹¹. Les accords de branche ou d'entreprise peuvent ensuite préciser que la durée de cette plage est inférieure à la durée du travail quotidien afin de laisser des marges de liberté dans l'organisation du travail du télétravailleur. « Par exemple, si le temps de travail contractuel est de 8 heures par jour, la plage ne devrait pas excéder 6 heures par jour »¹⁶⁹². La définition du « temps de travail effectif » s'en trouve, de facto, altérée puisque les plages de disponibilité et donc « le temps à disposition », ne correspondent pas au temps de travail contractualisé et payé. Au regard du critère de la mise à disposition, la différenciation des temps est finalement mise à l'épreuve en raison du changement de nature du travail. Ce critère ne tient pas compte de l'évolution technologique, qui remet en cause le concept d'entreprise comme unité de lieu et de temps, en développant l'autonomie de plus en plus de salariés. Qu'en est-il alors de la faculté du salarié de vaquer à des occupations personnelles ?

c. L'impossibilité de vaquer librement à des occupations personnelles

574. **Une notion subjective** – Le critère du temps apparaît comme une limite objective à l'exercice du pouvoir. Au temps de travail, le salarié accepte de se soumettre au pouvoir patronal. Hors du temps et du lieu de travail, il retrouve sa « liberté ». Ainsi, si le salarié ne peut vaquer à des occupations personnelles, il est par conséquent supposé travailler. Mais que doit-on entendre par des occupations personnelles ? Certaines activités personnelles peuvent se rapprocher du travail, certains travaux se rapprochent des loisirs. Lorsque le salarié est dans l'entreprise, il peut aussi s'octroyer quelques moments de « repos » en consultant par exemple sa messagerie personnelle ou en envoyant des messages sur un réseau social. Une affaire récente illustre cette notion complexe à appréhender en droit. Pour la cour d'appel de Chambéry¹⁶⁹³, le licenciement d'un salarié pour avoir « tweeté » 4 fois par jour au bureau à des fins personnelles ne peut être justifié par ce seul usage. Pour les juges, ce comportement n'est pas fautif compte tenu de la durée limitée d'envoi de tweets et de l'impossibilité de déterminer si cela a bien été fait sur le temps de travail. « Compte tenu du fait que le salarié n'était soumis à aucun horaire ainsi que le prévoit expressément son contrat de travail, le fait d'avoir le cas échéant, pu consacrer un temps aussi limité à l'envoi de tweets non

¹⁶⁹¹ C. trav. art. L. 1222-10.

¹⁶⁹² CFDT Cadres, « Guide d'aide à la négociation sur le télétravail », Juillet 2006, p. 14.

¹⁶⁹³ CA Chambéry, 25 fév. 2016, n°15/01264.

professionnels, y compris à des horaires communément retenus comme travaillés ce qui n'est pas démontré ». Les juges retiennent aussi la particularité de la fonction du salarié qui du fait de ses fonctions était connecté à Internet de manière quasi-continue.

575. Nature du temps d'attente – Au temps et au lieu de travail, le manquement de l'employeur à son obligation de fournir du travail est sanctionné par son obligation de rémunérer le temps « à disposition ». Toutefois cette condition est cumulative avec la capacité du salarié à vaquer à des occupations personnelles. La nature du temps d'attente dépend du fait de savoir si l'employeur a donné ou non des directives à respecter durant cette période particulière et si le salarié a la possibilité de vaquer à des occupations personnelles (qu'il use ou non de cette possibilité)¹⁶⁹⁴. S'agissant d'un salarié pouvant passer son temps d'attente dans sa caravane personnelle stationnée sur le site de l'entreprise : « le salarié, disposant de liaisons téléphoniques lui permettant d'être informé de l'heure d'arrivée du camion relais ainsi que de sa propre heure de départ, et bénéficiant sur place de la possibilité de prendre son repos en toute quiétude, pouvait vaquer librement à des occupations personnelles »¹⁶⁹⁵. De la même façon la Cour de Cassation a jugé que ne constituaient pas du temps de travail effectif les heures d'attente passées, au milieu de la nuit, par un conducteur dans un centre de tri situé dans une zone industrielle, dès lors qu'il pouvait vaquer à ses occupations et ce peu importait que le salarié n'ait pas le droit d'utiliser à titre personnel le camion pour s'éloigner d'une zone dans laquelle aucune activité personnelle n'était envisageable¹⁶⁹⁶. Une jurisprudence qui peut être discutée quant à la qualité du repos et des activités envisageables entre 22 heures 15 et 2 heures 50 près d'un aéroport. Les faits de l'espèce ne disent pas si le salarié était équipé d'un smartphone...

576. Critère déterminant du lieu – En fait, la notion d'occupation personnelle est encore consubstantiellement liée au domicile et donc au lieu. Dans un arrêt du 24 avril 2001¹⁶⁹⁷, la Cour de cassation rappelle que le temps pendant lequel un salarié est tenu de demeurer dans l'établissement dans une chambre de veille pour assurer une surveillance nocturne des pensionnaires, sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles, ne constitue pas une période d'astreinte mais un temps de travail effectif.

¹⁶⁹⁴ *Les temps d'attente du chauffeur : rémunérés ou pas ?*, <http://www.juritravail.com/Actualite/35-heures-temps-de-travail/Id/7594>, consulté le 21 juillet 2014.

¹⁶⁹⁵ *Cass. soc.*, 12 mars 2009, pourvoi n°07-40.587, inédit.

¹⁶⁹⁶ *Cass. soc.*, 7 avr. 2010, pourvoi n°09-40.020, *Bull. civ.*, V, n°88.

¹⁶⁹⁷ *Cass. soc.*, 24 avr. 2001, pourvoi n°98-45.366, *Bull. civ.*, V, n°129.

Dans un autre arrêt, la Cour précise qu'« ayant constaté qu'une permanence des soins devait être assurée en continuité au sein du Centre par les médecins de l'établissement contraints de demeurer sur place ou de se tenir dans un local de garde prévu à cet effet afin de rester pendant toute la durée de leur garde à la disposition immédiate de l'employeur sur leur lieu de travail, la cour d'appel en a exactement déduit que ces gardes constituaient du temps de travail effectif »¹⁶⁹⁸. A priori, ces arrêts semblent logiques, les heures de présence ne sauraient être qualifiées d'heures d'astreinte. Il y a travail effectif lorsque le salarié reste en permanence à la disposition de son employeur. Or, les salariés sont tenus d'être présents dans l'entreprise, même s'ils n'ont à effectuer aucune tâche précise en l'absence d'incidents¹⁶⁹⁹. La jurisprudence considère que les salariés, en devant se tenir dans un lieu précis, ne peuvent pas vaquer à des occupations personnelles.

577. Activités personnelles déconnectées du lieu - Pour autant pourrait-on dire aujourd'hui que les salariés soumis à des gardes ne vaquent pas librement à des occupations personnelles ? Ainsi un salarié qui consulte son smartphone ne vaque-t-il à ses occupations personnelles ? Pendant longtemps les « loisirs » de ces personnels étaient « occupationnels » et circonscrits à la lecture d'un livre qu'ils avaient apporté ou à regarder la télévision... Les nouvelles technologies mobiles renouvellent le débat, au regard du nombre pléthorique d'activités que ces outils offrent. Alors qu'au regard du critère de la mise à disposition, l'astreinte se confond avec temps de travail effectif¹⁷⁰⁰, avec ce critère c'est le temps de travail qui se rapproche du régime de l'astreinte. « Face à cet ensemble de définitions de la notion de « temps de travail effectif » qui se fondent sur la présence physique du salarié afin de déterminer son temps de travail, le travail sur réseau dérègle profondément cette base de calcul »¹⁷⁰¹.

¹⁶⁹⁸ Cass. soc., 8 juin 2011, pourvoi n°09-70.324, Bull. civ., V, n°153, D. 2011. 1692 ; RDSS 2011. 1162, obs. P. Lokiec Document Inter Revues.

¹⁶⁹⁹ J. Savatier, « Durée du travail. Astreintes. Rémunération », *Dr. soc.*, 1995, p. 381.

¹⁷⁰⁰ Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2, I, B, 3 : « le temps d'astreinte ».

¹⁷⁰¹ M. Delawari et C. Landat, « Les enjeux de la relation salariale au regard du développement du réseau Internet », *op. cit.*, p. 44.

2) *Les temps hors du temps de travail effectif*

578. **Chamboulement des temps** – Le couple TIC et nouvelles pratiques managériales tend à dénaturer la nature du temps de travail¹⁷⁰². Et il ne s'agit pas là uniquement du temps de travail dit effectif. Si le droit français s'est mis en conformité avec le droit communautaire, il admet aussi d'autres temps « intermédiaires » : astreinte, temps de pause, temps de trajet... qui se définissent également par rapport au temps de travail effectif. Or, les salariés connectés utilisent aujourd'hui de plus en plus souvent ces temps pour travailler. A cause, ou grâce aux technologies qui le suivent, l'espace numérique de l'entreprise est en effet toujours accessible au salarié. Comment considérer ces temps ? Par exemple, quand une présentation de l'entreprise est disponible en ligne et visible à partir d'un smartphone (donc consultable pendant le temps de transport) ou quand un cadre consulte ses e-mails depuis son domicile, cela entre-t-il dans son temps de travail ? Parce qu'elles contribuent à rendre les individus virtuellement disponibles partout et tout le temps, les TIC contribuent à interroger le temps de l'astreinte (a), le temps de transports (b) et le temps de pause (c).

a. Le temps d'astreinte

579. **Disponibilité d'intervention** – L'astreinte est définie en ces termes à l'article L. 3121-5 du code du travail : « Une période d'astreinte s'entend comme une période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise. La durée de cette intervention est considérée comme un temps de travail effectif ». L'astreinte n'implique pas la présence du salarié dans l'entreprise puisqu'elle ne l'oblige pas à travailler mais à offrir, à tout moment, virtuellement, une disponibilité d'intervention constante pendant des périodes normalement consacrées au repos ou, à tout le moins, hors du lien de subordination.

580. **Liée au domicile du salarié** - L'astreinte repose plus sur la nature du lieu que sur le degré réel de disponibilité du salarié. Par exemple, l'obligation de rester sur le lieu de

¹⁷⁰² FRANCE, T. Klein, D. Ratier, Centre d'analyse stratégique et Direction générale du travail, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, op. cit., p. 192.

l'établissement implique l'existence d'un temps de travail effectif, non d'une astreinte, et interdit, en conséquence, à un établissement de santé de se contenter d'une indemnisation forfaitaire¹⁷⁰³. Mais pourquoi ne pas considérer l'astreinte sur le lieu de travail ? La Cour de Cassation considère que le salarié n'est pas libre de vaquer à des occupations personnelles. En revanche, le salarié n'est pas à la disposition permanente et immédiate de l'employeur s'il a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir si l'employeur le commande¹⁷⁰⁴.

581. Une période de « repos » - L'astreinte correspond à une situation intermédiaire entre le repos et le travail. Toutefois, l'astreinte ne se retranche qu'au temps libre du salarié, de sorte qu'elle est exclue du temps de travail effectif mais pas du temps de repos¹⁷⁰⁵. L'article L3121-6 du code du travail qualifie l'astreinte hors intervention comme une période de « repos ». Une fois le salarié sollicité, seul son temps d'intervention sur le lieu de travail, ainsi que le trajet « aller-retour » sont comptés comme temps de travail effectif¹⁷⁰⁶. Ainsi, les périodes de disponibilité peuvent être proportionnellement beaucoup plus longues que les périodes effectivement travaillées. Cet envahissement de la vie personnelle par la vie professionnelle, permis par les technologies de communication à distance, n'est-il pas aussi un « vol de temps » ?¹⁷⁰⁷ Les droits et obligations des parties pendant cette période ne sont pas clairs. Le salarié a toujours l'obligation d'obéir sous peine de sanction disciplinaire et il n'a pas la faculté, à moins que le contrat de travail ou la convention collective ne le permette, de se déclarer à l'avance non disponible pour travailler au-delà de ses heures habituelles de travail.

582. Violation de la Charte Sociale Européenne - Pour le Comité européen des Droits sociaux (CEDS)¹⁷⁰⁸ « les périodes d'astreinte pendant lesquelles le salarié n'a pas été amené à intervenir au service de l'employeur, si elles ne constituent pas un temps de travail effectif, ne peuvent néanmoins être, sans limitation, assimilées à un temps de

¹⁷⁰³ Cass. soc., 8 juin 2011, pourvoi n°09-70.324, Bull. civ., V, n°153, D. 2011. 1692 ; RDSS 2011. 1162, obs. P. Lokiec Document Inter Revues., op. cit.

¹⁷⁰⁴ C. trav. art. L. 3121-5.

¹⁷⁰⁵ C. trav. art. L. 3121-6 : exception faite de la durée d'intervention, la période d'astreinte est prise en compte pour le calcul de la durée minimale de repos quotidien prévue à l'article L. 3131-1 et des durées de repos hebdomadaire prévues aux articles L. 3132-2 et L. 3164-2.

¹⁷⁰⁶ Cass. soc., 31 oct. 2007, pourvois n°06-43.834, 06-43.835, Bull. civ., V, n°183.

¹⁷⁰⁷ G. Vallée, « Les nouvelles formes d'emploi et le « brouillage » de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés ? », *Lex Electronica*, vol. 15.2, 2010, en ligne.

¹⁷⁰⁸ CEDS, Confédération générale du Travail (CGT) c. France, 20 juin 2010, Réclamation n°55/2009 (la décision est disponible sur le site de la Charte sociale européenne www.coe.int).

repos au sens de l'article 2 de la Charte sauf dans le cadre de professions déterminées ou dans des circonstances ». « Les périodes d'astreinte sont en effet des périodes au cours desquelles le salarié est tenu de rester à la disposition de son employeur pour accomplir, si ce dernier le requiert, une prestation de travail. Or cette obligation, alors même que la réalisation de la prestation présente un caractère purement éventuel, empêche incontestablement le salarié de se consacrer à des activités relevant de son libre choix, programmées dans les limites du temps disponible avant la reprise du travail à un terme certain, et ne souffrant d'aucun aléa lié à l'exercice de l'activité salariée ou à la situation de dépendance qui en découle ». Il conclut « que l'assimilation des périodes d'astreinte au temps de repos constitue une violation du droit à une durée raisonnable du travail prévue par l'article 2§1 de la Charte ». Pour autant, il n'existe pas à l'heure actuelle de mécanisme de sanction en cas de non-respect des décisions du CEDS ou de non mise en conformité de la législation nationale aux principes contenus dans la Charte¹⁷⁰⁹.

583. **Astreintes numériques** - « L'essentiel, pour caractériser l'astreinte, n'est pas de rester chez soi, mais de pouvoir en permanence être joint (...) Les progrès des techniques de la communication feront que cette situation sera de moins en moins marginale » prédisait Jacques Barthélémy en 2001¹⁷¹⁰. La jurisprudence refuse en effet de considérer le fait de pouvoir être joint sur un portable tout en étant chez soi comme du temps de travail effectif. C'est ce qui ressort de l'arrêt SIMAP rendu le 3 octobre 2000 par la CJCE¹⁷¹¹. La Cour considère que même si les médecins sont à la disposition de leur employeur dans la mesure où ils doivent pouvoir être joints, dans cette situation, les médecins peuvent gérer leur temps avec moins de contraintes et se consacrer à leurs propres intérêts. Seul le temps lié à la prestation doit être considéré comme du temps de travail.

584. **La permanence téléphonique** – Dans un arrêt du 1er juillet 2009¹⁷¹², un éducateur spécialisé salarié d'une association accompagnant, devait assurer, en dehors de ses heures de travail, une permanence téléphonique, afin de répondre par le biais de son téléphone cellulaire professionnel aux sollicitations des jeunes en difficultés et intervenir en cas de besoin. Spécificité de l'arrêt, l'éducateur était également contraint

¹⁷⁰⁹ J.-F. Akandji-Kombé, « Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », *RDT*, 2011, p. 233.

¹⁷¹⁰ J. Barthélémy, *Temps de travail et temps de repos : l'apport du droit communautaire*, Droit Social., 2001, p. 77.

¹⁷¹¹ CJCE, 3 oct. 2000, aff. C-303-98.

¹⁷¹² Cass. soc., 1 juil. 2009, pourvoi n°08-41.217, inédit.

de résider à proximité du lieu d'hébergement des jeunes. La Cour de cassation a jugé que ces circonstances répondaient à la définition de l'astreinte, telle quelle résulte de l'article L. 3121-5 du code du travail à savoir la période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise. Ainsi même si cette obligation n'était pas inscrite dans son contrat de travail, le simple fait que le salarié ait été mis dans cette situation par l'entreprise suffit à caractériser une astreinte et ouvrir droit à la compensation financière qui y est attachée. La question de la preuve du temps passé au téléphone peut également se poser. Pour résoudre cette question, il apparaît plus simple qu'un téléphone professionnel appartenant à l'entreprise soit utilisé dans le cadre d'une astreinte comme en l'espèce. Cette jurisprudence interroge surtout sur la reconnaissance a fortiori des heures d'astreinte alors que ces dernières n'étaient pas formalisées dans l'entreprise.

585. **Astreinte sauvage** - L'astreinte est une pratique ancienne et courante dans plusieurs domaines d'activités comme les services à la personne et le bâtiment où le salarié intervient dans des situations difficiles à anticiper pour l'entreprise. L'astreinte est alors encadrée par la loi, des accords d'entreprise et par la jurisprudence. A côté de ce temps, se développe une nouvelle forme d'astreinte. Cette dernière est plus insidieuse et concerne des salariés qui restent en veille permanente. En effet leur mission consiste à être au fait de l'actualité et à réagir vite. Généralement il s'agit de nouveaux métiers, qui sont par conséquent peu pris en considération par les organisations. C'est le cas notamment des « *community manager* »¹⁷¹³ qui peuvent intervenir à tout moment suivant l'actualité. Un temps difficile à envisager dès lors que ces nouvelles « professions de la veille » ne sont pas prévues par le droit positif du travail. Elles soulèvent pourtant de réelles questions en matière de santé et de sécurité¹⁷¹⁴. La bonne volonté du salarié n'est pas suffisante pour répondre aux impératifs de cette nouvelle temporalité. A l'instar de la jurisprudence du 1^{er} juillet 2009¹⁷¹⁵, doit-on reconnaître ce temps comme un temps d'astreinte ?

¹⁷¹³ Le CM, l'abrégié de *community manager*, est un métier qui consiste à animer et à fédérer des communautés sur Internet pour le compte d'une société ou d'une marque. « Gestionnaire de communauté », dans *Wikipédia*, 2014, en ligne.

¹⁷¹⁴ Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 1, I, B : « les effets induits sur la santé ».

¹⁷¹⁵ Cass. soc., 1 juil. 2009, pourvoi n°08-41.217, inédit, *op. cit.*

586. **Sur le qui-vive 24h/24** - La difficulté résulte du fait que la majeure partie du travail des animateurs de communauté tient à être en alerte sur les réseaux sociaux et à répondre aux sollicitations, bonnes ou mauvaises. La viralisation de l'information sur les réseaux sociaux peut démultiplier l'impact des commentaires négatifs d'un seul client sur une page Facebook. Ainsi l'absence de réaction à un événement particulier comme une panne du service information de réservation de l'entreprise peut entraîner un « Bad Buzz »¹⁷¹⁶. Si en général, une réponse en quelques heures est acceptable, dans certains cas ce délai devient inacceptable. Dans des moments de détresse comme le séisme au Japon, le besoin d'informations des clients et l'attention du public sont poussés à leur paroxysme. Les médias sociaux sont en effet un des moyens de communication qui permettent d'informer simultanément un grand nombre de personnes¹⁷¹⁷. Pour protéger la notoriété de leur entreprise et répondre à ces situations, les « Community Manager » mettent généralement en place des outils d'alerte, mais leur intervention, face au besoin de réactivité, n'est pas toujours commandée par l'entreprise. Toutefois, ces salariés sont généralement équipés par leur employeur d'ordinateurs portables, de tablettes et de smartphones qui leur permettent de répondre aux sollicitations et intervenir en cas de besoin. Pour prévenir tout contentieux, l'entreprise doit impérativement prévoir une charte de fonctionnement avec des plages d'astreinte formalisée et la création d'une cellule de crise pour les situations graves. La solution n'est toutefois pas pleinement satisfaisante et ne permet toujours pas de répondre à la situation des salariés qui consultent des courriels professionnels à distance sur les serveurs de l'entreprise. On ne peut que constater une fois encore les limites du droit positif. L'incertitude sur la nature du temps de l'astreinte, temps de travail ou temps de repos, pèse également sur la question des accidents de travail : un accident mortel survenu en cours de période d'astreinte est-il un accident du travail ? Cette question est commune avec celle des temps de transport du salarié.

b. Le temps de transports

587. **Principe – exclusion** – Suivant l'article L. 3121-4 du Code du travail : le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail

¹⁷¹⁶ *Le cas UGC : un week-end mon CM viendra*, <http://www.mycommunitymanager.fr/le-cas-ugc-un-week-end-mon-cm-viendra/>, consulté le 30 juillet 2014.

¹⁷¹⁷ R. Vansnick, *Air France : 38.000 followers et un Community manager en congé le dimanche*, <http://vansnick.net/air-france-38-000-followers-et-un-community-manager-en-conge-le-dimanche/>, consulté le 30 juillet 2014.

n'est pas un temps de travail effectif. Il importe une nouvelle fois peu que le « temps consacré » par le salarié à ses déplacements soit plus ou moins « productif ». Il s'agit de la stricte application de la définition du temps de travail.

588. Exception – temps à disposition – Seul, le temps de déplacement professionnel coïncidant avec l'horaire de travail n'entraîne aucune perte de salaire. Ainsi, selon la jurisprudence, le temps de transport entre le siège de l'entreprise et un chantier ou un client doit être considéré comme temps de travail effectif dès lors que les salariés sont pendant cette période « à la disposition de l'employeur »¹⁷¹⁸. Le temps de transport est effectif dès lors qu'il est contraint et que le salarié, placé sous l'autorité de l'employeur, ne peut vaquer librement à des occupations personnelles. C'est notamment le cas lorsque l'employeur demande au salarié de procéder au chargement et déchargement de matériaux¹⁷¹⁹ ou en cas de déplacement du salarié chez plusieurs clients¹⁷²⁰. Ces deux situations ne sont toutefois pas identiques. Dans le premier cas le salarié est effectivement contraint, mais dans le second il est plus difficile d'envisager la contrainte, si on ne considère pas les temps de transports entre le domicile et le travail comme eux-mêmes contraints. En réalité, c'est suivant les modes de transports, la charge de travail du salarié et les outils à sa disposition, que la contrainte devrait être envisagée. On ne se prête par exemple pas aux mêmes activités lorsqu'on voyage en train ou que l'on conduit sa voiture.

589. Temps de trajet ou espace de travail - Une enquête de l'Ifop datée de février 2013 révèle que 67 % des actifs français mettent moins de 30 minutes pour se rendre sur leur lieu de travail¹⁷²¹. Dans l'aire urbaine parisienne, plus de 25% des habitants ont un temps de parcours supérieur à 45 minutes pour se rendre au travail¹⁷²². Pour améliorer leur qualité de vie, les salariés sont de plus en plus nombreux à fuir les centres urbains, où ils travaillent, pour s'installer en périphérie ou en province. Ces salariés effectuent quotidiennement un long trajet entre leur domicile et leur bureau, qu'ils optimisent en travaillant. Ces contraintes du temps de transport ajoutées à celles des obligations

¹⁷¹⁸ Cass. soc., 31 mars 1993, pourvoi n°89-40.865, inédit.

¹⁷¹⁹ Cass. soc., 12 juil. 1999, pourvoi n°97-42.789, inédit.

¹⁷²⁰ Cass. soc., 12 janv. 2005, pourvoi n°02-47.505, inédit.

¹⁷²¹ Ifop, *Le regard des actifs sur leur temps de trajet domicile/travail*, 2013, p. 5 (en ligne sur www.ifop.fr).

¹⁷²² INSEE, *Les déplacements domicile-travail amplifiés par la périurbanisation*, coll.« INSEE PREMIERE », 2007, p. 3 (en ligne sur www.insee.fr).

familiales obligent ces « turbo cadres » à négocier un agenda strict¹⁷²³. L'amplitude horaire, c'est-à-dire le temps passé en dehors du domicile, peut dans certains cas être multiplié par 1,5 dont la majeure partie dans les transports. L'ordinateur portable ou le smartphone permettent de transformer ce temps, de rédiger des dossiers techniques, des plannings, de traiter ses mails... des tâches qui ne nécessitent pas de travailler en direct avec d'autres personnes.

590. **Lieu habituel de travail** - L'article L. 3121-4 du code du travail assure qu'une contrepartie doit être prévue lorsque le temps de déplacement excède le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail¹⁷²⁴. Mais qu'est-ce que le « lieu habituel » de travail ? Pour de très nombreux salariés ce lieu n'est pas associé à leur bureau physique, mais à l'espace numérique, l'espace virtuel de l'entreprise. Le véritable lieu de travail est le nuage, le « Cloud ». Ce dernier est matérialisé par l'informatique mobile qui suit les salariés partout et qui leur permet d'accéder à l'entreprise en tout lieu. En fait, les nouvelles technologies permettent de se projeter virtuellement, y compris pendant le temps d'un déplacement physique, dans l'« espace » des navigations internet de façon à y œuvrer, y converser, y commercer, s'y délasser, en un mot d'« e-vivre ». Pour résumer, le « temps mort » du déplacement n'est plus¹⁷²⁵. Le salarié numérique est un salarié « délocalisé » en ce sens que son véritable lieu de travail n'est ni un bureau, ni un train, ni les trajets qu'il emprunte au quotidien à travers la France, mais le monde¹⁷²⁶. Le « lieu habituel » de travail devient fictif dans l'espace physique. Si on suit jusqu'au bout cette logique, tous les déplacements d'un salarié, dès lors qu'il est connecté, ou mobile devraient être considérés soit comme du travail soit comme « inhabituels » dès lors que de nombreuses tâches peuvent être exécutées à distance. Dans la plupart des situations le « temps normal » de déplacement pourrait ainsi être réduit à zéro. Cette réinterprétation de la loi relève aujourd'hui de la fiction juridique, elle correspond néanmoins déjà à la réalité de nombreux salariés¹⁷²⁷.

¹⁷²³ Les « turbo-cadres » ou l'art de travailler en mouvement, <http://cadres.apec.fr/>, consulté le 8 janvier 2014.

¹⁷²⁴ Cass. soc., 14 nov. 2012, pourvoi n°11-18.571, Bull. civ., V, n°295.

¹⁷²⁵ D. Kaplan et H. Lafont, *Mobilités.net : Villes, transports, technologies face aux nouvelles mobilités*, Paris, LGDJ, 2004, p. 55.

¹⁷²⁶ A. Klein et S. Proulx, *Connexions : Communication numérique et lien social*, Presses universitaires de Namur, 2012, p. 22.

¹⁷²⁷ « Les outils classiques tels que le mail et les messageries instantanées permettent déjà d'améliorer les échanges entre les différents membres de l'équipe. Les solutions actuelles de téléprésence, qui ajoutent l'image et le son aux outils de collaboration textuels, permettent de régler à la fois le problème de contrôle et d'augmenter la collaboration grâce à une immersion interactive depuis n'importe quel endroit de la planète. L. Nouvelle, *Le télétravail contre les catastrophes naturelles à répétition : ce que la téléprésence va changer*, <http://www.usinenouvelle.com/article/le-teletravail-contre-les-catastrophes-naturelles-a-repetition-ce-que-la-telepresence-va-changer.N199535>, consulté le 4 août 2014.

c. *Le temps de pause et de repos*

591. **Temps de pause** – Alors que le temps de travail est déjà difficile à appréhender, que dire de la pause ? « A première vue la distinction paraît simple : tout ce qui est temps de travail effectif écarterait l'existence d'un temps personnel ; tout ce qui n'est pas temps de travail effectif serait du temps personnel »¹⁷²⁸. La pause se définit négativement par rapport au temps de travail effectif et n'est donc en principe pas rémunérée. Pour qu'une pause ne soit pas considérée comme du temps de travail effectif, il faut qu'elle soit bien délimitée, qu'elle ne corresponde pas à une activité professionnelle et que le salarié ait la « maîtrise » de son temps¹⁷²⁹.

592. **Liberté relative** - « Dès que le temps de travail quotidien atteint six heures, le salarié bénéficie d'un temps de pause d'une durée minimale de vingt minutes »¹⁷³⁰. Or la nature de ces pauses est incertaine. Le doyen Philippe Waquet surnomme ces « courtes pauses » des « tiers temps »¹⁷³¹. Pour l'auteur, la qualification de ces pauses doit être posée à la Cour de Cassation. Le temps de pause varie en général de 20 à 30 minutes et permet en principe au salarié de vaquer librement à ses activités personnelles. Comment un juge évalue-t-il cette « liberté » ? Vaquer à ses obligations personnelles dans le sens de la liberté totale et le choix libre de l'activité est tout d'abord impossible dans un temps aussi court. Vaquer librement à des occupations personnelles est revanche possible (lecture, détente, repas,...)¹⁷³². Le salarié a également la possibilité de pouvoir surfer sur Internet à titre personnel pendant ses temps de pause. L'utilisation d'Internet peut toutefois être limité par l'entreprise, si les sites consultés ne doivent pas avoir un contenu contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. L'employeur a également la possibilité de bloquer les vidéos ou les réseaux sociaux. Par ailleurs, depuis un arrêt du 9 juillet 2008, la Cour de Cassation considère que les connexions sont présumées avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut les identifier en l'absence de l'intéressé¹⁷³³. Une présomption qui revient à contrôler l'activité du salarié pendant ses pauses. En réalité, « le mot librement implique une totale liberté de choisir son emploi

¹⁷²⁸ F. Favennec-Hery, « Temps et lieux de vie personnelle, temps et lieux de vie professionnelle », *Dr. soc.*, n° 1, janvier 2010, p. 24.

¹⁷²⁹ F. Gallet, « La notion de temps de travail effectif », *Gaz. Pal.*, 4 janvier 2001, p. 4.

¹⁷³⁰ C. trav. art. L. 3121-33.

¹⁷³¹ P. Waquet, « Le temps de repos », *Dr. soc.*, n° 3, mars 2000, p. 288.

¹⁷³² F. Gallet, « La notion de temps de travail effectif », *op. cit.*, p. 4.

¹⁷³³ *Cass. soc.*, 9 juil. 2008, pourvoi n°06-45.800, *Bull. civ.*, V, n°150, *op. cit.*

du temps et qu'au cours d'une courte pause dans le sein de l'entreprise, le salarié n'a qu'une liberté très relative »¹⁷³⁴.

593. **Injonctions numériques** - La seule circonstance qu'un salarié ne veuille pas profiter de la pause dont il dispose ne lui permet pas de se prévaloir d'heures supplémentaires. Ainsi, le temps passé par le salarié à exécuter son travail pendant une pause aménagée dans l'entreprise n'est pas considéré par les juges comme du travail effectif¹⁷³⁵. Dans cet arrêt la Cour de Cassation réaffirme le critère du travail commandé en affirmant que « seul un travail commandé par l'employeur est susceptible d'être qualifié de travail effectif ». Mais doit-on considérer un mail intitulé « urgent » reçu juste avant d'aller en pause comme un travail commandé ? Dans les entreprises, les salariés (souvent des cadres) sont sollicités en permanence¹⁷³⁶. Ces sollicitations les suivent partout à travers les outils mobiles qu'ils transportent. Ainsi, même pendant leur pause déjeuner, certains salariés consultent leur smartphone et continuent de travailler. Or, lorsque le salarié reste à la disposition de l'employeur pendant un temps de pause, il s'agit en réalité d'un temps de travail effectif. Selon une jurisprudence ancienne, « durant la pause casse-croûte (...) le salarié restait en permanence à la disposition de l'employeur », son temps doit être requalifié¹⁷³⁷. Le juge pourrait donc estimer, à l'aune des critères légaux, que ces temps de « pause connectée à l'entreprise » correspondent à du temps de travail effectif. En effet, le salarié continue à recevoir des courriels et des appels auxquels il est susceptible de répondre. D'autant que les temps de restauration ne sont plus qualifiés par le législateur et que les temps de pause ne reçoivent pas non plus de qualification légale. On peut également relever une contradiction entre l'arrêt précité du 9 mars 1999¹⁷³⁸ et un arrêt du 4 mai 1999¹⁷³⁹ où la Cour considère cette fois que si le temps d'astreinte n'est pas un temps de travail effectif, il n'est pas pour autant un temps de repos et que dès lors le salarié, tenu de demeurer dans l'entreprise, était bien en période de travail. Le salarié connecté est dans un état de quasi astreinte et l'injonction à agir pendant ses pauses est d'autant plus forte que ses actions prennent parfois quelques secondes, par exemple répondre à des SMS.

¹⁷³⁴ P. Waquet, « En marge de la Loi Aubry : travail effectif et vie personnelle du salarié », *Dr. soc.*, 1998, p. 963.

¹⁷³⁵ *Cass. soc.*, 9 mars 1999, pourvoi n°96-44.080, *Bull. civ.*, V, n°105, *RJS* 4/99 n° 519, *op. cit.*

¹⁷³⁶ Certains salariés sont tellement sollicités qu'on qualifie ce phénomène d'avalanche informationnelle.

¹⁷³⁷ *Cass. soc.*, 25 mars 1998, pourvoi n°96-45.139, *inédit.*

¹⁷³⁸ *Cass. soc.*, 9 mars 1999, pourvoi n°96-44.080, *Bull. civ.*, V, n°105, *RJS* 4/99 n° 519, *op. cit.*

¹⁷³⁹ *Cass. soc.*, 4 mai 1999, pourvoi n°96-43.037, *Bull. civ.*, V, n°187.

594. **Travaux urgents** – A la marge, il convient de rappeler que suivant l'article D3131-5 du code du travail : « L'employeur peut, sous sa seule responsabilité et en informant l'inspecteur du travail, déroger à la période minimale de onze heures de repos quotidien par salarié en cas de travaux urgents dont l'exécution immédiate est nécessaire ». Les conditions sont alors limitatives : il s'agit « d'organiser des mesures de sauvetage », de « prévenir des accidents imminents » ou encore « de réparer des accidents survenus au matériel, aux installations ou aux bâtiments ». La preuve du travail commandé sera alors facile à apporter.

595. **« Pause Facebook »** – Inversement, doit-on déqualifier les temps de travail, aménagés en pauses « sauvages » car non organisés, que s'accorde le salarié en surfant sur son ordinateur professionnel ou sur son « outil » personnel ?¹⁷⁴⁰ En dehors du temps de repos réglementé, le salarié peut bénéficier d'une tolérance de la part de son employeur. Jusqu'à présent cette tolérance s'appliquait essentiellement aux pauses cigarettes ou café ; elle tend désormais à s'étendre à l'utilisation d'internet. Ce temps reste alors rémunéré et n'est pas décompté du temps de travail. On suppose en effet que le salarié dans ce laps de temps réduit ne peut vaquer à « des occupations personnelles » et reste donc à la disposition de l'employeur. Il ne faut toutefois pas abuser des pauses informelles. Certes, il ne s'agit pas d'un abandon de poste puisque le salarié reste présent à son poste de travail, mais elles constituent une atteinte au pouvoir de direction de l'employeur. Les risques de sanctions disciplinaires ou de licenciement en cas d'utilisations répétées d'internet sont réels¹⁷⁴¹. Ainsi « la connexion Internet de l'entreprise, à des fins non professionnelles, pour une durée totale d'environ quarante et une heures durant le mois de décembre 2004 » est constitutive d'une faute grave rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise¹⁷⁴². Si les cadres au forfait jour, évidemment ont plus de marge de manœuvre pour s'accorder des temps de pause plus ou moins longs, l'appréciation reste difficile. De manière générale, il pourrait être judicieux d'encadrer les « pauses Facebook » ou « Twitter »¹⁷⁴³ au travers du règlement intérieur ou d'accords d'entreprises réglementant les temps de pause, ce qui permettrait de concilier les attentes respectives des salariés et de l'entreprise.

¹⁷⁴⁰ Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2, II, B : « la reconnaissance juridique de la porosité ».

¹⁷⁴¹ Infra. Partie 1, titre 1, chapitre 1, section 3, I, B, 2 : « sanctions de l'usage personnel ».

¹⁷⁴² Cass. soc., 18 mars 2009, pourvoi n°07-44.247, inédit, op. cit.

¹⁷⁴³ CA Chambéry, 25 fév. 2016, n°15/01264, op. cit.

596. **Colis livrés au bureau** - Les salariés sont également des consommateurs et ils sont nombreux à faire des achats sur internet. S'ils ne commandent pas systématiquement pendant leurs horaires de travail, ils reçoivent de plus en plus souvent leurs colis à l'adresse de leur entreprise. En effet, les horaires de livraisons correspondent souvent aux horaires de travail. Il y a une fois encore une tolérance. Le salarié devra toutefois s'assurer que les livraisons ne perturbent pas le bon fonctionnement de l'entreprise¹⁷⁴⁴. Dans un arrêt de principe rendu le 2 octobre 2001¹⁷⁴⁵, la Chambre sociale de la Cour de Cassation a ainsi jugé, après avoir rappelé qu'un salarié avait droit au respect de l'intimité de sa vie privée même au temps et au lieu de travail, que l'employeur ne pouvait prendre connaissance des messages personnels reçus ou envoyés par le salarié sans l'accord de ce dernier. Le secret de la correspondance constitue, avec la sûreté, la liberté d'aller et venir et l'inviolabilité du domicile, l'une des composantes de la liberté individuelle, principe à valeur constitutionnelle¹⁷⁴⁶. Cette composante constitue une intrusion supplémentaire de la sphère personnelle dans la sphère professionnelle. La jurisprudence rappelle régulièrement le droit pour les salariés de disposer d'une sphère d'intimité sur leur lieu et l'utilisation personnelle d'internet pendant leur temps de travail. Ensuite, tout est question d'équilibre et de proportionnalité¹⁷⁴⁷.

B. Le renouvellement des temps juridiques

597. **Les emplois du quaternaire** - « Les promesses de l'économie numérique ne reposent pas seulement sur le potentiel des nouvelles technologies, mais surtout sur l'émergence d'un nouveau type de travailleurs »¹⁷⁴⁸. Richard Barbrook parle d'une économie mixte, caractérisée par l'émergence des nouvelles technologies et d'un nouveau type de travailleurs : les « artisans du numérique »¹⁷⁴⁹. Qui sont-ils ? Pour Michèle Debonneuil, les emplois dans les « solutions quaternaires »¹⁷⁵⁰ seront très

¹⁷⁴⁴ J. Mouly, « Secret des correspondances, trouble objectif dans l'entreprise et vie personnelle du salarié : le rejet du « tout disciplinaire » », *D.*, n° 2137, 2007.

¹⁷⁴⁵ *Cass. soc.*, 2 oct. 2001, pourvoi n°99-42.942, *Bull. civ.*, V, n°291, *op. cit.*

¹⁷⁴⁶ *Cons. const.*, *décis. n° 76-75 DC du 12 janv. 1977*, *Rec. p.* 33.

¹⁷⁴⁷ *Supra*. Partie 2, titre 2, chapitre 1, section 1, I : « le droit de l'homme à la communication ».

¹⁷⁴⁸ *Le tout-gratuit est-il vraiment une fatalité à l'ère du numérique ?*, <http://www.nextinpact.com/dossier/606-le-tout-gratuit-est-il-vraiment-une-fatalite-a-l%E2%80%99ere-du-numerique/1.htm>, consulté le 10 septembre 2014.

¹⁷⁴⁹ R. Barbrook, *Imaginary Futures : From Thinking Machines to the Global Village*, London, Pluto Press, 2007, p. 30.

¹⁷⁵⁰ Le concept recouvre essentiellement un secteur économique conjuguant le secteur secondaire et le secteur tertiaire dont les produits ne sont ni des biens, ni des services, mais « de nouveaux services incorporant des biens, la mise à disposition temporaire de biens, de personnes, ou de combinaisons de biens et de personnes ». Outre ces produits, le secteur quaternaire comprend les

différents de ceux que nous connaissons aujourd'hui. Le travail posté dans les usines devrait peu à peu disparaître du fait de l'automatisation de la production de biens. On créera surtout des emplois d'intervention sur les lieux de vie à la suite d'alarmes, pour entretenir des biens, ou pour aider les particuliers dans leur vie quotidienne. Ces travaux nécessiteront le plus souvent de réagir face à de nouvelles informations et de « prendre des décisions sur le lieu de vie des consommateurs avec l'aide à distance de divers autres interlocuteurs ayant des savoirs ou des savoir-faire utiles »¹⁷⁵¹.

598. Polarisation des emplois - Deux catégories d'emplois seront alors nécessaires : celle très qualifiée des concepteurs de biens industriels sophistiqués et automatisés, et celle d'emplois moins qualifiés pour la mise à disposition de « solutions » et d'assistance auprès des utilisateurs. L'étude de prospective du ministère du Travail et de France Stratégie, laisse déjà apparaître une « poursuite de la tertiarisation des emplois ». « Les métiers du commerce et des services devraient continuer à se développer, avec notamment de fortes créations d'emploi dans les professions de soin et des services aux personnes », « avec une forte progression de l'emploi dans les métiers très qualifiés, principalement les métiers de cadres »¹⁷⁵². Ces emplois nécessiteront de nouvelles organisations de travail permettant notamment de pouvoir réagir rapidement à des situations inédites et de communiquer des informations précises à d'autres interlocuteurs¹⁷⁵³. Le numérique libère des carcans temporels, géographiques... Mais d'un autre côté, il favorise la taylorisation d'un certain nombre de métiers qui ne l'étaient pas avant. Face à de nouveaux rythmes de travail, comment mesurer le temps de travail ? Alors qu'une dichotomie se dessine entre les nouveaux salariés connectés, il convient de s'interroger sur l'efficacité de notre droit pour protéger deux nouvelles catégories de travailleurs (1). A quelles conditions le travail numérique peut-il être un facteur de qualité de vie au travail ? Finalement, peut-on faire évoluer la législation du travail (2) pour garantir un développement harmonieux du travail numérique ?

technologies de l'information et de la communication (TIC) et la formation qui y sont associées, ainsi que les actions de l'État pour soutenir son développement. « Économie quaternaire », dans *Wikipédia*, 2014, en ligne.

¹⁷⁵¹ M. Debonneuil, « Et si on entrait dans la quatrième révolution industrielle ? », *Variances*, Mai 2014, p. 41.

¹⁷⁵² France Stratégie et DARES, *Les métiers en 2022*, La Documentation Française, 2014, p. 5.

¹⁷⁵³ *Du rattrapage à la transformation : le numérique, une chance pour la France*, <http://www.capdigital.com/decouvrez-letude-du-rattrapage-a-la-transformation-le-numerique-une-chance-pour-la-france/>, consulté le 29 septembre 2014.

1) *L'insécurité du droit de la durée du travail*

599. **Dissociation des temps** – Le temps au travail, ne correspond plus nécessairement au temps du travail organisé par l'employeur¹⁷⁵⁴. « Les technologies numériques remettent en cause les schémas établis, instaurés par l'industrialisation à partir du XIXe siècle, de l'unité de temps et de lieu »¹⁷⁵⁵. Le découplage entre les activités professionnelles et les locaux de l'entreprise ou encore les nouvelles porosités entre les différents de vie, privée, professionnelle, contraintes, non contrats, se posent avec une plus grande acuité dans le cas du travail numérique. En effet, le monde économique, celui de la production et du travail, tend à ne plus jamais s'arrêter ni à se contenir sous l'effet des technologies numériques qui rendent l'information disponible partout et tout le temps. La difficulté tient également à la dissociation croissante¹⁷⁵⁶ entre les temps organisés collectivement à travers les accords collectifs, les dispositifs automatisés de contrôle, les horaires d'ouverture des bureaux ou des locaux de travail et les temps individuels, temps de trajet domicile-travail, contraintes familiales, loisirs... Or si les usages sociaux du temps et donc de l'espace de travail varient, n'est-ce pas la norme juridique spatiotemporelle qui est profondément remise en cause ? L'approche quantitative du temps de travail est doublement remise en cause. D'une part parce que la qualification du temps dépend de l'existence du choix libre du salarié d'effectuer des tâches professionnelles durant son temps de repos (a), d'autre part, parce que le temps de présence dans l'entreprise et le temps de travail n'ont plus forcément de lien (b).

a. Requalification des temps

600. **La durée légale du travail** - La durée légale constitue un repère dans une matière complexe. Le principe est simple : le salarié travaille « dans les locaux de l'entreprise selon un horaire précis, la fin du travail marque le retour à la sphère personnelle, qu'elle soit privée (au domicile) ou publique (des activités politiques, ou associatives, voire amicales) »¹⁷⁵⁷. Du point de vue plus général de la vie en société, la

¹⁷⁵⁴ Michel Lallement distingue trois temps : le temps au travail (organisé collectivement par l'entreprise), le temps du travail (qui construit l'identité sociale de l'individu) et le temps de travail (celui qui n'est pas du loisir). M. Lallement, « Temps, travail, sujet : enjeux et perspectives des transformations contemporaines », *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁵⁵ FRANCE et Centre d'analyse stratégique, *Le développement du télétravail dans la société numérique de demain*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁷⁵⁶ FRANCE, T. Klein, D. Ratier, Centre d'analyse stratégique et Direction générale du travail, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, *op. cit.*, p. 198.

¹⁷⁵⁷ P. Waquet, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.*, n° 1, 2010, p. 18.

définition d'une durée légale se justifie : c'est un outil de coordination et une indication de la durée de travail à temps plein jugée « normale »¹⁷⁵⁸. Les premières législations du travail au XIXe siècle et les premières conventions de l'OIT¹⁷⁵⁹ ont d'abord ambitionné d'encadrer, de limiter, la durée du travail, c'est-à-dire le temps passé à fournir une prestation de travail pour autrui¹⁷⁶⁰. Or, il semble aujourd'hui que les salariés n'aspirent pas à travailler moins, mais à travailler mieux. Une notion plus difficile à cerner pour le juriste puisqu'elle est éminemment subjective.

601. Seuils maxima - Les seuils sont organisés par le droit international. La recommandation n° 116 de l'OIT incite les États à définir une durée « normale » de travail et à limiter le recours aux heures supplémentaires. La Charte sociale européenne, révisée en 1996, fait quant à elle référence à une durée « raisonnable » de travail journalier et hebdomadaire. Enfin la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail fixe des principes clairs qui s'appliquent à tous les secteurs d'activité, privés ou publics. Les périodes de repos doivent être suffisantes. En France, la durée quotidienne de travail est au maximum de 10 heures suivant l'article L 3121-34 pour les salariés majeurs en dehors de l'hypothèse du travail de nuit, que la loi fixe à 8 heures. La durée maximale pour les travailleurs de moins de 18 ans est limitée quant à elle à 7 heures par jour. La durée moyenne de travail pour chaque période de 7 jours ne doit pas excéder 48 heures. La loi aménage aussi un temps de repos de 11 heures entre deux plages de travail, l'employeur doit respecter ce délai entre la fin d'une journée travail et le début d'une nouvelle plage horaire quand il fixe les horaires de travail. Enfin, le travail de nuit doit être limité car il porte atteinte à la santé, des modalités particulières de suivi de la protection en matière de santé doivent être alors mises en place. À partir temps de travail effectif, les seuils maxima du travail quotidien et hebdomadaire vont pouvoir être décomptés. La difficulté c'est qu'on n'arrive plus à calculer ce temps pour un certain nombre de salariés¹⁷⁶¹.

602. Principe d'adaptation du travail à l'homme - Prévoyant explicitement que l'aménagement du temps de travail doit être organisé avec « une certaine souplesse », la

¹⁷⁵⁸ F. Favennec-Hery et M. Miné, « Faut-il abroger la durée légale du travail ? », *RDT*, 2008, p. 282.

¹⁷⁵⁹ C001 - Convention (n° 1) sur la durée du travail (industrie), 1919 : Convention tendant à limiter à huit heures par jour et à quarante-huit heures par semaine le nombre des heures de travail dans les établissements industriels.

¹⁷⁶⁰ F. Héas, « La durée du travail dans les lieux de vie et d'accueil », *RDSS*, 2014, p. 53.

¹⁷⁶¹ *Supra*. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 1, II, B : « la remise en cause des temps de repos ».

directive de 2003¹⁷⁶² envisage néanmoins plusieurs types de dérogations aux repos (journalier ou hebdomadaire), aux temps de pause, à la durée maximale hebdomadaire et/ou au travail de nuit. Outre la voie de la négociation collective, les exceptions sont principalement liées aux caractéristiques particulières ou à la nature de certaines activités pour lesquelles il est difficile de mesurer ou de prédéterminer la durée du travail¹⁷⁶³. Pourtant les professionnels du numérique ne sont pas directement nommés dans cette liste à la Prévert. Le droit français est encore plus restrictif. Les cadres dits « dirigeants »¹⁷⁶⁴, dont l'organisation de l'activité demeure « spéciale », constituent une des rares exceptions au droit de la durée du travail¹⁷⁶⁵. Les salariés concernés par le forfait jours ne sont pas soumis aux durées légales maximales quotidiennes et hebdomadaires de travail, mais ils doivent respecter les temps de repos légaux¹⁷⁶⁶. Malgré des conditions particulières de travail, les journalistes sont également soumis aux dispositions sur la durée du travail. Ainsi, en l'absence de contrat prévoyant la durée du travail, il revient à l'employeur, non seulement de prouver la durée effective du travail mais également que cette durée était convenue avant le début du contrat¹⁷⁶⁷.

603. Sphère privée et sphère professionnelle – Qu'elle soit spatiale ou temporelle, la notion de frontière est directement mise en cause par l'évolution de la nature du travail et conduit à une insécurité juridique croissante. Si le travail s'imisce dans la vie privée, il ne faut pas oublier que la vie privée a également tendance à s'installer sur le temps et le lieu de travail. Dans les entreprises et au domicile du salarié, la sphère privée et la sphère professionnelle s'interpénètrent chaque jour d'avantage. Et tant que le salarié et l'employeur y trouvent un avantage, cette relation gagnant-gagnant n'intéresse pas le droit. Le salarié commande un billet de train pour ses vacances depuis le bureau, mais consultera ses mails pendant ces mêmes vacances. L'espace de travail est également brouillé par les NTIC. Il s'en suit un brouillage du temps et du lieu de travail qui peut conduire à atténuer la frontière entre vie professionnelle et vie privée, alors

¹⁷⁶² « Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail » (JOCE, L 299, 18 novembre 2003, p. 9).

¹⁷⁶³ Cadres dirigeants, main d'œuvre familiale, activités religieuses ; éloignement entre les lieux de travail ou entre le lieu de travail et la résidence ; activités de garde, de surveillance et de permanence pour assurer la protection des biens et des personnes ; activités imposant une continuité du service ou de la production (hôpitaux, institutions résidentielles, prisons, ports, aéroports, médias, sapeurs-pompiers et ambulance, secteur de l'énergie ou de la production d'eau, transport de voyageurs, agriculture, etc.) ; activités susceptibles d'avoir des surcroûts prévisibles d'activité (agriculture, tourisme, services postaux).

¹⁷⁶⁴ Cass. soc., 26 nov. 2013, pourvois n°12-21.758, 12-22.200, Bull. civ., V, n°283.

¹⁷⁶⁵ C. trav. art. L. 3111-2.

¹⁷⁶⁶ Cass. soc., 14 mai 2014, pourvoi n°12-35.033, Bull. civ., V, n°121.

¹⁷⁶⁷ Cass. soc., 23 mai 2013, pourvois n°12-17.616, 12-17.617, 12-17.618, inédit.

même que le télétravail était censé mieux les « concilier »¹⁷⁶⁸. Un ordinateur portable, une tablette ou un « Smartphone » permettent désormais à tout salarié de travailler partout : dans l'avion, le train, la voiture... jusqu'au domicile. « Celui-ci, qui devait être le donjon imprenable de la vie privée devient le lieu où le salarié, soit le soir ou la nuit, soit pendant le week-end élabore ou termine les rapports qui lui ont été demandés la veille ou encore, grâce à l'usage des mails, au cours du repos lui même »¹⁷⁶⁹. Le cantonnement de la durée du travail et le droit au repos journalier ou hebdomadaire sont alors directement menacés.

604. Majoration travail de nuit - Près de la moitié des cadres et professions intellectuelles supérieures reconnaissent travailler fréquemment le soir ou la nuit sur leur temps personnel. Permise par la multiplication des outils de communication interconnectés, cette intrusion nuit au sommeil et à la vie intime et sexuelle pour 80% d'entre eux¹⁷⁷⁰. L'article L. 3171-4 du code du travail est applicable en cas de litige sur l'existence et le nombre des interventions pendant la nuit d'un salarié¹⁷⁷¹. Il lui appartient d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments. Dès lors doit être cassé l'arrêt qui, pour rejeter une demande d'indemnité majorée, retient, sans rechercher si le salarié produisait des éléments de nature à étayer sa demande, qu'il ne rapporte pas la preuve qu'il intervenait toutes les nuits à plusieurs reprises. Toujours selon la jurisprudence, si l'employeur n'a pas expressément donné l'ordre ou l'autorisation de faire des heures supplémentaires, le salarié doit justifier des travaux qu'il a réalisés au cours desdites heures. Les documents informatiques (courriels, SMS, relevé d'appels téléphoniques professionnels, document de travail, photos, etc.) qui enregistrent systématiquement des dates et des horaires pourront corroborer les demandes¹⁷⁷².

605. Indemnités et heures supplémentaires - Le salarié qui répond aux sollicitations de son employeur peut-il demander à être rémunéré pour ses heures supplémentaires ? Il convient de préciser la nature de l'obligation qui lui est faite. Le fait d'être joignable

¹⁷⁶⁸ A. Lanciaux, *L'impact des NTIC sur le contrat de travail*, <http://www.legavox.fr/blog/adrien-lanciaux/impact-ntic-contrat-travail-12558.htm>, consulté le 13 octobre 2014.

¹⁷⁶⁹ P. Waquet, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *op. cit.*, p. 20.

¹⁷⁷⁰ *Les effets du travail sur la vie privée*, Technologia, 2012, p. 5.

¹⁷⁷¹ *Cass. soc.*, 27 juin 2012, pourvoi n°11-18.010, *Bull. civ.*, V, n°199.

¹⁷⁷² *Cass. soc.*, 19 mars 2003, pourvoi n°01-41.612, inédit.

correspond par principe à un temps d'astreinte donnant lieu au versement d'une indemnité. En revanche le temps passé à répondre à l'injonction éventuellement reçue, correspond à un travail effectif. Une rémunération supplémentaire doit être alors exigée par le salarié. La difficulté pour le salarié est de comptabiliser ce temps en dehors du cadre de l'entreprise, et pour l'employeur de contrôler ces prestations réalisées à distance par un contact téléphonique ou une connexion informatique. Pour les cadres en « forfait jours », une seule minute de travail effectif devrait annuler également la journée de repos correspondante¹⁷⁷³. Le salarié peut réclamer des sommes à caractère salarial dans un délai de trois ans, conformément à l'article L3245-1 du Code du travail qui précise : « l'action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par trois ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ».

606. Conséquence de la requalification – Au-delà du paiement des heures supplémentaires, les contentieux peuvent aller beaucoup plus loin comme l'illustre un arrêt du 1^{er} juillet 2009. En l'espèce, un éducateur, pour pallier l'absence de permanence téléphonique de la structure qui l'employait, répondait aux sollicitations des jeunes en difficulté sur son téléphone portable professionnel en dehors de ses heures de travail¹⁷⁷⁴. Même si cette obligation n'était pas inscrite dans son contrat de travail, le simple fait que le salarié ait été mis dans cette situation par l'entreprise suffit à caractériser une astreinte et ouvrir droit à la compensation financière qui y est attachée. Cet arrêt est pour le moins « étrange » puisque la situation est analysée comme une obligation de l'employeur alors que le salarié était libre de ne pas répondre au téléphone. Les conséquences de l'arrêt sont par ailleurs importantes puisqu'il confirme également la Cour d'appel qui considère que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail du salarié au motif de l'absence de rémunération de ces astreintes doit entraîner les conséquences d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

607. La preuve numérique des heures de travail - La question de la preuve des heures de travail est de plus en plus importante. On constate une inflation de la production devant les prud'hommes de traces numériques (agenda partagé, e-mails, connexions Internet...) qui sont autant de preuves de l'activité personnelle ou

¹⁷⁷³ Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2, I, A : « Le respect des temps de repos ».

¹⁷⁷⁴ Cass. soc., 1 juil. 2009, pourvoi n°08-41.217, inédit, op. cit.

professionnelle du salarié. Le Code du travail prévoit à l'article L. 3171-4 du code du travail qu'« en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ». Le législateur semble vouloir que ce soit à l'employeur de fournir les premiers éléments et au salarié de les discuter. Doit-on revenir au temps de la pointeuse ? Les dispositifs de contrôle du temps sont intrusifs et une auto-déclaration Intranet forcément approximative¹⁷⁷⁵. Or, le Code du travail a évolué en sens inverse, l'article L. 3171-2 impose un décompte individuel du temps lorsque les horaires ne sont pas collectifs¹⁷⁷⁶. Par ailleurs, suivant l'article R. 3173-3 le fait de ne pas présenter à l'inspection du travail les documents permettant de comptabiliser les heures de travail accomplies par chaque salarié, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 3171-3, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la troisième classe.

b. Le détournement du temps

608. **Temps productif puis temps à disposition** – Le temps de travail effectif a longtemps été entendu comme le temps productif s'appuyant sur des considérations purement économique. La logique du contrat de travail a ensuite conduit à considérer le temps de travail effectif comme le temps à disposition en cohérence avec la définition du lien de subordination¹⁷⁷⁷. La logique propre aux technologies mobiles conduit aujourd'hui à s'interroger sur cette évolution. Les considérations d'efficacité économique tendent à nouveau vers une logique productiviste.

609. **Reconnaissance jurisprudentielle partielle** – Dans un arrêt du 26 février 2013¹⁷⁷⁸, la Cour de cassation estime que des connexions multiples à des sites internet qui n'ont pas de rapport avec le travail peuvent justifier un licenciement pour « faute grave », c'est à dire sans préavis ni indemnités. Il faut cependant que ces connexions,

¹⁷⁷⁵ J.-E. Ray, « Temps de travail des cadres : acte IV, scène 2 », *Dr. soc.*, 2001, p. 244.

¹⁷⁷⁶ Lorsque tous les salariés occupés dans un service ou un atelier ne travaillent pas selon le même horaire collectif, l'employeur établit les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, pour chacun des salariés concernés.

¹⁷⁷⁷ A. Johansson, « Le temps de travail effectif : temps productif ou temps « à disposition » ? », *op. cit.*, p. 1711.

¹⁷⁷⁸ *Cass. soc.*, 26 fév. 2013, pourvoi n°11-27.372, inédit, *op. cit.* Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2, B, b : usage abusif.

par leur nombre, présentent un caractère « abusif »¹⁷⁷⁹. En l'espèce, les juges n'ont pas pris en compte de l'argument du cadre en cause qui soutenait qu'il s'ennuyait, son patron ne lui disant pas précisément ce qu'il attendait de lui. Mais en dehors de l'abus, les juges reconnaissent implicitement la faculté pour les salariés de se connecter à internet à des fins personnels pendant les horaires de bureau. Cet arrêt illustre les paradoxes de la définition actuelle du temps effectif de travail. Le salarié peut à la fois se tenir à la disposition de son employeur, au temps et au lieu de l'entreprise, et être en mesure de vaquer à des occupations personnelles¹⁷⁸⁰. Inversement, le salarié peut parfaitement être en dehors du temps et du lieu de l'entreprise et recevoir des ordres de son employeur. Un arrêt du 19 juin 2013 permet d'illustrer la capacité du salarié à « détourner » le temps de travail¹⁷⁸¹. Pour la chambre criminelle l'utilisation, par un salarié, de son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il perçoit une rémunération de son employeur, constitue un abus de confiance. Se rend également coupable d'un abus de confiance le salarié qui utilise l'ordinateur et la connexion Internet mis à sa disposition afin de visiter des sites à caractère érotique, ou pornographique¹⁷⁸². On le voit à travers la jurisprudence de la chambre criminelle, on ne sanctionne pas le détournement du temps mais l'abus de confiance caractérisé¹⁷⁸³. L'usage non conforme de la chose appartenant à l'employeur ne saurait être analysé en un abus de confiance lorsque cet usage de ne présente aucune incidence sur la finalité de la prestation attendue du salarié¹⁷⁸⁴.

610. Confusion temporelle - La forte diffusion des TIC en entreprise, avec le téléphone portable puis la messagerie électronique et aujourd'hui les réseaux sociaux, entraîne une confusion temporelle entre vie personnelle et vie professionnelle¹⁷⁸⁵. Il s'agit autant du travail qui entre dans la sphère privée que de la vie privée qui s'immisce dans l'entreprise. Les frontières entre les deux sphères ainsi que les formes de synchronisation se diversifient, avec des modalités différentes pour les cadres et pour les non-cadres, pour les hommes et pour les femmes, illustrant la multiplicité des rapports

¹⁷⁷⁹ Les juges ne précisent pas ce qui serait abusif ou admissible, mais observent que 10.000 connexions en deux ou trois semaines, à des sites de tourisme, de comparaison de prix, de prêt-à-porter, de manifestations et événements divers, à un site de magazine féminin ou encore à des réseaux sociaux, est « particulièrement abusif ».

¹⁷⁸⁰ Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2, II, B : « un droit adapté au temps des réseaux ».

¹⁷⁸¹ Cass. crim., 19 juin 2013, pourvoi n°12-83.031, Bull. crim., n°145, op. cit.

¹⁷⁸² Cass. crim., 19 mai 2004, pourvoi n°03-83.953, Bull. crim., n°126, Gaz. Pal. 10-12 oct. 2004, p. 44, note S. Adjali, op. cit.

¹⁷⁸³ F. Duquesne, « Le temps de travail détourné : un abus de confiance caractérisé », op. cit., p. 40.

¹⁷⁸⁴ Cass. crim., 16 juin 2011, pourvoi n°10-83.758, inédit, op. cit.

¹⁷⁸⁵ F. Favennec-Hery, « Temps et lieux de vie personnelle, temps et lieux de vie professionnelle », op. cit., p. 23.

au temps. Le « travail en débordement »¹⁷⁸⁶ concerne aujourd'hui de plus en plus de salariés. En 2006, un salarié sur cinq emportait du travail à la maison et un sur quatre travaillait fréquemment au-delà de l'horaire légal¹⁷⁸⁷. Nous assistons à une reconfiguration des rapports spatiaux-temporels des individus. Les espaces ne sont plus étanches, les temps s'entremêlent, principalement pour les cadres¹⁷⁸⁸. L'enjeu de la conciliation entre vie personnelle et vie professionnelle dépasse très largement la question du rapport au temps de travail pour toucher les questions de santé ou de religion¹⁷⁸⁹.

611. **Réduire le « célibat géographique »** - Pour concilier les temps de vie professionnelle et personnelle certaines entreprises prévoient des évolutions de leur organisation de travail. Depuis 2009, les cadres de chez GRDF bénéficient d'un accord dont l'un des objets est « la maîtrise du temps professionnel »¹⁷⁹⁰, avec des dispositions visant notamment à réduire les déplacements. Ainsi, pour diminuer les temps de trajet, l'accord invite à privilégier les réunions à distance, « dans le cas où plusieurs participants auraient à effectuer des trajets dépassant une heure et demie de déplacement aller, ou si la durée de la réunion prévue est inférieure à la durée de l'aller-retour ». L'accord propose encore à des cadres, qui se trouvent « en situation de célibat géographique », des expérimentations leur offrant la possibilité de travailler certains jours dans des locaux professionnels plus proches de leur domicile familial.

612. **Troisième temps** – Le temps de travail numérique n'est pas conçu sur un mode purement binaire. Il existe, à côté du temps de travail effectif, pendant lequel le salarié exerce son activité, et à côté du temps de repos, pendant lequel le salarié est coupé de tout lien avec l'entreprise, un temps intermédiaire. L'analyse combinée des fondements de l'obligation de disponibilité du salarié à celle des dispositions législatives encadrant la durée des différents temps associés au travail révèle ainsi l'existence d'un « troisième temps »¹⁷⁹¹. Il y d'un côté le salarié qui, sans être au travail, tout en disposant de la liberté de vaquer à ses occupations personnelles, reste subordonné à une éventuelle

¹⁷⁸⁶ E. Génin, *La porosité des temps chez les cadres*, *op. cit.*, p. 127.

¹⁷⁸⁷ Données COI 2006, champ : salariés des entreprises de 20 salariés ou plus, ayant au moins un an d'ancienneté.

¹⁷⁸⁸ Si la vie des salariés semble bien s'organiser autour de deux pôles que sont d'un côté le travail et de l'autre la famille, l'analyse des interactions entre les deux révèle un monde de la vie où chacun recombine leur influence selon les moments de son existence et sa trajectoire professionnelle. *Les effets du travail sur la vie privée*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁸⁹ J.-D. Combexelle, « Vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.*, janvier 2010, p. 12.

¹⁷⁹⁰ GRDF, « Accord sur le temps de travail des cadres du 20 juillet 2009 ».

¹⁷⁹¹ G. Vallée, « Les nouvelles formes d'emploi et le «brouillage» de la frontière entre la vie de travail et la vie privée », *op. cit.*, p. 11.

demande de l'employeur. Et d'un autre côté, le salarié qui bien que présent dans l'entreprise pendant ses horaires de travail, vaque à des occupations personnelles tolérées par son employeur. Les employés de Google peuvent par exemple consacrer 20% de leur temps à des projets personnels. Cette règle des 20% peut être envisagée comme un mécanisme particulièrement subtil de contrôle de l'activité. Celui qui n'est pas capable de consacrer 20 % de son temps à des activités libres n'est peut-être tout simplement pas à la hauteur¹⁷⁹².

613. **Appréhender le temps gris** - En somme, la définition du temps de travail effectif et la qualification juridique des différentes catégories de temps ne résistent pas à l'épreuve de l'espace-temps numérique. Le passage de la civilisation de l'usine à celle du numérique, remet en cause chacun des critères fixés par le législateur. La loi est le reflet d'une société définie à un moment donné. Or, la société évolue ; ce qui doit entraîner parallèlement l'évolution des normes. La mobilité et l'instantanéité des TIC appellent donc à une refondation du droit de la durée du travail afin de protéger effectivement les salariés mais aussi d'apprécier leur travail. Avec le développement des technologies de communication, un « troisième temps » prend une place de plus en plus importante dans la vie de nombreux salariés parce que l'employeur peut plus facilement les joindre là où ils se trouvent. Ce phénomène est de nature à étendre la période où le salarié peut être tenu d'exécuter un travail en plus de l'horaire de travail habituel qui n'est plus toujours consacré uniquement au travail. Pendant ce temps « gris », le salarié n'est pas réellement protégé par le droit du travail, tout en étant numériquement « suspendu » à une éventuelle demande de l'employeur. Mais le droit du travail peut-il considérer ce troisième temps ? En fait, le « critère du contrat de travail, le lien de subordination devient (...) vraiment permanent. Mais il peut aussi s'agir de passion du métier, ou davantage de servitude volontaire que de travail officiellement commandé... »¹⁷⁹³. Dans tous les cas la télé-disponibilité soulève des interrogations.

2) *Un droit adapté au temps des réseaux*

614. **Le temps réseau** – Avant l'apparition de l'industrie au XIXe siècle, la société était majoritairement rurale et composée d'hommes, artisans ou paysans, travaillant chez

¹⁷⁹² B. Girard, *Une révolution du management: le modèle Google*, M21 Editions, 2006, p. 70.

¹⁷⁹³ J.-E. Ray, « D'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail », *op. cit.*, p. 11.

eux. Alors que l'horloge a été le support de la diffusion d'un temps linéaire et quantitatif, les TIC sont désormais les supports d'une nouvelle forme de temps : le « temps réseau »¹⁷⁹⁴. « L'imprimerie, le télégraphe ou le téléphone ont accéléré la production et la dissémination de l'information »¹⁷⁹⁵. Alors que le réseau téléphonique nous a fait entrer dans la communication un-un, les réseaux nous ouvrent la potentialité de la communication de tous à tous¹⁷⁹⁶. La logique du temps, convertible en argent, propre à l'ère industrielle n'a pas disparu, mais notre relation au temps est plus complexe. Les horaires collectifs sont progressivement remplacés par des horaires individualisés, eux-mêmes définis par une recomposition des collectifs de travail. Toute organisation est aujourd'hui insérée dans un réseau dense entre les clients, les collaborateurs, les fournisseurs et les autres organisations. De fait, les collectifs de travail correspondent de moins en moins aux frontières de l'entreprise. Les espaces des bureaux se restreignent, d'autres plus hybrides (tiers-lieux, coworking) émergent. Les individus travaillent en mobilité. En définitive, la culture réseau nécessite d'abandonner le rêve de tout uniformiser.

615. **Cerveau d'œuvre** – Le travail numérique est moins une question de main d'œuvre que de cerveau d'œuvre. Non seulement les produits et les services se renouvellent rapidement, mais les relations entre les personnes et les institutions se transforment également avec un fort déplacement de la valeur que les uns et les autres accordent aux biens et aux situations¹⁷⁹⁷. « Aujourd'hui, le travail est une expérience pleinement expressive, irréductible à sa dimension instrumentale »¹⁷⁹⁸. En effet, depuis un demi-siècle les salariés ont muri, et leurs qualifications n'ont d'ailleurs cessé de croître. Si on raisonne par analogie, la main d'œuvre désigne une organisation où l'on « n'attend de quelqu'un rien d'autre que l'exécution des ordres reçus, sans discussion et sans initiative, cette personne finit par mettre son cerveau en sommeil (...) Ce qui sépare la main d'œuvre du cerveau d'œuvre, ce ne sont donc pas l'intelligence ni les qualités de la personne : c'est le pli que donnent jour après jour les conditions du travail »¹⁷⁹⁹. Or, « La production immatérielle du XXIème siècle n'est pas un art simple, et tout

¹⁷⁹⁴ L. Damhuis, « Les TIC changent-elles notre rapport au temps ? », *op. cit.*, p. 1.

¹⁷⁹⁵ L. Damhuis, « Les TIC changent-elles notre rapport au temps ? », *op. cit.*

¹⁷⁹⁶ *Le travail au XXIe siècle : mutations de l'économie et de la société à l'ère des autoroutes de l'information*, Dunod, 1995, p. 170.

¹⁷⁹⁷ FRANCE et P. Lemoine, *La nouvelle grammaire du succès - La transformation numérique de l'économie française*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁷⁹⁸ I. Ferreras, « Pour l'affranchissement des salariés dans l'entreprise », *Le I*, avril/2014.

¹⁷⁹⁹ M. Volle, *La main et le cerveau*, <http://michelvolle.blogspot.fr/2013/12/la-main-et-le-cerveau.html>, consulté le 1 octobre 2014.

d'exécution (...) Avec ses neurones assistés par les TIC, le travailleur du savoir sur son cerveau perché peut collaborer de n'importe où, à n'importe quelle heure »¹⁸⁰⁰.

616. **Le temps flexible** - Parce que le temps réseau est imprévisible, volatile, il est peut-être également une nouvelle source de tensions dans la relation de travail. Le travail numérique se déroule ainsi dans un espace-temps différent de celui qui nous sert de repère habituellement. A tel point que la nouvelle figure temporelle de l'entreprise est désormais « le temps flexible » ou asynchrone. Le « Multitasking »¹⁸⁰¹ désigne par exemple une pratique qui consiste à utiliser plusieurs outils de communication de manière simultanée, et à pratiquer ainsi plusieurs activités en même temps. On peut à la fois être à son poste de travail et communiquer avec ses amis. Même si ces utilisations restent encore marginales ou hypothétiques pour un certain nombre de salariés, une brèche s'ouvre dans le modèle de travail qui s'est construit sur une séparation stricte des sphères privées et professionnelles¹⁸⁰².

617. **Dissolution du cadre spatio-temporel** – Alors que la main d'œuvre se transforme peu à peu en « cerveau d'œuvre », on assiste à la dissolution du cadre spatio-temporel de l'usine. Alors que le droit commun du temps de travail est dépassé par une nouvelle configuration du travail¹⁸⁰³, l'inflation des flux auxquels nous sommes soumis et que nous alimentons nous même invitent à repenser les formes d'organisation (a), de contrôle (b) et de responsabilité (c)¹⁸⁰⁴.

a. Le nomadisme coopératif

618. **L'innovation heuristique** – Les outils numériques cachent une nouvelle configuration du temps constamment revisité. L'innovation heuristique permise par les nouvelles technologies guide aujourd'hui les organisations et bouscule le rapport au temps, puisqu'il faut envisager les associations d'idées spontanées¹⁸⁰⁵. « Contrairement aux méthodes algorithmiques, les méthodes heuristiques n'assurent pas que l'on arrivera

¹⁸⁰⁰ J.-E. Ray, « Métamorphoses du droit du travail », *op. cit.*, p. 1162.

¹⁸⁰¹ Les spécialistes sont partagés sur notre capacité réelle à effectuer plusieurs tâches en même temps. Certains s'attachent à démontrer qu'il est techniquement impossible d'être concentré sur plusieurs activités en même temps, alors que d'autres soutiennent que n'est que l'évolution de notre héritage biologique. « Multitasking », dans *Wikipédia*, 2014, .

¹⁸⁰² O. Charbonnier et S. Enlart, *A quoi ressemblera le travail demain ?*, *op. cit.*, p. 78.

¹⁸⁰³ Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 1, II, « la porosité du travail numérique ».

¹⁸⁰⁴ O. Charbonnier et S. Enlart, *A quoi ressemblera le travail demain ?*, *op. cit.*, p. 79.

¹⁸⁰⁵ *Heuristique*, <http://www.universalis.fr/encyclopedie/heuristique/>, consulté le 18 décembre 2014.

à un résultat en un nombre fini d'étapes. Les heuristiques sont fréquemment utilisées en intelligence artificielle, à l'intérieur de ce que l'on appelle des univers incertains »¹⁸⁰⁶. La banalisation des ordinateurs portables et le téléphone avaient introduit la sphère professionnelle dans la sphère privée. Désormais, les Smartphones, les tablettes et les réseaux sociaux sont en train de produire l'effet symétriquement inverse. Ces technologies marquent une rupture dans le modèle taylorien fondé sur la maîtrise des espaces et des temps de travail. Les organisations se trouvent ainsi démunies puisque leur modèle est de moins en moins compatible avec les nouveaux usages permis par l'informatique.

619. Entrelacement des sphères personnelle et professionnelle – Pourquoi voir dans les réseaux informatiques l'émergence d'une transformation des règles qui dictent l'organisation de l'entreprise ? En développant l'autonomie de plus en plus de salariés à travers le recours à de nouvelles techniques de coopération à distance¹⁸⁰⁷ comme les forums, les Wiki ou les réseaux sociaux, etc., on voit apparaître corrélativement la mise à mal du concept d'entreprise comme unité de lieu et de temps. L'informatique connectée favorise un va et vient entre deux sphères *a priori* distinctes : la sphère personnelle et la sphère professionnelle (à ne pas confondre avec la vie privée et la vie publique)¹⁸⁰⁸. Or, les critères du temps de travail effectif ne tiennent pas compte de l'évolution technologique, c'est à dire de l'évolution de l'organisation effective du travail.

620. Trois types de perméabilité – Pendant longtemps on pouvait tracer des frontières entre la vie personnelle et professionnelle : une frontière spatiale, comme le mur d'un bureau ou d'une maison, définissant l'espace où les comportements relatifs à un domaine ont lieu d'être tenus ; une frontière temporelle, telle les horaires de travail, déterminant quand ces comportements doivent être tenus ; une frontière psychologique, à travers un ensemble de règles créées par les individus pour déterminer les émotions, les attitudes et les comportements appropriés à chaque domaine. Les technologies de l'information et de la communication concourent aujourd'hui à remettre en cause cette

¹⁸⁰⁶ L'Encyclopédie e-Business : Heuristique, <http://www.journaldunet.com/encyclopedie/definition/596/34/20/heuristique.shtml>.

¹⁸⁰⁷ M. Delawari et C. Landat, « Les enjeux de la relation salariale au regard du développement du réseau Internet », *op. cit.*, p. 39.

¹⁸⁰⁸ La sphère personnelle et la sphère professionnelle renvoient tout à la fois à la vie privée, ce qu'on souhaite garder pour un cercle restreint de personnes dans sa famille, ou dans son entreprise, et à la sphère publique qui désigne des informations accessibles à tous.

organisation traditionnelle des temps et des lieux de travail. Les « cerveaux d'œuvres », travailleurs majoritairement informatisés et autonomes, forment une catégorie professionnelle particulièrement représentative de ces évolutions. En effet, leurs temps et lieux de travail de travail sont très variés et emprunts d'imbrications multiples.

621. Le nomadisme ou travail sédentaire – La collaboration à distance rivalise peu à peu avec la rencontre physique¹⁸⁰⁹. Il est désormais courant de travailler sur un même document avec différents interlocuteurs, chacun installé à différents endroits de la planète de façon synchrone ou asynchrone. En effet, les bureaux virtuels permettent d'accéder au réseau de l'entreprise comme si l'on s'y trouvait physiquement, et de partager à tout moment des fichiers avec des clients ou des collègues. On plonge peu à peu dans un « nomadisme sédentaire »¹⁸¹⁰, où ce n'est pas l'individu qui se déplace d'un univers à l'autre, par exemple en se rendant physiquement dans l'entreprise, mais l'information qui bouge autour de lui, à travers des écrans, qui peuvent afficher tout à la fois des données personnelles et professionnelles.

622. Un cloisonnement illusoire - Les technologies mobiles révèlent l'impossibilité de cloisonner les temps et les lieux consacrés au travail et au hors travail. De plus en plus de salariés utilisent des téléphones identiques pour le travail et pour leurs contacts privés. Et bien que Facebook et LinkedIn aient des utilités différentes, ils ont à la fois des amis sur LinkedIn, et des collègues sur Facebook. Le défi est de parvenir à équilibrer le temps consacré à la vie professionnelle et à la vie privée, et d'organiser le travail afin que ces outils permettent de mieux travailler¹⁸¹¹.

623. Choisir son environnement - Un regard manichéen sur la société ne permet plus de donner des solutions justes à des tensions nées dans les organisations d'une conjoncture complexe liée aux nouvelles technologies. Jusqu'à présent, l'alternative centrale était entre travailler et ne pas travailler. Mais l'option peut être autre : se former, se déplacer, travailler à son domicile au bureau, ou dans un tiers lieu... Le salarié peut être présent dans l'entreprise et s'y livrer à tout autre chose que son travail. Il peut par exemple utiliser son « Smartphone » pour surfer sur des sites bloqués par son

¹⁸⁰⁹ O. Charbonnier et S. Enlart, *A quoi ressemblera le travail demain ?*, op. cit., p. 92.

¹⁸¹⁰ Une expression illustrée par le blog d'une ancienne nomade devenue (plus ou moins) sédentaire comme elle se décrit elle-même. *La nomade sédentaire - Et si on partageait ?*, <http://www.lanomadesedentaire.be/>, consulté le 2 décembre 2014.

¹⁸¹¹ *Travailler ailleurs qu'au bureau: libération ou nouvelle aliénation ?*, <http://www.franceinter.fr/emission-le-telephone-sonne-travailler-ailleurs-qu-au-bureau-liberation-ou-nouvelle-alienation>, consulté le 6 janvier 2015.

employeur sur son poste de travail. Mais à l'inverse, il peut aussi bien être à son domicile et travailler un dimanche matin pour préparer sa réunion du lundi. Fonctionnant avec des modalités de production exigeant un écosystème fort éloigné de celui de l'industrie française, les professionnels de ces métiers ont le sentiment de travailler dans un monde archaïque qui, bien loin de les aider, leur impose sans cesse des contorsions inutilement coûteuses pour être en règle avec une législation qui ne les protège plus¹⁸¹². Dans un souci de cohérence, il convient de reconnaître au salarié un droit à la mobilité : droit de travailler depuis n'importe où. « Puisque les outils permettent de travailler à distance de la même façon qu'au bureau, il n'y a pas de raison d'accorder à cette présence l'importance qu'elle a aujourd'hui »¹⁸¹³. On ne peut plus continuer à imposer aux salariés des trajets quotidiens éreintants et coûteux alors que ces mêmes salariés peuvent faire leur travail n'importe où¹⁸¹⁴.

624. **La mobilité du travailleur numérique** – La difficulté tient au fait que les modes de vies mobiles contemporains sont à la fois une source de liberté mais aussi de fatigue et d'aliénation. Selon une enquête menée en Allemagne, en Espagne, en France et en Suisse par le *Forum Vies Mobiles*, le nombre des personnes mobiles qui travaillent pendant leurs déplacements a progressé de 30 % en 4 ans¹⁸¹⁵. La disponibilité du salarié ne peut plus s'envisager uniquement dans l'espace physique ou contraint de l'entreprise. La mobilité des outils permet de combiner différents lieux : domicile, transports, entreprise, clients, tiers lieux, et différents temps. On parle alors de travail par débordement ou de discontinuité du travail. L'employeur gagne en productivité et en flexibilité, en échange de quoi l'employé jouit en principe de davantage d'autonomie. Mais le contrôle se révèle moins facile et moins direct pour l'employeur et la disponibilité du salarié est parfois ressentie comme plus importante. Les chercheurs du *Forum Vies Mobiles* recommandent notamment aux employeurs de « mieux répertorier les métiers des grands mobiles » et proposent de considérer le temps passé à travailler dans les transports « comme un temps de travail à part entière »¹⁸¹⁶. Il ne s'agit pas de télétravail, mais il est question d'accorder au salarié la liberté de travailler où il veut.

¹⁸¹² F. Frisch, *Boulodiversité : ensemble vers l'extermination du chômage*, op. cit., p. 11.

¹⁸¹³ E. Cauvin, *Vers une nouvelle Cité électronique*, BoD - Books on Demand, 2016, p. 228.

¹⁸¹⁴ Sous certaines réserves tenant notamment à la protection des informations confidentielles de l'entreprise.

¹⁸¹⁵ *Un actif sur deux se déplace beaucoup pour son travail*, <http://www.lefigaro.fr/emploi/2014/11/03/09005-20141103ARTFIG00123-un-actif-sur-deux-se-deplace-beaucoup-pour-son-travail.php>, consulté le 4 novembre 2014.

¹⁸¹⁶ *Mobilité au travail : vers une nouvelle politique dans l'entreprise et la société*, http://www.economieetsociete.com/Mobilite-au-travail-vers-une-nouvelle-politique-dans-l-entreprise-et-la-societe_a1951.html, consulté le 4 novembre 2014.

625. **L'essor du télétravail nomade** - Le développement de la dématérialisation du travail été si rapide depuis quelques années, que l'évolution du cadre juridique n'a pas suivi¹⁸¹⁷. Contrairement aux attentes, ce n'est pas le télétravail à domicile qui a pris de l'ampleur mais le télétravail nomade. Il s'effectue par le biais d'internet sans être lié à un lieu précis, mais des espaces qui varient en permanence. On estime que les deux tiers des télétravailleurs appartiennent à la catégorie des nomades¹⁸¹⁸. Il est essentiel de permettre le développement du télétravail sur des bases juridiques saines, au plus près des réalités professionnelles et de faciliter le recours à cette forme d'organisation du travail¹⁸¹⁹.

626. **Favoriser l'intermodalité du travail** – Alors qu'on assiste à la multiplication des exemples de télétravail nomade, la loi du 22 mars 2012 a été encore plus restrictive que l'Accord National Interprofessionnel sur le télétravail, signé le 19 juillet 2005, et étendu à toutes les entreprises en 2006, à une époque où les technologies de mobilité étaient balbutiantes. Le rapport Lemoine propose l'émergence d'un nouveau modèle de mobilité domicile-travail avec une meilleure acceptation par les employeurs du travail à distance, et corrélativement le développement des outils de télétravail et la création de tiers lieux¹⁸²⁰. Le rapport souhaite que, d'ici 2025, 30 % du temps de travail soit effectué à moins d'un kilomètre de chez soi en développant l'intermodalité du travail¹⁸²¹. Pour atteindre cet objectif, la promotion du télétravail et de la mobilité doit passer par une nouvelle définition sur le travail mobile qui dépasse la définition actuelle du télétravail qui ne prend pas en compte les nouvelles situations de mobilité¹⁸²².

627. **Une définition par l'usage** - À l'automne 2009, le département Sciences sociales d'Orange Labs, a cherché à faire le point sur les usages numériques « privés - professionnels »¹⁸²³ des salariés, c'est-à-dire les activités qui entrelacent des supports et des contextes privés et professionnels. Selon l'enquête, les utilisateurs ont tendance à

¹⁸¹⁷ L. Brigitte, « L'essor du télétravail s'accompagne d'incertitudes juridiques », *Revue Européenne du droit social*, XV, 2012, p. 191.

¹⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 192.

¹⁸¹⁹ FRANCE, Premier Ministre et P. Martin Lalonde, *L'Internet : un vrai défi pour la France : rapport au Premier ministre*, La Documentation Française, 1998, p. 38.

¹⁸²⁰ FRANCE et P. Lemoine, *La nouvelle grammaire du succès - La transformation numérique de l'économie française*, *op. cit.*, p. 112.

¹⁸²¹ *Ibid.*, p. 212.

¹⁸²² *Infra*. Partie 1, titre 2, chapitre 1, section 1, I, B : « le statut du télétravailleur ».

¹⁸²³ Chantier d'études "privé/pro" lancé en collaboration Orange Business Services. Au travers d'une enquête quantitative (enquête téléphonique réalisée en décembre 2009 auprès de 1558 salariés) et d'enquêtes qualitatives auprès de salariés et décideurs en entreprise, ce chantier d'études vise à enrichir la connaissance des usages des TIC à l'articulation entre vie privée et vie professionnelle.

utiliser le terme de télétravail dans un sens très large : différentes formes du travail à distance, pratiques contractuelles ou informelles, pratiques régulières ou occasionnelles, pratiques supposant des connexions à distance ou pas. Cette étude montre que, contractualisé ou non, le télétravail s'inscrit dans un jeu de compensations. Avec le télétravail, les salariés visent d'abord des avantages temporels, mais aussi des bénéfices secondaires : des journées moins stressantes, et des conditions de travail plus agréables. Surtout, la définition retenue pour la quantification du télétravail à domicile pour cette étude est particulièrement intéressante : « salariés travaillant au moins une fois par semaine le soir après le travail ou au moins un week-end par mois, ou au moins une fois par mois en journée ou demi-journée et utilisant l'ordinateur à chaque fois ». Il s'agit d'une définition extensive puisqu'elle inclut les salariés qui travaillent de chez eux de manière non contractualisée et ceux qui le font uniquement le soir ou le week-end.

628. Prendre en compte la mobilité – Les recoupements du télétravail avec d'autres formes d'organisation du travail font du télétravail une sorte de « puzzle juridique ». Il faut à ce titre souligner que l'article 57 de la loi du 8 août 2016¹⁸²⁴ contient une disposition qui vise à relancer le développement du télétravail. Il invite les partenaires sociaux à engager une concertation avant le 1er octobre 2016 sur le développement du télétravail et du travail à distance. A noter que cette concertation qui porte sur le télétravail associe également l'évaluation de la charge de travail des salariés en forfait en jours et la prise en compte des pratiques liées aux outils numériques permettant de mieux articuler la vie personnelle et la vie professionnelle. Il convient pour le législateur de proposer une nouvelle définition qui prenne en compte les usages du travail mobile, afin d'intégrer les salariés qui travaillent effectivement de manière mobile, sans référence à un lieu en particulier. Cette définition pourrait être ainsi formulée : « le télétravail mobile est une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information et de la communication, dans laquelle un travail, est effectué, sur demande ou acceptation, expresse ou tacite, de l'employeur, à l'intérieur et hors de ces locaux de façon régulière et substantielle ». Cette définition inclut les salariés « nomades » mais le seul fait de travailler à l'extérieur des locaux de l'entreprise ne suffit pas à conférer à un salarié la qualité de télétravailleur. Il faut que ce travail soit régulier, substantiel et au moins tacitement demandé ou autorisé par l'employeur.

¹⁸²⁴ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », *op. cit.* (JO n°0184, 9 août 2016).

Précisons que la fourniture d'un smartphone est en soit une forme de reconnaissance ou d'autorisation tacite. Cette définition permet à la fois de reconnaître différentes formes de télétravail répondant à un large éventail de pratiques sujettes à des évolutions rapides et en même temps d'éviter un développement anarchique de ces pratiques dont l'encadrement précis relèverait ensuite des entreprises et des salariés par sphère de métiers à travers la négociation collective et individuelle.

629. Simplifier le droit de la durée du travail - Le passage progressif à la civilisation du savoir, sous l'impulsion des TIC, fait que notre droit pensé verticalement est de moins en moins adapté aux modes nouveaux d'organisation du travail et à l'autonomie du travailleur qui en découle. Jacques Barthélémy dénonce une « dérive technocratique, car on sacrifie l'esprit de la loi à sa lettre et cela explique largement l'accroissement inquiétant du degré de judiciarisation des conflits du travail »¹⁸²⁵. Il relève que la complexité de notre droit, qui multiplie les règles particulières tout en s'imposant de la même manière à tous, est nuisible à la prise de décision et au climat social, et plus fondamentalement à l'intérêt de l'entreprise et, à travers elle, à l'emploi. L'auteur propose de simplifier le droit de la durée du travail grâce aux accords conventionnels. En effet, si un grand nombre de contraintes proviennent du droit communautaire et apparaissent fondamentales au regard du droit à la santé, rien n'interdit que deviennent supplétives aux accords collectifs toutes les dispositions légales ne correspondant pas à la qualification de principes et de droits fondamentaux ou déclinant de droits supranationaux impératifs. « Le nécessaire assouplissement de la réglementation ne peut s'opérer au détriment du rôle protecteur du droit social. Plutôt que pour une réduction du champ dévolu au droit réglementaire, il convient de plaider pour une substitution progressive du droit conventionnel à celui-ci »¹⁸²⁶. Cette dérogation suppose aujourd'hui que la loi l'autorise expressément. Sa généralisation favoriserait une meilleure conciliation des intérêts économiques et la protection des travailleurs. En effet, le remplacement de normes réglementaires identiques pour toutes les entreprises et pour tous les secteurs d'activités par des normes conventionnelles permettrait une meilleure prise en compte de chaque contexte particulier.

¹⁸²⁵ J. Barthélémy et G. Cette, « 35 heures : les difficultés ne sont pas là où on les imagine », *Lamy temps de travail*, n° 41, décembre 2014.

¹⁸²⁶ J. Barthélémy et G. Cette, « Refonder le droit social par la négociation collective : que faire ? », *Regards croisés sur l'économie*, vol. 13, n° 1, 2 septembre 2013, p. 194.

630. **La négociation collective privilégiée** – Ce n'est d'ailleurs sans doute pas un hasard si les partenaires sociaux se sont saisis les premiers du télétravail. D'une manière générale, le télétravail répond à des besoins très divers et se prête à des modes d'organisation très variés, en constante évolution. Cette situation justifie de laisser s'épanouir « les cent fleurs » de la négociation collective sur ce thème ¹⁸²⁷. L'encadrement conventionnel apparaît plus en effet mieux adapté pour prendre en compte la diversité des situations. Il convient ainsi d'inviter les partenaires sociaux à négocier à tous les niveaux, interprofessionnel, branches, entreprises, pour donner un cadre au plus près des réalités professionnelles à l'exercice du télétravail salarié et ménager les garanties sociales nécessaires à son développement.

b. La disponibilité

631. **Temps de mise à disposition active de la force de travail** - La définition du temps de travail effectif ne vise pas la notion de temps de travail productif mais celle de temps de travail contraint : « la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles » ¹⁸²⁸. Il existe en effet trois manières d'appréhender le temps de travail ¹⁸²⁹. La première se place du point de vue de l'employeur : c'est le temps de travail productif. Dans cette perspective, le temps de travail est lié au temps de travail productif. C'est l'angle purement économique qui est envisagé, ce qui exclut tout temps intermédiaire, c'est à dire du temps qui n'est pas effectivement productif. Cette définition se rapproche du droit européen par sa dualité. La deuxième est liée à la notion de subordination qui fonde les rapports entre le salarié et l'employeur. Il s'agit du temps de l'indisponibilité du salarié. Le temps de travail ne se limite alors plus au seul temps productif ; les périodes d'attentes sont également prises en compte. On présume la disponibilité du salarié au temps et au lieu de l'entreprise. C'est l'esprit qui a guidé la définition du temps de travail effectif. Si le salarié est à la disposition de l'entreprise, il n'est en principe pas disponible pour ses amis, sa famille. Enfin, la notion peut être appréhendée sous l'angle de l'individu, à travers le temps subjectif. Selon lui, tout le temps qui est mobilisé pour le travail, par

¹⁸²⁷ FRANCE, Premier Ministre et P. Martin Lalande, *L'Internet, op. cit.*, p. 38.

¹⁸²⁸ C. trav. art. L. 3121-1.

¹⁸²⁹ B. Acar et G. Bélier, « Astreintes et temps de travail », *Dr. soc.*, n° 6, juin 1990, p. 502.

exemple le déplacement pour aller au travail, doit être compris comme du temps de travail. A condition de ne pas être utilisé à autre chose qu'à se déplacer. C'est ce temps qui est si difficile à évaluer aujourd'hui mais qui est au centre des mutations du travail¹⁸³⁰.

632. **La subjectivité du travail** - Certes, dans les activités manufacturières, la subjectivité n'était pas absente, mais elle était essentiellement mobilisée au moment où le travailleur entrait en contact avec la matérialité des opérations. Comme le souligne l'économiste Christian du Tertre, aujourd'hui, le travail s'est déplacé vers des objectifs plus immatériels. L'immatériel renvoie à ce qui n'est pas mesurable, pas dénombrable : la compétence, la confiance, la pertinence... Si par exemple les salariés « croulent » littéralement sous les courriels¹⁸³¹ et les messages de tous ordres, la majorité d'entre eux n'est pas utile. Le tri entre les informations pertinentes et celles qui ne le sont pas constitue un travail invisible, effectué souvent hors du site, et chronophage¹⁸³². Le temps de travail n'est plus nécessairement attaché à une société « taylorienne » qui mesure tout. Inutile de venir à 9 heures le lundi matin, ou de rester le vendredi jusqu'à 18 heures si c'est pour se connecter à Facebook ou envoyer des mails à ses collègues. Inversement, les salariés ne cessent pas de travailler lorsqu'ils rentrent chez eux. Contrairement à ce que certains peuvent penser, un professeur ne cesse pas son travail après avoir quitté ses élèves, pas plus que le community manager en veille permanente... sans parler de ces salariés qui préparent le dimanche matin leur réunion du lundi depuis leur canapé.

633. **Problématique** - Les frontières floues entre travail et non travail et l'engagement subjectif du cerveau d'œuvre soulèvent des questions quant à la mesure de la charge de travail et du temps professionnel. Le temps professionnel est entendu ici comme le temps effectivement consacré au travail dans le cadre de l'horaire collectif ou au-delà des heures contractuelles. « Le temps n'est plus un étalon général du travail (...) les nouveaux modes de production ont modifié le rapport au temps. Celui-ci, servant de moins en moins à mesurer le travail, se dilue dans des notions, performances ou

¹⁸³⁰ I. de Launay-Gallot, « Il y a travail effectif lorsque le salarié reste en permanence à la disposition de l'employeur », *op. cit.*, p. 375.

¹⁸³¹ Selon une étude publiée en 2010, un cadre recevrait en moyenne 72 mails par jour. Sur une journée de dix heures, cela fait plus de sept emails par heure, et donc plus d'un email reçu toutes les dix minutes. *L'infobésité, un vrai fléau dans l'entreprise*, http://www.huffingtonpost.fr/2012/08/31/surcharge-trop-plein-emails-souffrance-travail_n_1845694.html, consulté le 3 novembre 2014.

¹⁸³² B. Sarazin, « Nouvelles organisations : les temps changent », *op. cit.*, p. 6.

résultats, plus difficiles à maîtriser »¹⁸³³. La question du temps est souvent construite comme un élément de comparaison entre le monde du travail « traditionnel », régi par des horaires et perçu comme rigide, et le télétravailleur. Mais cette image est fautive. Le télétravailleur est astreint, juridiquement en tout cas, aux mêmes horaires de travail que le salarié posté en usine.

634. **Le travail par débordement** - Suivant les résultats de l'enquête sur les changements organisationnels et l'informatisation (COI)¹⁸³⁴, les salariés utilisant l'informatique connectée sont beaucoup plus soumis à ces débordements contrairement aux utilisateurs peu ou pas connectés. On constate que la faiblesse de l'équipement informatique des entreprises protège les salariés d'une extension des horaires de travail au-delà de l'horaire habituel, et a contrario que certains usages numériques sont associés aux horaires atypiques, notamment le travail collaboratif. Les utilisateurs de technologies connectées déclarent plus souvent travailler dans plusieurs endroits et notamment emporter du travail chez eux, et dépasser ainsi leurs horaires de travail. Ce sont donc ces utilisateurs qui voient les frontières de l'espace et du temps de travail se redéfinir. Pour eux, le brouillage des sphères privées et professionnelles est réel. Ce rôle de l'usage des TIC connectées est à relier au fait que les activités de lecture et d'écriture (courrier, recherche d'informations, relecture, correction ou rédaction de documents...) peuvent se pratiquer en mobilité. Les portes de l'entreprise sont toujours ouvertes dans le cyber espace.

635. **Heures de présence responsable** – *A priori*, la situation des employés de maison n'a pas grand-chose à voir avec celle des salariés numériques. Toutefois, « sans prétendre à l'exhaustivité, il semble intéressant d'examiner l'encadrement légal de ces autres catégories d'emplois qui se fondent pareillement sur une relation fortement interpersonnelle et qui peuvent conjointement imposer une continuité, une permanence ou une proximité de l'activité professionnelle avec la vie privée »¹⁸³⁵. Comme pour le travailleur numérique, la détermination précise de la durée de travail est problématique, en raison notamment de la proximité ou de la confusion du temps professionnel et du temps personnel. Il convient de relever que pour cette catégorie d'emplois, les

¹⁸³³ G. Gélinau-Larrivet, « Le temps et le droit du travail, brefs propos introductifs », *op. cit.*, p. 238.

¹⁸³⁴ N. Greenan, S. Hamon-Cholet, F. Moatty et J. Rosanvallon, *TIC et conditions de travail. Les enseignements de l'enquête COI*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁸³⁵ F. Héas, « La durée du travail dans les lieux de vie et d'accueil », *op. cit.*, p. 53.

dispositions du Code du travail relatives à la durée du travail et à la définition du travail effectif sont exclues, dès lors que l'employeur est soumis à la convention collective nationale de travail des employés de maison. La durée de travail hebdomadaire est ainsi de 40 heures. Un salarié engagé à temps plein peut accomplir jusqu'à 174 heures par mois. Par ailleurs, lorsque l'emploi présente un caractère familial et implique une prise en charge auprès d'un enfant ou d'une personne âgée, handicapée ou dépendante, des heures de présence responsable peuvent s'ajouter aux heures de travail effectif ; ce temps n'est pas décompté comme des heures normales de travail, car le salarié peut l'utiliser simultanément pour lui-même (lire, se reposer, etc.), tout en étant en aptitude d'intervenir si besoin.

636. **Un droit flexible** - Ce rapide examen, bien que sans rapport apparent avec les nouvelles technologies permet de constater qu'il existe d'autres types d'emplois qui peuvent impliquer également une « continuité/discontinuité de l'activité professionnelle et/ou à l'occasion desquels le travail peut s'exercer en proximité de la vie privée ou de temps personnels. Pour autant, les règles juridiques régissant ces activités diverses et variées à fort intuitu personae ne sont pas identiques. Un premier commentaire serait de considérer que l'application du droit du travail peut dès lors être à géométrie variable. Il demeure cependant que toute relation de travail est soumise au respect de principes, notamment en matière de réglementation de la durée »¹⁸³⁶.

637. **Prendre en compte la sphère privée** - S'il y a crise de notre droit, c'est probablement dans son inaptitude à gérer des relations complexes sur un mode qui n'est pas approprié : celui d'un paradigme de la simplicité ou de l'uniformité. « Comment la complexité, inhérente aux relations sociales et économiques, ne le serait-elle pas aux relations juridiques, liées de si près à tous les facteurs qui influent sur la vie sociale et économique dont le Droit est censé assurer, pour une bonne part, la régulation ? Le développement récent des technologies de l'information, la mondialisation de l'économie, l'accélération des mutations culturelles concourent à amplifier ce phénomène de complexité. Le législateur, le magistrat, les professionnels du Droit, souvent, ne savent plus, aujourd'hui, comment répondre aux demandes de régulation devant des situations de plus en plus inintelligibles selon les paramètres

¹⁸³⁶ F. Héas, « La durée du travail dans les lieux de vie et d'accueil », *op. cit.*

traditionnels »¹⁸³⁷. Dans les faits, appliquer les mêmes normes dans l'usine digitale que dans l'usine « traditionnelle » crée une inégalité de traitement : il n'est pas possible de protéger le salarié sans prendre en compte l'écosystème dans lequel il travaille. S'agissant du cerveau d'œuvre, on ne peut pas extraire sa vie privée de la sphère travail si on souhaite prendre en compte toute la dimension de son travail.

638. Évaluer l'assiduité à distance - A l'instar du décret du 20 août 2014 relatif aux formations ouvertes ou à distance¹⁸³⁸, on peut évaluer l'assiduité¹⁸³⁹ des salariés, plutôt que de contrôler leur présence effective dans un lieu précis, à une heure précise. Ce décret spécifie les justificatifs à prendre en compte pour établir l'assiduité d'une personne lors d'une formation à distance. Il relève notamment les « évaluations spécifiques » ou encore « réalisation des travaux exigés ». Si l'assiduité du stagiaire contribue à justifier de l'exécution de l'action de formation, l'assiduité du salarié pourrait également permettre de justifier l'exécution d'un travail.

c. L'obligation de résultat

639. La dimension exploratoire du travail - Le travail, et particulièrement le travail intellectuel, de création, s'envisage dans une dimension exploratoire. A la logique conventionnelle, rationnelle, planifiée et mécanique s'oppose ici la capacité de créer, d'imaginer, d'apprendre et de s'adapter. Les initiatives se transforment au fur et à mesure suivant une expérience chaotique, ambiguë et parfois confuse qui permet de dégager des possibles inédits et inattendus. Aux compétences techniques nécessaires à la conduite d'une initiative viennent s'ajouter des compétences sociales tel que le travail en réseau, la sérendipité ou encore la débrouille¹⁸⁴⁰. « On comprend ainsi pourquoi les notions de planification, de répartition stable du travail, de mesure, de contrôle risquent de se vider de leur sens, voire de devenir contre performantes »¹⁸⁴¹. Dans une économie du temps fluctuant, il s'agit d'évoluer en permanence et de réajuster les projets en fonction des objectifs fixés.

¹⁸³⁷ A.-J. Arnaud, « Modélisation de la décision complexe en droit », *Cahiers du CIRESS*, n° 2, décembre 1996, p. 7.

¹⁸³⁸ « Décret n° 2014-935 du 20 août 2014 relatif aux formations ouvertes ou à distance » (JO n°0193, 22 août 2014).

¹⁸³⁹ Exactitude à se trouver là où on est appelé par ses fonctions ou ses obligations ; application constante à un travail, une action. www.larousse.fr

¹⁸⁴⁰ *Le manifeste des Tiers Lieux*, http://movilab.org/index.php?title=Le_manifeste_des_Tiers_Lieux.

¹⁸⁴¹ O. Charbonnier et S. Enlart, *A quoi ressemblera le travail demain ?*, *op. cit.*, p. 154.

640. **Responsable de son temps** - Ici apparaît conjointement une autre notion centrale, à savoir celle de responsabilité. Cette notion juridique demande d'ailleurs à être redéfinie. « Trop souvent associée à l'idée de pesant fardeau, elle peine à se déployer afin de donner à voir son autre dimension qui est celle de l'épanouissement personnel au travers de contraintes librement acceptées »¹⁸⁴². Le salarié acquière en responsabilité pour permettre au contrôle de s'auto-administrer¹⁸⁴³.

641. **Le temps de la confiance** - Les solutions numériques et organisationnelles doivent aller de pair. Surtout, elles doivent composer avec des contextes individuels, collectifs et organisationnels. Certains auteurs tels que Jean-Emmanuel Ray¹⁸⁴⁴ font alors valoir la confiance entre employeur et salarié. En effet, la culture digitale se base sur un rapport à la confiance¹⁸⁴⁵. Face à la porosité des temps il apparaît nécessaire de faire confiance aux employés. Dans un arrêt du 10 février 1993¹⁸⁴⁶, une salariée demande l'autorisation de prendre son travail à 9 h au lieu de 8 h 30, en récupérant cette demi-heure à l'heure du déjeuner, dans l'attente de trouver une personne pour accompagner son fils âgé de 4 ans à l'école. L'employeur refuse. La Cour de cassation approuve l'arrêt de la cour d'appel retenant l'abus de droit. Le changement d'horaires momentané, sollicité par la salariée pour un motif légitime, ne causait aucun préjudice à l'employeur et avait été refusé par lui sans motif.

642. **Abolir les horaires de travail** – En 1930, l'économiste anglais John Maynard Keynes prédisait dans un essai qu'un siècle plus tard, on pourrait se contenter de travailler 15 heures par semaine, et que le principal problème résiderait dans la répartition du travail¹⁸⁴⁷. Ce qui n'était qu'une fiction devient aujourd'hui une réalité¹⁸⁴⁸. « Faites ce que vous voulez tant que vous remplissez vos objectifs ». « *ROWE* », acronyme de l'expression anglaise « *results only work environment* », se traduit par

¹⁸⁴² J.-J. Putallaz, *Les Temps verticaux*, Sion., 1997, p. 41.

¹⁸⁴³ O. Charbonnier et S. Enlart, *A quoi ressemblera le travail demain ?*, op. cit., p. 154.

¹⁸⁴⁴ J.-E. Ray, « Le droit du travail à l'épreuve des NTIC », *Liaisons sociales*, 2001, p. 62.

¹⁸⁴⁵ A. Poncier, *Les entreprises tuent-elles la culture digitale ?*, <http://pro.01net.com/editorial/625880/les-entreprises-tuent-elles-la-culture-digitale/>, consulté le 4 septembre 2014.

¹⁸⁴⁶ Cass. Soc. 10 fév. 1993, pourvoi n°91-40.569, inédit, D. 1993. p. 255, obs. A. Bouilloux.

¹⁸⁴⁷ J.M. Keynes, « Economic Possibilities for Our Grandchildren », dans *Essays in Persuasion*, New York, W.W.Norton & Co., 1963, p. 358-373.

¹⁸⁴⁸ *Pourquoi le travail et l'emploi vont disparaître*, <http://www.lefigaro.fr/emploi/2014/01/15/09005-20140115ARTFIG00399-pourquoi-le-travail-et-l-emploi-vont-disparaitre.php>, consulté le 22 juillet 2014.

un « environnement de travail prenant en compte les seuls résultats »¹⁸⁴⁹. Chaque personne est libre de faire ce qu'elle veut, quand elle le veut, du moment que le travail est fait. La mise en place des congés illimités est donc une réponse à cette flexibilité du travail. Elle s'étend à de plus en plus de structures dans les pays anglo-saxons (*Netflix, Evernote, Foursquare, Tumblr* ou encore *Virgin*)¹⁸⁵⁰. A l'heure actuelle, rien n'interdit formellement de mettre en place un système de congés illimités dans les entreprises françaises. Pour autant, ce dispositif apparaît en totale contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation puisqu'« il appartient à l'employeur de prendre les mesures propres à assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé, et, en cas de contestation, de justifier qu'il a accompli à cette fin les diligences qui lui incombent légalement »¹⁸⁵¹. Par ailleurs, certains travailleurs, en voyant leurs collègues s'absenter plus souvent qu'eux, pourraient notamment reprocher à l'employeur un traitement discriminatoire. Les différences de traitement entre travailleurs ne sont en effet autorisées que « lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée »¹⁸⁵².

643. Évaluer le travail fourni – Si on supprimait le temps de travail effectif comment évaluer le travail effectivement réalisé ? « Une nouvelle tendance est apparue et elle consiste pour l'employeur, à évaluer la quantité et la qualité du travail de ses salariés, non plus en fonction du nombre de réalisations effectuées durant une période déterminée, mais au vue de l'obtention d'un résultat fixé à l'avance à une échéance précise »¹⁸⁵³. Pour pallier la notion de temps de travail effectif, difficilement appréciable car quantitative, dans un espace-temps numérique pluriel, on note ainsi l'apparition de clauses d'objectif, de performance ou de résultat qui fixent des buts ou des quotas à atteindre¹⁸⁵⁴. Ainsi, « la traditionnelle obligation de moyen découlant du lien de subordination issue du contrat de travail se nove lentement en une obligation de résultat, caractéristique du travail indépendant »¹⁸⁵⁵. « La détermination de la charge de travail a été une prérogative absolue de l'employeur, au centre du pouvoir patronal, encadrée

¹⁸⁴⁹ L. Guilbert et A. Lancry, *Les activités, temps et lieux de vie des cadres : Un système de déterminants individuels, contextuels et technologiques*, 2005, p. 9.

¹⁸⁵⁰ M. Barabel et O. Meier, *Manageor : Les nouvelles pratiques du management*, Dunod, 2015, p. 406.

¹⁸⁵¹ *Cass. soc.*, 13 juin 2012, pourvoi n°11-10.929, *Bull. civ.*, V, n°187.

¹⁸⁵² C. trav. art. L. 1133-1.

¹⁸⁵³ M. Delawari et C. Landat, « Les enjeux de la relation salariale au regard du développement du réseau Internet », *op. cit.*, p. 44.

¹⁸⁵⁴ G. Gélinau-Larrivet, « Le temps et le droit du travail, brefs propos introductifs », *op. cit.*, p. 238.

¹⁸⁵⁵ M. Delawari et C. Landat, « Les enjeux de la relation salariale au regard du développement du réseau Internet », *op. cit.*, p. 44.

seulement par l'obligation de respecter la qualification contractuelle du salarié. Les exigences d'organisation de l'entreprise et le pouvoir de direction de l'employeur ont également toujours justifié que l'organigramme de l'entreprise soit établi par l'employeur, et, en conséquence, que les charges de travail, qui découlent des fonctions des salariés et de leur place dans l'entreprise, soient le fruit d'une décision de l'employeur. Par ailleurs, les salariés bénéficiaient de garde-fou contre des charges excessives de travail dans les dispositions impératives relatives à la durée maximale journalière et hebdomadaire de travail »¹⁸⁵⁶.

644. Évaluation des compétences en continu - S'il existe, en France, un droit à l'« entretien professionnel» pour fixer notamment des besoins et offres de formation, rien ne pousse à ce que ce droit soit obligatoirement exercé physiquement, il peut très bien se faire à distance grâce à un tableau de bord. De grandes entreprises comme Microsoft ou Google, ont d'ores et déjà mis fin à l'exercice l'entretien d'évaluation¹⁸⁵⁷. L'évaluation permanente est rendue plus aisée par des tableaux de bord automatisés ou par la simple prise en compte de la performance objective. Avec le « digital », une nouvelle conception de la définition et de l'évaluation de la compétence apparaît. La compétence, évaluée en temps réel et non plus à l'occasion de processus d'entretiens annuels, est une donnée vivante. Elle évolue au même rythme que l'organisation, au fil des expériences, des missions, des projets des collaborateurs. Concrètement, les applications digitales permettent d'évaluer une compétence ou la progression sur une expertise à tout moment, comme un « tag ». Il y a deux évolutions parallèles. D'une part, la possibilité, pour le collaborateur, de pouvoir auto-déclarer des compétences au jour le jour. D'autre part, le partage de la gestion des compétences entre collaborateurs, au sein d'une équipe, comme un 360° géant. Cette évaluation est collaborative. Elle peut être soumise à la validation de la communauté professionnelle interne, à travers des réseaux sociaux internes. En externe, ce principe est proposé par la plupart des réseaux sociaux professionnels ; sous le nom « d'endorsement » ou « d'approbation ».

645. Conclusion section - Vers l'entreprise physiquement libérée – En définitive, les nouvelles technologies de l'information et de la communication rendent possible ce qui hier ne l'était pas en donnant aux employés la complète responsabilité de décider ce

¹⁸⁵⁶ M.-A. Moreau, « Temps de travail et charge de travail », *op. cit.*, p. 263.

¹⁸⁵⁷ J.-M. Rolland, *Manager les e-comportements : Technopathe, technophile, technophobe... comment motiver les collaborateurs 2.0*, Editions Eyrolles, 2013, p. 161.

qu'ils jugent pertinent pour effectuer leur travail¹⁸⁵⁸. « La porosité des temps est non seulement une réalité mais une nécessité. L'acceptation du fait que le salarié reste une personne qui ne se découpe pas entre son temps de travail et son temps personnel est l'une des mutations les plus importantes que les entreprises ont dû admettre au cours des dix dernières années »¹⁸⁵⁹. Le travail dans la société de l'information doit devenir plus autonome, faire appel à la créativité, développer les compétences, et, mieux s'harmoniser avec les horaires familiaux. On ne peut plus réduire le travail aux heures de bureau considérées comme travaillées parce que le salarié est à la « disposition » de l'employeur, et supposer que le reste du temps non est travaillé parce que le salarié peut « vaquer librement à des occupations personnelles »¹⁸⁶⁰. Désormais l'époque où l'entrée dans l'entreprise marquait une rupture pour le salarié est révolue : ses murs sont tombés, le travail lorsqu'il est numérique peut être mobile et flexible. La traduction juridique de cette faculté fait toutefois défaut ce qui engendre de nombreux conflits dans les relations de travail. Il convient d'inventer de nouveaux dispositifs pour encadrer les dérives potentielles en individualisant les règles sans perdre la protection collective du droit du travail. « Les besoins des salariés sont différents et la notion de confort individuel est devenue très importante. Pour certains, le confort, c'est aussi de pouvoir lire les mails le dimanche soir pour pouvoir préparer la matinée du lundi »¹⁸⁶¹. La tendance à l'individualisation peut être analysé comme « la chance d'un desserrement des contraintes que le groupe exerce sur l'individu, autrement dit un facteur de libération et de responsabilisation »¹⁸⁶².

Section 2 La santé dans l'environnement numérique

646. **L'Homo numericus** - Pour l'anthropologue américaine Amber Case, la technologie nous fait évoluer. Nous devenons un nouveau genre d'*Homo sapiens*, fixés devant nos écrans et cliquant sur des boutons en tous genres¹⁸⁶³. Nous dépendons

¹⁸⁵⁸ *Le bonheur au travail*, <http://www.franceculture.fr/evenement-le-bonheur-au-travail>, consulté le 24 février 2015.

¹⁸⁵⁹ J.-C. Sciberras, « Temps de travail et qualité de vie au travail », *op. cit.*

¹⁸⁶⁰ C. trav. art. L. 3121-1 : « La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ».

¹⁸⁶¹ T. Lissitzky, *Harcèlement numérique : le droit à la déconnexion*, <http://www.changerletravail.fr/harcèlement-numérique-droit-a-la-deconnexion>.

¹⁸⁶² A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail », *Dr. soc.*, n° 6, juin 1990, p. 490.

¹⁸⁶³ A. Case, *Future of the Interface and The Internet of Things*, <http://www.youtube.com/watch?v=1G0RuobWoDU>, consulté le 22 janvier 2015.

désormais de « cerveaux externes » : les téléphones mobiles et les ordinateurs pour communiquer, garder en mémoire, et même vivre au quotidien¹⁸⁶⁴. « Nombre de travaux universitaires et de discours soutiennent, avec de bons arguments, que *Homo sapiens* est devenu *Homo urbanus* et, dans une certaine mesure, *Homo mobilis* »¹⁸⁶⁵. Il s'agit désormais de penser à l'*Homo labor*¹⁸⁶⁶.

647. **Le droit à la santé au travail** - Le droit du travail procède d'une question : « comment assurer la sécurité physique d'individus assujettis aux contraintes de la production ? (...) Cette idée de sécurité physique a été, et demeure, au cœur du droit du travail. C'est elle qui apparaît à l'origine historique de tous les droits du travail européens »¹⁸⁶⁷. Elle s'étend à toutes les règles qui concernent la santé et en particulier celles relatives à la limitation et à l'aménagement du temps de travail. Le numérique, parce qu'il conduit à la mise en données et à la mise en réseau du monde, met en question les droits fondamentaux¹⁸⁶⁸, mais fragilise-t-il pour autant le droit à la santé sécurité du travailleur ?

648. **Déferlante numérique** - Dans un environnement économique marqué par une succession de transformations, technologiques, managériales et organisationnelles, il ne s'agit pas de renoncer à notre « modèle social », mais de comprendre pourquoi celui-ci n'apporte plus les protections adéquates et comment le refonder, en prenant en compte l'aspiration des individus à un travail épanouissant et adapté à leurs choix de vie. En effet, si les nouvelles technologies dans la sphère travail se traduisent le plus souvent par des conditions matérielles de travail plus favorables pour les salariés, avec moins d'exposition physique aux risques, elles peuvent aussi comporter de nouveaux risques (I). Ces nouvelles technologies, tout en ayant des répercussions sur la notion de qualité de vie et du bien-être au travail, remettent peu à peu en cause certaines notions du droit de la santé au travail comme celles du temps de repos et du poste de travail, dont les frontières de plus en plus poreuses apparaissent en décalage avec la réalité des comportements numériques (II).

¹⁸⁶⁴ A. Case, *Nous sommes tous des cyborgs aujourd'hui*, http://www.ted.com/talks/amber_case_we_are_all_cyborgs_now?language=fr, consulté le 22 janvier 2015.

¹⁸⁶⁵ J. Damon, *La démobilité : travailler, vivre autrement*, Fondapol, 2013, p. 32.

¹⁸⁶⁶ P. Audic, *Mutations sociétales : la transitions numériques*, Conseil économiques social et environnemental des Pays de Loire, 2013, p. 4.

¹⁸⁶⁷ A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail », *op. cit.*, p. 487.

¹⁸⁶⁸ *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 110.

I. Le numérique facteur de risques pour la santé

649. **Nouveaux outils** – Quels sont les impacts des pratiques numériques ? « L'extension permanente des possibilités offertes par le numérique présente autant d'opportunités, qu'il serait regrettable de ne pas saisir, que de risques, qu'il faut impérativement prendre en compte »¹⁸⁶⁹. Ordinateurs portables, téléphones mobiles, messagerie électronique... si ces outils facilitent le quotidien, ces technologies sont également perçues comme génératrices d'une charge de stress supplémentaire. Selon une enquête réalisée par Technologia, 40,8% des salariés interrogés auraient par exemple des difficultés à décrocher de leur travail¹⁸⁷⁰. « Le travail en devenant plus cérébral nécessite plus d'abstraction et de compétences sociocognitives pour communiquer, travailler en équipe, travailler à distance, synthétiser et structurer l'information »¹⁸⁷¹. Les technologies de l'information et de la communication ont provoqué un phénomène d'accélération du temps, déstabilisant de nombreux salariés¹⁸⁷².

650. **Nouveaux enjeux** – Certes ces nouveaux risques existaient parfois bien avant l'apparition des technologies de l'information et de la communication, mais ils révèlent aujourd'hui leur existence et leur potentiel néfaste. L'essor des outils numériques a eu un profond retentissement sur les organisations du travail, contribuant à leur rationalisation, leur complexification et leurs changements incessants. À cela s'ajoute le brouillage des frontières spatiales et temporelles entre travail et hors-travail qui remettent en cause les temps traditionnels de repos et interrogent le droit de la santé au travail. Aujourd'hui, la réglementation est quasiment inexistante pour aborder les risques parmi lesquels les troubles musculo-squelettiques, responsables de la première cause de maladie professionnelles en France et les risques psychosociaux, plus difficiles à appréhender, mais dont personne ne conteste plus la prégnance (A). Ces risques se caractérisent par leur plurifactorialité et leur porosité avec la sphère extraprofessionnelle (B), ce qui complexifie la tâche du législateur et des organisations¹⁸⁷³.

¹⁸⁶⁹ D. Ratier, « Quand le numérique redéfinit les frontières du travail », *Réalité Prévention, la lettre de l'INRS*, n° 41, décembre 2013, p. 2.

¹⁸⁷⁰ *Les effets du travail sur la vie privée, op. cit.*, p. 33.

¹⁸⁷¹ « Le travail à l'heure numérique », dans *La société numérique*, La Documentation française, coll. « Cahiers français », n° 372, 2013, p. 27.

¹⁸⁷² Cette évolution est confirmée par une étude réalisée en 2012 par OpinionWay pour la CFE-CGC : 84% des cadres considèrent que des outils tels que les ordinateurs portables, les téléphones mobiles ou encore les messageries électroniques « imposent des délais de réponse toujours plus courts », 79% qu'ils augmentent le volume d'informations à traiter et 67% qu'ils « ne permettent plus de différencier clairement les temps de vie professionnelle et personnelle ». « Baromètre stress, conditions de travail et « qualité de vie au travail », CFE-CGC / OpinionWay (septembre 2012) ».

¹⁸⁷³ H. Lanouzière et J.-D. Combexelle, *Prévenir la santé et la sécurité au travail : Démarche générale, lieux et équipements*, Rueil-Malmaison, Sa Lamy, 2012, vol.1, p. 50 - 51.

A. Les effets sur la santé

651. **Effets directs et indirects** - S'agissant des expositions directes sur la santé, les TIC mobiles renouvellent la question des risques ergonomiques et physiques (1). L'usage intensif de l'outil informatique crée de nouveaux troubles : fatigue visuelle, douleurs dorsales liées à une mauvaise ergonomie au travail, etc. Plus largement, si l'on considère les effets indirects, les TIC mobiles semblent avoir un rôle spécifique dans l'exposition au stress et dans l'accroissement de la fatigue mentale (2).

1) Les effets directs sur la santé

652. Les troubles musculosquelettiques (TMS) s'imposent comme une préoccupation majeure de santé au travail avec le développement du travail sur écran (a). Les ondes créées par les nouveaux outils interrogent également (b).

a. Les troubles musculo-squelettiques

653. **Le développement du travail sur écran** - Le travail sur écran s'est considérablement développé et concerne de plus en plus de métiers à mesure que les activités se dématérialisent. Or l'activité visuelle concentrée sur un écran plusieurs heures au cours de la journée peut entraîner une fatigue visuelle caractérisée par des maux de tête, des picotements, des rougeurs et une lourdeur des globes oculaires, ainsi qu'un assèchement de l'œil dû à une forte sollicitation de la vue. Cette fatigue est intensifiée par le manque de confort ergonomique du poste de travail (reflets d'écran, mauvaise posture, longue durée d'exposition...). Le travail sur écran peut également entraîner des troubles musculo-squelettiques (TMS) provoqués par une posture statique pendant plusieurs heures, souvent mauvaise. Ils sont localisés au niveau des poignets, de la nuque, des épaules et de la région lombaire¹⁸⁷⁴.

¹⁸⁷⁴ TMS : les maux de l'informatique, <http://www.generation-nt.com/tms-maladie-professionnelle-travail-sur-ecran-trouble-musculo-squelettique-article-46657-2.html>, consulté le 17 mars 2015.

654. **Les troubles musculo-squelettiques** - Les TMS moins visibles que les accidents du travail, représentent la première cause de maladie professionnelle reconnue et leur nombre ne cesse de s'accroître¹⁸⁷⁵. Ils sont à l'origine de déficits fonctionnels gênant l'activité professionnelle. Ils constituent donc un fardeau pour la société, à la fois parce que ce sont les maladies professionnelles les plus fréquentes, mais aussi parce qu'ils sont à l'origine d'un important absentéisme et donc d'une perte d'efficacité pour l'entreprise. Les troubles musculo-squelettiques sont à la fois couverts par le tableau n°57 du régime général « affections périarticulaires provoquées par certains gestes et postures de travail », le tableau n° 97 du régime général « affections chroniques du rachis lombaire provoquées par des vibrations de basses et moyennes fréquences transmises au corps entier » et le tableau n° 98 du régime général « affections chroniques du rachis lombaire provoquées par la manutention de charges lourdes »¹⁸⁷⁶.

655. **Protection européenne** - Afin de protéger les travailleurs sur écrans, la Cour de justice de l'Union Européenne précise que « l'objectif de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs impose que soient visés tous les types d'images visualisées sur un écran »¹⁸⁷⁷. La directive Européenne 90/270/CE¹⁸⁷⁸ prévoit les exigences minimales en termes de sécurité et de santé au poste de travail sur écran de visualisation. Afin d'assurer la santé et la sécurité des travailleurs, les employeurs ont l'obligation de : procéder à une évaluation des postes de travail et de les adapter aux dispositions de la directive, informer, consulter et former les travailleurs concernant toutes les mesures liées à leur sécurité et à leur santé. De plus, l'activité quotidienne des travailleurs qui utilisent des écrans de visualisation doit être interrompue par des pauses ou par des changements d'activité. Enfin, un examen des yeux et de la vue des travailleurs doit être conduit avant le début de leur travail sur écran, puis de façon régulière au cours de leur activité et si des troubles visuels apparaissent. En cas de besoin, les travailleurs doivent recevoir des dispositifs de correction spéciaux sans devoir payer de frais. Le Code du travail, dans ses articles R. 4542-1 à R. 4542-19, met en pratique les règles européennes de prévention des risques liés au travail sur des postes munis d'écrans. Ces articles définissent les exigences d'ergonomie pour l'organisation temporelle du travail, le

¹⁸⁷⁵ *Les chiffres-clés et statistiques*, <http://www.travailler-mieux.gouv.fr/Les-chiffres-Cles-et-Statistiques.html>, consulté le 17 mars 2015.

¹⁸⁷⁶ « Guide pour les comités régionaux de reconnaissance des maladies professionnelles institués par la loi 93-121 du 27 janvier 1993 », *Références en santé du travail*, INRS, n° 137, mars 2014, p. 107.

¹⁸⁷⁷ *CJCE*, 6 juil. 2000, *aff. C-11/99*, *Rec. CJCE 2000, I*, p. 5589.

¹⁸⁷⁸ « Directive 90/270/CEE du Conseil, du 29 mai 1990, concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives au travail sur des équipements à écran de visualisation » (JOCE, L 156, 21 juin 1990).

logiciel, l'affichage, le clavier, la table et les équipements de bureau. La circulaire DRT n°91-18 du 4 novembre 1991 a apporté des précisions sur ces dispositions (notamment temps de pause, conditions d'ambiance, caractéristiques de l'équipement, etc.). Ces dispositions s'appliquent aux travailleurs qui utilisent de façon habituelle et pendant une partie non négligeable du temps de travail des équipements de travail comportant des écrans de visualisation.

656. Interruptions périodiques du travail sur écran - Après analyse des conditions de travail et évaluation des risques de tous les postes comportant un écran de visualisation, l'employeur prend les mesures appropriées pour remédier aux risques constatés¹⁸⁷⁹. Suivant les recommandations de l'INRS : « devant un terminal d'ordinateur, la réduction de la fatigue et de l'inconfort dépend de la manière dont l'opérateur ajuste le poste de travail, règle l'écran, adapte l'éclairage. Elle dépend aussi de sa façon de travailler et de sa vue »¹⁸⁸⁰. Il est ainsi recommandé de faire une pause ou bien d'alterner les activités sur écran avec d'autres tâches qui ne font pas appel à un écran. L'employeur organise l'activité du travailleur de telle sorte que son temps quotidien de travail sur écran soit périodiquement interrompu par des pauses ou par des changements d'activité réduisant la charge de travail sur écran¹⁸⁸¹. Par changement d'activité il faut entendre l'alternance du travail sur écran. En moyenne, une pause de cinq minutes toutes les heures est recommandée. L'important pendant ces pauses est de bouger afin de soulager la circulation sanguine ralentie et d'estomper la fatigue visuelle. Les temps d'attente de réponse, ou de chargement, imposant la surveillance de l'écran ne peuvent être considérés comme des pauses. La périodicité et la durée des pauses spécifiques sont déterminées dans chaque établissement en fonction de l'organisation et des caractéristiques des tâches. En pratique toutefois, il est rare que cette recommandation soit respectée dans les entreprises. Il était jusqu'à présent difficile de vérifier l'effectivité de cette mesure, mais les objets connectés, par exemple une montre ou un bureau, pourraient permettre de savoir quand le salarié change effectivement d'activité et éventuellement de l'avertir¹⁸⁸².

¹⁸⁷⁹ C. trav. art. R. 4542-3.

¹⁸⁸⁰ *Mieux vivre son écran*, Institut National de Recherche et de Sécurité, 2004, p. 7.

¹⁸⁸¹ C. trav. art. R. 4542-4.

¹⁸⁸² *Infra*. Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 1, II « Big Data, objets connectés et intelligence artificielle ».

657. **Suivi médical** – Par ailleurs, un salarié ne peut être affecté à des travaux sur écran de visualisation que s'il a fait l'objet d'un examen préalable et approprié des yeux et de la vue par le médecin du travail. Cet examen est renouvelé à intervalles réguliers et lors des visites médicales périodiques¹⁸⁸³. L'employeur doit faire examiner par le médecin du travail tout travailleur se plaignant de troubles pouvant être dus au travail sur écran de visualisation. Si les résultats des examens médicaux le rendent nécessaire, un examen ophtalmologique est pratiqué¹⁸⁸⁴.

658. **Ergonomie du matériel et immobilité physique** - En plus de son obligation de fourniture et d'entretien du matériel, l'employeur doit veiller à ce que celui-ci soit ergonomique. Cette obligation consistant à adapter le matériel, et donc le travail à l'Homme, a été posée par les textes relatifs au travail sur écran afin de garantir la santé des travailleurs. Or dans les faits, on observe un décalage croissant entre la mobilité de l'information et l'immobilité physique des salariés. Jusqu'à présent les sièges ont fait l'objet d'efforts particuliers, mais le mobilier ajustable, à la maison ou sur le lieu de travail, reste encore largement à développer en France. Alors que désormais la plupart des employés travaillent assis au moins huit heures par jour, il convient d'accorder la transformation de nos modes de travail à notre réalité biologique¹⁸⁸⁵. En effet de nombreuses études démontrent que la position assise tue plus que la cigarette en augmentant par exemple les risques de mourir d'une maladie cardiovasculaire¹⁸⁸⁶. Le législateur et les entreprises doivent prendre conscience de ce phénomène et trouver les moyens de protéger leurs travailleurs. Il s'agit d'un impératif de santé publique. Il convient par ailleurs de préciser que les écrans sont également omniprésents dans la vie personnelle des salariés, alors qu'ils étaient auparavant uniquement utilisés par certaines professions, ce qui amplifie les risques.

659. **Travailler debout, mesure d'aménagement appropriée** – Alors qu'au Danemark, près de huit bureaux sur dix seraient réglables en hauteur¹⁸⁸⁷, combien le sont en France ? Avoir accès à une table ajustable en hauteur pour travailler

¹⁸⁸³ C. trav. art. R. 4542-17.

¹⁸⁸⁴ C. trav. art. R. 4542-18.

¹⁸⁸⁵ *Travailler debout au bureau pour préserver sa santé ?*, http://www.anact.fr/web/actualite/essentiel?p_thingIdToShow=21575570, consulté le 1 avril 2015.

¹⁸⁸⁶ *New study finds that sitting for protracted periods increases the risk of diabetes, heart disease and death*, http://www.lboro.ac.uk/service/publicity/news-releases/2012/173_sedentary-research.html, consulté le 4 janvier 2015.

¹⁸⁸⁷ *La mode des bureaux assis-debout*, <http://www.e-marketing.fr/Acheteurs-Publics/Article/La-mode-des-bureaux-assis-debout-22173-1.htm>, consulté le 1 avril 2015.

debout pourrait-il devenir un droit ? C'est en tout cas l'interprétation qu'on pourrait faire d'une décision de la Cour européenne d'avril 2013 : « Les parties s'accordent sur le fait que son poste de travail est ordinaire et comporte, notamment, une table de travail ajustable en hauteur »¹⁸⁸⁸. En l'espèce, la Cour constatait que la directive s'opposait à une disposition nationale selon laquelle un employeur pouvait mettre fin au contrat de travail d'un travailleur handicapé alors que ses absences étaient la conséquence de l'omission, par l'employeur, de l'adoption de mesures d'aménagement appropriées et raisonnables, afin de permettre à la personne handicapée de travailler. En somme, il n'est pas légal d'exiger un poste de travail assis-debout, mais il est légal d'exiger de pouvoir changer de position de travail, et de travailler sur un poste adapté.

b. L'exposition aux ondes

660. **L'accroissement des radiofréquences** - La succession continue des révolutions technologiques a donné lieu à un accroissement sans précédent du nombre de radiofréquences. Elles sont ainsi utilisées dans notre quotidien pour : la télévision, la radio, la téléphonie mobile, le Wi-Fi, les montres... on pourrait multiplier leur nombre dans les prochaines années à mesure que nos objets deviennent intelligents.

661. **Principe de précaution** - Les effets sanitaires des ondes radiofréquences et de la téléphonie mobile font débat. « Bien que ces appareils aient rendu notre vie plus cossue, plus sûre et plus facile, les champs électromagnétiques qu'ils émettent suscitent certaines inquiétudes quant aux éventuels risques pour la santé pouvant en découler »¹⁸⁸⁹. Émises par les terminaux mobiles, les boîtiers Wi-Fi ou encore les antennes relais, ces ondes pourraient être nocives pour la santé et de nombreuses associations luttent pour qu'elles soient limitées. L'article L. 110-1 du Code de l'environnement définit le principe de précaution : « Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ». Bien qu'il ne soit toujours pas établi

¹⁸⁸⁸ CJUE, 15 avril 2013, aff. C-335/11 et C- 337/11.

¹⁸⁸⁹ Champs électromagnétiques et santé publique : hypersensibilité électromagnétique, <http://www.who.int/peh-emf/publications/facts/fs296/fr/>, consulté le 12 février 2015.

scientifiquement que les ondes électromagnétiques puissent présenter un danger pour la santé, les juges sont amenés à se prononcer sur des demandes visant au démantèlement d'antennes relais. Pour la première fois, le 11 août 2009, le Tribunal de grande instance de Créteil¹⁸⁹⁰ a interdit l'implantation d'antennes relais dans une grande ville (Paris) en s'appuyant sur le non-respect par l'opérateur de téléphonie mobile du principe de précaution et de son obligation de prudence. Le comportement de l'opérateur de téléphonie mobile, qui fait appel de la décision, aurait entraîné un risque pour la santé des riverains¹⁸⁹¹. Bien que la réalisation du risque soit hypothétique, les juges ont considéré, à la lecture de publications scientifiques et de la législation applicable dans d'autres pays européens, que l'incertitude sur l'innocuité des ondes électromagnétiques émises par les antennes relais pouvait être qualifiée de sérieuse et raisonnable¹⁸⁹². En cas de risque avéré pour la santé, la responsabilité des entreprises et de l'État pourrait également être engagée pour retard dans la prévention des travailleurs¹⁸⁹³. Le 29 janvier 2015, les députés ont adopté une loi visant à encadrer et à limiter l'exposition aux ondes électromagnétiques¹⁸⁹⁴. L'article 7 de cette loi prévoit notamment que dans les établissements d'accueil du jeune enfant « l'installation d'un équipement terminal fixe équipé d'un accès sans fil à internet est interdite dans les espaces dédiés à l'accueil, au repos, et aux activités des enfants de moins de trois ans ». Si au nom du principe de précaution, la France a interdit le Wi-Fi dans les crèches, il n'est pas impossible que cette interdiction s'étende un jour jusque dans les entreprises...

662. Absence d'effets prouvés - Les évolutions législatives entendent répondre aux inquiétudes de certains Français, mais sont-elles justifiées ? La plus récente expertise collective relative aux effets sanitaires des radiofréquences a été publiée en octobre 2009 par l'Agence de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail. La conclusion générale du groupe d'experts sur les effets sanitaires des radiofréquences est pour le moins réservée, malgré l'absence de troubles observés : « depuis 2005, aucun auteur n'a contesté la réalité du vécu des personnes qui attribuent leurs problèmes de santé à une exposition à des ondes radiofréquences. Mais, aucun n'a

¹⁸⁹⁰ TGI Créteil, 11 août 2009, n°09/00658.

¹⁸⁹¹ CA Versailles, 4 fév. 2009, n°08-08775.

¹⁸⁹² « Antennes relais : le point sur l'actualité récente », *LPA*, n° 245, décembre 2009, p. 6.

¹⁸⁹³ CE, 3 mars 2004, n°241150, 241151, 241152, 241153.

¹⁸⁹⁴ « Loi n° 2015-136 du 9 février 2015 relative à la sobriété, à la transparence, à l'information et à la concertation en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques » (JO, n°34, 10 février 2015).

apporté la preuve d'une relation de causalité entre cette exposition et l'EHS »¹⁸⁹⁵. Si aucune preuve scientifique ne permet de démontrer aujourd'hui que l'utilisation des téléphones mobiles présente un risque pour la santé, des interrogations subsistent sur d'éventuels effets à long terme¹⁸⁹⁶.

663. Quantifier l'exposition - En ce qui concerne l'exposition, il convient de préciser que le « Débit d'Absorption Spécifique » (DAS)¹⁸⁹⁷ des téléphones mobiles quantifie le niveau d'exposition maximal de l'utilisateur aux ondes électromagnétiques. Dans le cas des téléphones mobiles, la réglementation française impose que le DAS ne dépasse pas 2 Watt par kilogramme (W/kg) pour une exposition de la tête¹⁸⁹⁸. Une charte signée entre la Ville de Paris et les opérateurs de téléphonie mobile établit des valeurs limites d'exposition du public dans les lieux de vie en complément des valeurs réglementaires françaises applicables dans tous les lieux accessibles au public (par exemple : une toiture terrasse, un balcon)¹⁸⁹⁹. Par ailleurs, les autorités sanitaires recommandent, par précaution, de limiter son exposition aux champs électromagnétiques émis par les téléphones mobiles à travers diverses recommandations : « évitez les conversations inutiles ou trop longues, une communication prolongée augmentant également la durée de votre exposition aux radiofréquences » ; « évitez de téléphoner lors de déplacements à grande vitesse » ; « pour limiter l'exposition de la tête, vous pouvez utiliser un kit piéton »¹⁹⁰⁰. On pourrait imaginer que ce type de charte se développe dans les entreprises au regard des récentes évolutions législatives.

664. Décret du 3 août 2016 - Transposition d'une directive européenne vieille de 3 ans (2013/35/UE), le décret n° 2016-1074 du 3 août 2016 sera effectif dès le 1er janvier

¹⁸⁹⁵ *Radiofréquences*, Afsset, 2009, p. 308.

¹⁸⁹⁶ *Champs électromagnétiques et santé publique : téléphones portables*, Aide-mémoire N°193, OMS, 2014.

¹⁸⁹⁷ Afin de rendre l'accès à cette information plus facile, le Gouvernement a décidé de rendre obligatoire l'affichage du DAS des téléphones mobiles dans tous les lieux de vente (décret n°2010-1207 du 12 octobre 2010 relatif à l'affichage du débit d'absorption spécifique des équipements terminaux radioélectriques).

¹⁸⁹⁸ Les mécanismes d'action et la distribution du champ dans le corps dépendent fortement de la fréquence ou de la longueur d'onde. Les valeurs limites d'exposition du public sont définies en Europe par la recommandation européenne du 12 juillet 1999 et en France par le décret N° 2002-775 du 3 mai 2002. Les valeurs limites d'exposition professionnelles sont définies en Europe par la Directive 2013-35 du 26 juin 2013. La transposition en droit national dans les pays membres doit être effectuée au plus tard le 30 juin 2016.

¹⁸⁹⁹ Cette charte, signée en 2003 et reconduite en 2005, établit pour la téléphonie mobile et dans les lieux de vie (par exemple, une pièce d'habitation, fenêtre fermée), une valeur limite de champ de 2 V/m, exprimée en champ moyen « équivalent 900 MHz » sur 24 heures.

¹⁹⁰⁰ Ministère des Affaires sociales et de la Santé - Ministère du Redressement productif et Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, *Portail radiofréquences - santé - environnement*, <http://www.radiofrequences.gouv.fr/spip.php?article88>.

2017¹⁹⁰¹. Le décret vise à définir « les règles de prévention contre les risques pour la santé et la sécurité des travailleurs exposés aux champs électromagnétiques, notamment contre leurs effets biophysiques directs et leurs effets indirects connus ». Il vise ainsi à « améliorer la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, qui reposait jusqu'alors sur les seuls principes généraux de prévention ». Par champs électromagnétiques, le décret entend « des champs électriques statiques, des champs magnétiques statiques et des champs électriques, magnétiques et électromagnétiques variant dans le temps, dont les fréquences vont de 0 Hertz à 300 Gigahertz »¹⁹⁰². Ce sera à l'employeur lui-même d'évaluer les risques d'exposition (« valeurs d'action » et des « valeurs limites ») et de « déterminer le cas échéant les mesures et moyens de prévention », ses obligations sont décrites dans de nouveaux articles R. 4453-1 à R. 4153-22-1. Les résultats devront être mis à la disposition des salariés pour consultation et transmis au médecin du travail, au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou, à défaut, aux délégués du personnel. Les femmes enceintes sont également concernées par le décret qui prévoit : « Lorsque, dans son emploi, la femme enceinte est exposée à des champs électromagnétiques, son exposition est maintenue à un niveau aussi faible qu'il est raisonnablement possible d'atteindre en tenant compte des recommandations de bonnes pratiques existantes ».

665. L'électrohypersensibilité – Autre sujet d'inquiétude, l'hypersensibilité électromagnétique¹⁹⁰³, ou intolérance environnementale idiopathique attribuée aux champs électromagnétiques. Il s'agit d'une maladie nouvelle par laquelle une personne déclare souffrir de symptômes qui, selon elle, sont causés et aggravés par des champs ou des ondes électromagnétiques. « Elle comprend des symptômes exprimés par le système nerveux comme les maux de tête, la fatigue, le stress, les troubles du sommeil, des symptômes cutanés comme des picotements, des sensations de brûlure, des démangeaisons, des douleurs et des crampes musculaires, ainsi que beaucoup d'autres problèmes de santé. Quelles que soient les causes, la sensibilité électromagnétique est un problème invalidant pour les personnes qui en sont affectées, alors que le niveau de Champs Électromagnétique dans leur environnement n'est habituellement pas plus élevé

¹⁹⁰¹ « Décret n° 2016-1074 du 3 août 2016 relatif à la protection des travailleurs contre les risques dus aux champs électromagnétiques » (JO n°0182, 6 août 2016).

¹⁹⁰² C. trav. art. R. 4453-1, nouveau.

¹⁹⁰³ Aussi appelée EHS, son acronyme anglais.

que celui rencontré dans le cadre de vie normal »¹⁹⁰⁴. Les symptômes décrits sont reconnus comme réels, par l'OMS, sans toutefois qu'un lien de causalité avec l'exposition aux champs et ondes électromagnétiques ne soit établi. La loi du 9 février 2015¹⁹⁰⁵ a également créé au sein de l'Agence nationale des fréquences un comité national de dialogue relatif aux niveaux d'exposition du public aux champs électromagnétiques. Ce comité participe à l'information des parties prenantes sur les questions d'exposition du public aux champs électromagnétiques. Le 8 juillet 2015, le tribunal du contentieux de l'incapacité de Toulouse (TCI) a accordé une allocation pour adulte handicapé à une personne se disant électrosensible. Sur la base d'une expertise, le TCI souligne que « le syndrome d'hypersensibilité aux ondes électromagnétiques » ne fait « pas partie des données acquises, avérées, de notre système de santé français », mais reconnaît les signes cliniques comme étant « irréfutables ». Le jugement critiquable sur la forme, n'est pas déraisonnable quant au fond¹⁹⁰⁶. Cette décision circonstanciée ne fait toutefois en aucun cas jurisprudence, un appel à son encontre a d'ailleurs été formé par la Maison départementale du handicap de l'Ariège¹⁹⁰⁷.

666. Principe de réparation collective - Le danger avec les champs électromagnétiques, comme avec l'amiante, est que le risque soit potentiellement sous-estimé¹⁹⁰⁸. La dangerosité de l'amiante a été identifiée au début du XXe siècle, mais les mesures de protection et de prévention sont intervenues plus tardivement¹⁹⁰⁹. L'indemnisation des victimes de l'amiante est désormais prise en charge par un fonds d'indemnisation spécifique. Alors que les assureurs ne garantissent plus « les dommages de toute nature causés par les champs et ondes électromagnétiques »¹⁹¹⁰, le mécanisme d'indemnisation de l'amiante pourrait inspirer un nouveau type d'indemnisation des

¹⁹⁰⁴ « OMS | Champs électromagnétiques et santé publique », *op. cit.*, p. 3.

¹⁹⁰⁵ « Loi n° 2015-136 du 9 février 2015 relative à la sobriété, à la transparence, à l'information et à la concertation en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques », *op. cit.* (JO, n°34, 10 février 2015).

¹⁹⁰⁶ Le médecin expert a répondu dans une interview : « J'ai bien conscience qu'il n'y a pas de consensus scientifique sur la question. Ma position, ça a été de ne pas trancher, ni dans un sens ni dans l'autre. Car à l'heure actuelle, il n'y a pas de données acquises, avérées. Mais le handicap dont souffre [Mme X.] ne peut pas être nié. Et quand bien même il serait psychiatrique - ce que je ne crois pas - il s'agit toujours d'un handicap qui, de fait, mérite d'être pris en charge. [...] » H. Jalinière, *Electrosensibilité* : « Un handicap qui ne peut pas être nié », <http://www.sciencesetavenir.fr/sante/20150827.OBS4827/electrosensibilite-un-handicap-qui-ne-peut-pas-etre-nie.html>.

¹⁹⁰⁷ *Électrosensibilité reconnue comme handicap*, <http://www.quechoisir.org/sante-bien-etre/maladie-medecine/actualite-electrosensibilite-reconnue-comme-handicap-l-assurance-maladie-a-deja-fait-appel>, consulté le 9 septembre 2015.

¹⁹⁰⁸ *Quand le portable est comparé à l'amiante*, <http://www.leparisien.fr/societe/quand-le-portable-est-compare-a-l-amiante-27-11-2010-1167868.php>, consulté le 12 février 2015.

¹⁹⁰⁹ L'interdiction totale de tout usage de l'amiante a été adoptée en 1997 en France et confirmée au niveau européen par la directive 99/77/CE, interdisant toute extraction, fabrication, transformation de fibres d'amiante au plus tard au 1er janvier 2005.

¹⁹¹⁰ *Les assureurs n'assurent plus les dommages de toute nature causés par les champs et ondes électromagnétiques*, http://www.robinstoits.org/Les-assureurs-n-assurent-plus-les-dommages-de-toute-nature-causes-par-les-champs-et-ondes-electromagnetiques-19-02-2003_a41.html, consulté le 12 février 2015.

risques liés à notre civilisation technologique, dont la prise en charge pourrait être collective. Dans la mesure où c'est la collectivité qui bénéficie de la technologie, il n'est pas anormal qu'elle assume une partie des risques.

2) *Les effets induits sur la santé*

667. **Risques psychosociaux** – L'exigence de santé n'impose pas uniquement de prémunir le travailleur contre la réalisation des risques professionnels. Il s'agit globalement de veiller au maintien d'un bon état physiologique de l'individu, tant physique que mental. Malgré l'absence de définition universellement acquise des risques psychosociaux, il est généralement admis qu'il s'agit de risques pour la santé, mentale mais aussi physique, créés au moins en partie par le travail à travers des mécanismes sociaux et psychiques¹⁹¹¹. Les manifestations et la visibilité des risques psychosociaux se sont notamment accrues du fait de l'introduction des nouvelles technologies¹⁹¹². L'accélération de la circulation de l'information, induite par l'usage des technologies de l'information et de la communication, peut en effet renforcer la soumission du salarié au sentiment de stress¹⁹¹³. Les TIC, tout en atténuant les frontières entre temps de travail et temps libre, conduisent à passer en permanence entre une multitude de sujets et de médias de communication. « Critère du contrat de travail, le lien de subordination devient vraiment permanent ; mais il peut aussi s'agir de passion du métier, ou davantage de servitude volontaire que de travail officiellement commandé... »¹⁹¹⁴. Ces phénomènes amplifient les perturbations du monde du travail¹⁹¹⁵. La notion de risque psychosocial, non définie juridiquement, trouve cependant une traduction juridique au travers des législations sur le harcèlement moral ou sexuel au travail et des dispositions conventionnelles des accords nationaux interprofessionnels sur le stress au travail¹⁹¹⁶, d'une part, et sur le harcèlement et la violence au travail¹⁹¹⁷, d'autre part. Ce risque se

¹⁹¹¹ J. Bué, T. Coutrot, N. Guignon et N. Sandret, « Les facteurs de risques psychosociaux au travail », vol. 2-3, n° 2, 1 juin 2008, p. 45-70.

¹⁹¹² FRANCE et H. Lachmann, *Bien-être et efficacité au travail - 10 propositions pour améliorer la santé psychologique au travail*, 2010, p. 13.

¹⁹¹³ A.-C. Alibert, *Les Cadres quasi-indépendants*, op. cit., p. 189.

¹⁹¹⁴ B. Mathieu, M. Laigneau et J.-E. Ray, *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31 - Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-31/entreprise-droits-fondamentaux-et-droits-sociaux.96757.html>, consulté le 13 mars 2015.

¹⁹¹⁵ D. Ettighoffer, *Le Syndrome de Chronos, 1998*, <http://www.ettighoffer.fr/550/syndrome-de-chronos-1998>, consulté le 26 janvier 2015.

¹⁹¹⁶ « ANI, 2 juillet 2008, sur le stress au travail ».

¹⁹¹⁷ « ANI, 26 mars 2010, sur le harcèlement et la violence au travail ».

matérialise à travers de nouvelles notions telle que le stress numérique (a), l'épuisement professionnel (b) ou bien encore le harcèlement digital (c)

a. *Le stress numérique*

668. **L'ergostressie** - Le stress fait l'objet d'une définition conventionnelle depuis la conclusion de l'accord national interprofessionnel du 2 juillet 2008. Selon ce texte, « un état de stress survient lorsqu'il y a déséquilibre entre la perception qu'une personne a des contraintes que lui impose son environnement et la perception qu'elle a de ses propres ressources pour y faire face. L'individu est capable de gérer la pression à court terme mais il éprouve de grandes difficultés face à une exposition prolongée ou répétée à des pressions intenses »¹⁹¹⁸. Aujourd'hui l'utilisation des technologies de l'information et de la communication change profondément les conditions de travail et engendre un nouveau syndrome : l'« ergostressie » formé à partir du mot grec *ergon* signifiant « travail » et du mot stress¹⁹¹⁹. Il constitue comme une nouvelle manière de mesurer la tension au travail dans la société de l'information.

669. **Infobésité** - Dès 1984, Craig Brod a décrit le « technostress » comme « une maladie moderne d'adaptation due à l'incapacité à faire face aux nouvelles technologies informatiques d'une manière saine »¹⁹²⁰. Mais c'est seulement depuis 2010, lorsque le pourcentage de *smartphones* a commencé à devenir significatif, que l'on a commencé à prendre conscience du phénomène¹⁹²¹. Alors que les entreprises citent souvent les nouveaux modes de travail comme favorables au bien-être des collaborateurs, ils peuvent à l'inverse être facteur de stress du fait de la disparition des limites entre vie personnelle et vie professionnelle : connexion permanente par mail, équipement de *smartphones* qui rendent les salariés joignables 24h/24h, intrusion des outils de travail dans l'espace personnel et familial... Bien que personne n'ait décidé que la normalité était de répondre immédiatement à notre téléphone portable, la communication immédiate relève actuellement de la « normalité »¹⁹²². Un salarié peut avoir le sentiment

¹⁹¹⁸ C. Dechristé, « Stress au travail : conclusion d'un accord », *Dalloz actualité*, août 2008 (en ligne).

¹⁹¹⁹ Office québécois de la langue française, *Bibliothèque virtuelle*, <http://www.oqlf.gouv.qc.ca/ressources/bibliotheque/dictionnaires/internet/fiches/8360933.html>.

¹⁹²⁰ C. Brod, *Technostress : the human cost of the computer revolution*, Addison-Wesley, 1984.

¹⁹²¹ T. Lissitzky, « Harcèlement numérique : le droit à la déconnexion », *op. cit.*

¹⁹²² Notre relation à la technologie peut créer un sentiment d'urgence, et faire apparaître certaines normes dans notre vie comme le fait d'être joignable en permanence, ou de répondre immédiatement. *Journées mondiales sans portable : 8 arguments qui vous feront lâcher votre téléphone*, <http://www.rtl.be/videos/video/525109.aspx>, consulté le 9 septembre 2015.

de devoir se justifier de ne pas avoir répondu immédiatement à un message ou à injonction.

670. Des effets multiples - L'infobésité, ou l'explosion des volumes de données et des traitements de l'information, impacte tant la productivité du salarié que sa sociabilité et sa santé mentale. Le rapport « Usage des TIC et RSE » observe en effet, d'une part que « l'hypertrophie des flux de données a une conséquence immédiate sur les proportions de temps passé à la lecture et au traitement des données »¹⁹²³. Ainsi, le temps passé à traiter des données capte une énergie précieuse et conduit de plus au renforcement de l'individualisation du travail : « nous entrons dans une situation paradoxale où les communications interpersonnelles produisent de l'isolement ». D'autre part, une étude de 2007 montre que plus d'un salarié sur trois souffre de stress en raison du nombre trop élevé de mails qu'il reçoit sur son lieu de travail¹⁹²⁴. « Sur le plan des conditions de travail, ces évolutions ont pour conséquence une augmentation de la charge mentale. Pour certaines personnes, elles sont jugées qualifiantes et valorisantes et apportent davantage de satisfaction professionnelle, malgré les inconvénients. Pour d'autres, elles sont source de stress, de marginalisation ou d'exclusion »¹⁹²⁵. C'est là toute la difficulté de leur prise en charge.

671. Prévention des risques professionnels - Dans l'entreprise, la prévention des risques psychosociaux et du stress en particulier doit s'inscrire dans la démarche globale de prévention des risques professionnels¹⁹²⁶. Ceci découle de l'introduction en 2002 de la référence à la santé mentale dans l'article L. 4121-1 du Code du travail imposant à l'employeur de prendre « les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ». L'employeur a l'obligation de mettre en place une véritable politique de santé au travail reposant sur les neuf principes généraux de prévention formulés par l'article L. 4121-2 du Code du travail. Parmi ces principes celui de l'adaptation du travail à l'homme apparaît comme essentiel lorsque la question de l'organisation du travail est abordée : il doit conduire l'employeur à envisager en amont les effets d'une nouvelle organisation du travail sur la santé physique et mentale

¹⁹²³ *Usage des TIC et RSE*, rapport CIGREF, 2009, p. 21.

¹⁹²⁴ F. Fischer, *Rapport de mission - Éthique et Numérique : une éthique à inventer ?*, CIGREF, 2014, p. 24.

¹⁹²⁵ P. Reman, F. Ladrière et P. Feltesse, *La santé au coeur des transformations du travail*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2009, p. 34.

¹⁹²⁶ On peut établir des liens entre la santé psychique et physique, par exemple les individus exposés au stress au travail ont un risque de 23 % plus élevé que ceux qui n'y sont pas exposés de faire un infarctus. B. Choi, P. Schnall, S. Ko, M. Dobson et D. Baker, « Job strain and coronary heart disease », *The Lancet*, vol. 381, n° 9865, février 2013, p. 448.

des travailleurs et à planifier la prévention. Le chef d'entreprise ne saurait en outre se limiter à la dimension individuelle des troubles présentés par les salariés. Il doit aussi prendre en compte l'aspect collectif de l'organisation du travail car celle-ci peut engendrer potentiellement des dysfonctionnements porteurs de souffrances pour les salariés¹⁹²⁷.

672. Droit de retrait numérique - A noter également que selon l'article L. 4122-1 du Code du travail, « il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa sécurité et de sa santé ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail ». Le travailleur dispose à ce titre d'un droit qui lui donne une certaine maîtrise sur sa propre sécurité, le droit de retrait. Cette faculté lui permet de se soustraire temporairement à l'autorité de l'employeur lorsqu'il a un motif raisonnable de penser que la situation de travail présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé¹⁹²⁸. Mais ce droit est plus difficile à appréhender à l'aune des risques numériques. Peut-on se mettre en retrait numérique ? Si la jurisprudence reconnaît que des faits établis de harcèlement moral, générateurs d'un état anxieux réactionnel et médicalement constaté, justifient l'exercice du droit de retrait¹⁹²⁹, le danger pour le salarié est d'être dans l'incapacité d'établir une situation de harcèlement ou de surcharge informationnelle. Le MEDEF estime d'ailleurs que le droit de retrait n'est pas adapté à un risque psychosocial comme le stress car cette faculté a été créée pour permettre au salarié de réagir dans l'urgence, d'éviter un risque concret, évaluable et mesurable et face à des situations de risque aigu¹⁹³⁰. Faute de justifier d'un motif raisonnable de penser que sa situation de travail aurait présenté pour lui un danger grave imminent s'il avait poursuivi son travail, un salarié n'est pas fondé à se prévaloir d'un exercice légitime de son droit de retrait pour justifier d'une demande de rappel de salaire¹⁹³¹.

¹⁹²⁷ L. Milet, « Absence de mesures appropriées pour détecter, au titre des risques psychosociaux, les facteurs de stress rencontrés par les salariés », *Dr. soc.*, 2010, p. 586.

¹⁹²⁸ C. trav. art. L. 4131-1 à L. 4131-4

¹⁹²⁹ *CA de Riom*, 19 avril 2011, n° 10/01176.

¹⁹³⁰ N. Dedessus-Le-Moustier et L. Lerouge, « Une réflexion syndicale contrastée sur la prévention des risques psychosociaux », *RDT*, 2011, p. 627.

¹⁹³¹ *Cass. soc.*, 5 juil. 2011, pourvoi n°10-23.319, inédit.

b. L'épuisement professionnel

673. **Épuisement professionnel** - Selon l'OMS, l'épuisement professionnel ou *burn-out* se caractérise par « un sentiment de fatigue intense, de perte de contrôle et d'incapacité à aboutir à des résultats concrets au travail ». L'épuisement physique et émotionnel conduit au développement d'une image de soi inadéquate, d'attitudes négatives au travail avec une perte d'intérêt dans ce que l'on réalise. Contrairement à la dépression, le *burn-out* est nécessairement lié au travail et un stress chronique est toujours présent. Une charge de travail élevée est un des facteurs intervenant dans l'apparition de cette pathologie.

674. **Mauvais usage des technologies de l'information** – Le sentiment d'urgence, conséquence induite par un mauvais usage des technologies de l'information et de la communication, renforce la soumission du salarié au sentiment de stress¹⁹³². Le rapport Lachman dénonce l'utilisation parfois à mauvais escient des nouvelles technologies, qui « cannibalise » les relations humaines : « elle fragilise la frontière entre vie privée et vie professionnelle, dépersonnalise la relation de travail au profit d'échanges virtuels et accélère le rapport au temps de travail – introduisant une confusion entre ce qui est urgent et ce qui est important. En une génération, on est passé d'un collectif de travail physiquement réuni à une communauté d'individus connectés mais isolés et éloignés les uns des autres »¹⁹³³. Le rapport pointe également le développement de nouvelles formes de taylorisme dans le domaine tertiaire : « caractérisées par la standardisation et la parcellisation des tâches et des relations, elles peuvent faire perdre le sens du travail. Lorsque les méthodes de management incitent simultanément à la prise d'initiative, les salariés se trouvent en situation d'injonction paradoxale »¹⁹³⁴. Les processus et les outils informatiques doivent rester un moyen : ils ne règlent pas les enjeux humains, qui se jouent dans la proximité du management. Derrière la question du *burn-out* c'est plus largement la question de l'organisation du travail qui se dessine.

675. **L'échec de l'homogénéisation du temps** - L'informatique a perfectionné ce que permettait le chronomètre. Les nouvelles technologies permettent des mesures

¹⁹³² A.-C. Alibert, *Les Cadres quasi-indépendants*, op. cit., p. 189.

¹⁹³³ FRANCE et H. Lachmann, *Bien-être et efficacité au travail - 10 propositions pour améliorer la santé psychologique au travail*, op. cit., p. 13.

¹⁹³⁴ *Ibid.*

sophistiquées du temps dévolu à chaque tâche. Les outils enchaînent automatiquement les flux de tâches informationnelles en fonction de laps de temps prédéterminés, et envoient des signaux aux travailleurs pour qu'ils respectent les temps prévus pour chaque tâche ou chaque type de clientèle, etc. Mais cette obsession de la mesure connaît des dysfonctionnements car le travail prescrit ne correspond qu'en partie au travail réel¹⁹³⁵. La mesure et le contrôle du travail contribuent finalement au caractère stressant du travail. Il y a un phénomène d'injonction paradoxale entre la volonté de bien réaliser son travail et de respecter une contrainte horaire qui ne prend pas en compte la réalité du processus intellectuel. Le cas extrême est celui d'un salarié en congé maladie qui commet une tentative de suicide à son domicile, en raison d'un syndrome dépressif lié à une dégradation des relations de travail. Comme le souligne Patrick Morvan, « le lien d'autorité, loin de s'évanouir, accable le travailleur jusque dans sa sphère privée »¹⁹³⁶. Les premiers effets de l'intensification du travail sont physiques. Celle-ci conduit au stress, à une fatigue chronique, des absences pour maladies de longue durée, une perte de motivation au travail, un ras-le-bol permanent, une perte de confiance. L'intensification du travail est difficilement conciliable avec une bonne régulation du vieillissement de la population active ; les problèmes de santé s'aggravent et les travailleurs âgés souhaitent quitter le travail le plus tôt possible¹⁹³⁷.

676. « **Bore out** » l'hypocrisie du temps de travail contraint – En France, les témoignages de salariés « glandeurs » auteurs de best-seller *Bonjour paresse*¹⁹³⁸, *Absolument dé-bor-dée*¹⁹³⁹ ont mis en avant un phénomène en lumière. Ainsi, une heure et demie à trois heures par jour en moyenne, les employés sont au travail mais ne feraient rien, ou du moins pas ce que le droit du travail prévoit. Ils s'ennuient, mais doivent faire acte de présence¹⁹⁴⁰. Seules quelques recherches en psychosociologie se consacrent au *bore-out*, nouveau syndrome d'épuisement professionnel par l'ennui. Les professionnels de la santé au travail, comme les pouvoirs publics ne se sont pas encore emparés du sujet. « La plupart des personnes ne font que vendre leur temps de présence à l'entreprise. Cela conduit à mystifier le travail » constate Roland Paulsen. Le profil des

¹⁹³⁵ P. Vendramin et G. Valenduc, *Technologies de l'information et de la communication, emploi et qualité du travail*, op. cit., p. 52.

¹⁹³⁶ M. Patrick, *Le suicide des salariés*, <http://patrickmorvan.over-blog.com/article-6654240.html>, consulté le 9 avril 2015.

¹⁹³⁷ P. Vendramin et G. Valenduc, *Technologies de l'information et de la communication, emploi et qualité du travail*, op. cit., p. 57.

¹⁹³⁸ C. Maier, *Bonjour paresse : De l'art et la nécessité d'en faire le moins possible en entreprise*, Michalon., Paris, 2004.

¹⁹³⁹ Z. Shepard, *Absolument dé-bor-dée ! Ou le paradoxe du fonctionnaire*, Paris, Points, 2011.

¹⁹⁴⁰ « Quand dire c'est... ne pas faire ce qu'on me dit de faire ! », *Savoirs et clinique*, vol. 6, n° 1, 2005, p. 215.

personnes souffrant de *bore-out* est souvent le même : des salariés sous employés, majoritairement des femmes appartenant au secteur tertiaire, consciencieux, impliqués, diplômés du supérieur. Les conséquences sont les mêmes que pour le *burn out* : la souffrance jusqu'à la dépression grave. Le syndrome d'épuisement professionnel par l'ennui vient alors en miroir du burn out, l'épuisement par trop de travail¹⁹⁴¹. Dans « le bore-out-syndrom », Christian Bourion et Stéphane Trebucq assurent que cette « maladie honteuse d'un Occident où il n'y a plus assez de travail pour occuper les salariés, même talentueux, pendant leur temps de travail » toucherait jusqu'à 30% des salariés. L'organisation du travail « récompense la servilité plus que l'efficacité »¹⁹⁴². Ces situations ont inspiré au sociologue de l'université suédoise de Lund, Roland Paulsen, une étude sur les causes et les symptômes du « travail inoccupé », dans un livre publié aux presses universitaires de Cambridge¹⁹⁴³. Le *bore-out* surviendrait lorsque les aspirations du salarié diffèrent trop de son activité réelle. Or nous sommes dans une société qui valorise la suractivité. Celui qui au contraire n'est pas actif est « honteux » : il a la sensation de « voler » son salaire. Il devient même « coupable »¹⁹⁴⁴.

677. **Résolution du contrat** - Pour de nombreux professionnels de la santé au travail, le syndrome d'épuisement professionnel devrait être reconnu comme une maladie professionnelle. Mais, avant la reconnaissance éventuelle du *bore-out* comme maladie professionnelle, quels sont les recours pour les travailleurs ? Le salarié doit d'abord prendre rendez-vous avec le médecin du travail conformément à son obligation de prendre soin de sa santé. Il peut également adresser à l'employeur un courrier recommandé dans lequel il lui signifie qu'une situation ou son cadre de travail porte atteinte à sa santé ou bien faire constater la situation par l'inspecteur du travail afin de faire évoluer sa situation dans l'entreprise. Si malgré ses démarches, un désaccord persiste ou que le dialogue s'avère impossible, le salarié peut saisir le conseil des prud'hommes et demander la résolution judiciaire de son contrat de travail, aux torts de l'employeur. La résiliation judiciaire du contrat de travail, fondée sur les articles L. 1231-1 du Code du travail et l'article 1184 du Code civil, est une faculté offerte au salarié afin de demander au juge de prononcer aux torts de l'employeur la rupture du contrat de travail, en cas de manquement de ce dernier à ses obligations contractuelles.

¹⁹⁴¹ « Syndrome d'épuisement professionnel par l'ennui », dans *Wikipédia*, 2015, .

¹⁹⁴² C. Bourion et S. Trebucq, « Le bore-out-syndrom », *Revue internationale de psychosociologie*, Vol. XVII, n° 41, 11 avril 2011, p. 319-346.

¹⁹⁴³ R. Paulsen, *Empty Labor : Idleness and Workplace Resistance*, Cambridge University Press, 2014.

¹⁹⁴⁴ F. Baumann, *Le Bore out: Quand l'ennui au travail rend malade*, Josette Lyon, 2016, p. 44.

En effet l'employeur ne peut se libérer de l'obligation de fournir du travail, même par une stipulation contractuelle¹⁹⁴⁵. L'avantage de ce mode de rupture est que le salarié ne voit pas son contrat immédiatement rompu par l'action en justice, ce qui lui permet de garder son emploi si les griefs qu'il invoque ne sont pas établis ou suffisamment importants pour que le juge prononce la résiliation¹⁹⁴⁶.

678. Faute inexcusable de l'employeur - Le salarié a également la faculté d'invoquer la faute inexcusable de l'employeur s'il arrive à prouver que l'épuisement professionnel dont il est victime est lié à une situation dont l'employeur ne s'est pas préoccupée¹⁹⁴⁷. La définition actuelle de la faute inexcusable a été donnée par la Cour de cassation dans le cadre des arrêts du 28 février 2002, relatifs à l'indemnisation de salariés atteints de maladies professionnelles liées à l'amiante. Selon la Cour, la faute inexcusable résulte du « manquement de l'employeur à l'obligation de résultat à laquelle il est tenu en vertu du contrat de travail, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ; dès lors qu'il, avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver »¹⁹⁴⁸. La reconnaissance d'une telle faute de l'employeur permet à la victime (ou à ses ayants droit) d'obtenir une indemnisation complémentaire de son préjudice de la part des organismes de sécurité sociale sous forme d'une majoration des indemnités dues par la sécurité sociale et le versement de dommages et intérêts. Les organismes de sécurité sociale récupèrent la majoration des indemnités au moyen d'une cotisation complémentaire mise à la charge de l'employeur et bénéficient à l'encontre de ce dernier d'une action récursoire pour obtenir le remboursement des dommages et intérêts versés à la victime¹⁹⁴⁹. Dans le champ de la protection de la santé mentale, il ne fait pas de doute qu'une telle faute puisse être retenue¹⁹⁵⁰. Cette position est illustrée par un arrêt du 22 février 2007¹⁹⁵¹. Les juges du fond, qui ont retenu que l'équilibre psychologique du salarié avait été gravement compromis à la suite de la dégradation continue des relations de travail et du comportement de l'employeur, ont caractérisé le fait que celui-ci avait ou aurait dû avoir

¹⁹⁴⁵ Cass. soc., 8 mars 2012, pourvoi n°10-30.195, inédit.

¹⁹⁴⁶ Sur la notion de situation contraignante lors d'une période de grève justifiant la suspension de l'obligation de l'employeur de fournir du travail aux salariés. Cass. soc., 26 mars 2014, pourvois n°12-26.600, 12-26.602, 12-26.607, 12-26.608, 12-26.609, 12-26.610, 12-26.611, Bull. civ., V, n°84.

¹⁹⁴⁷ A. Bilheran et P. Adam, *Risques psychosociaux en entreprise*, Armand Colin, 2011, p. 92.

¹⁹⁴⁸ Cass. soc., 28 fév. 2002, pourvoi n°00-11.793, Bull. civ., V, n°81.

¹⁹⁴⁹ CSS. art. L.452-2 et s.

¹⁹⁵⁰ L. Lerouge, *La reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail*, LGDJ, 2005, p. 104.

¹⁹⁵¹ Cass. 2ème civ., 22 fév. 2007, pourvoi n°05-13.771, Bull. civ., II, n°54.

conscience du danger auquel était exposé son salarié et qu'il n'avait pas pris les mesures nécessaires, et ont pu en déduire qu'il avait commis une faute inexcusable. Il reste en pratique difficile aujourd'hui, quand on souffre de *burn-out*, d'en apporter la preuve devant le conseil de prud'hommes et de déterminer la responsabilité de son employeur.

679. **Nomenclature des maladies professionnelles** – L'épuisement professionnel ne fait pas partie de la nomenclature des maladies professionnelles¹⁹⁵². Par conséquent, c'est le régime général de la sécurité sociale qui supporte son coût en cas d'arrêt maladie et non la branche accidents du travail maladies professionnelles. Les Comités régionaux de reconnaissance des maladies professionnelles peuvent également être interrogés pour établir un lien « direct et essentiel » entre des affections d'origine psychique et le travail habituel au titre des maladies hors tableau¹⁹⁵³. Des affections d'origine psychique peuvent ainsi être liées aux conditions habituelles de travail. Il peut s'agir de troubles anxieux ou dépressifs généralisés, de troubles névrotiques liés à des facteurs de stress et troubles somatoformes, d'épuisement physique et psychique. L'existence de procédures judiciaires souvent prud'homales concernant des litiges d'ordre varié (motif de licenciement, indemnités, par exemple) est un élément parmi d'autres d'information des comités sur les conditions de travail¹⁹⁵⁴.

c. Le harcèlement digital

680. **Harcèlement moral** – Le harcèlement désigne l'action de soumettre quelqu'un ou un groupe à d'incessantes petites attaques. Le harcèlement a d'abord été défini par l'article 2 de la Directive européenne n° 2000-78 du Conseil du 27 novembre 2000 comme étant : « Une forme de discrimination (...) qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales ». Le législateur donne une définition assez proche à l'article L. 1152-1 du Code du travail : « agissements répétés [...] qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses

¹⁹⁵² D. Jourdan, P.-H. Antonmattei, A. Derue et M. Morand, *Les risques psychosociaux : identifier, prévenir, traiter*, Wolters Kluwer France, 2010, p. 118.

¹⁹⁵³ P. Zawieja, *Le burn out*, Presses Universitaires de France, coll.« Que sais-je ? », n° 4017, 2015, p. 60.

¹⁹⁵⁴ *Les maladies professionnelles. Guide d'accès aux tableaux du régime général et du régime agricole de la Sécurité sociale*, www.inrs.fr/mp.

conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ». La définition donnée par l'article L 222-33 du code pénal est sensiblement la même : « le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». Ces définitions légales visent un ensemble très entendu de manifestations et permettent ainsi d'appréhender un fait nouveau : le harcèlement en ligne.

681. **Harcèlement digital** – Le harcèlement digital s'entend de l'utilisation des outils collaboratifs, tels que des blogs ou des réseaux sociaux pour injurier, décrédibiliser, tenter d'intimider ou menacer un individu, une institution ou une entreprise. Selon l'étude « Digital Diaries »¹⁹⁵⁵ réalisée en 2013 par AVG Technologies, la moitié des adultes interrogés estime que la prolifération des médias sociaux nuit à la protection de la vie privée au travail¹⁹⁵⁶. A tel point que les actes de harcèlement en ligne semblent se multiplier, notamment aux États-Unis où 15% des travailleurs américains déclarent avoir été insultés par voie électronique par un collègue de travail. Phénomène notable, 23% travailleurs français interrogés se sont également sentis contraints d'accepter une demande d'ami sur des médias sociaux par un collègue. Les collègues du salarié ont alors la possibilité de découvrir à quoi il passe ses week-ends, de le rapporter ou de poster des commentaires désagréables, ce qui entrave d'une certaine manière sa liberté. Une évolution qui devrait nourrir les contentieux dans les années à venir au regard de la jurisprudence actuelle déjà fournie¹⁹⁵⁷. Par une ordonnance de référé du 29 mars 2016, le Président du TGI de Paris a considéré que la publication de 34 articles faisant état de la dangerosité de deux personnes, affirmant qu'elles seraient recherchées par les autorités et lançant des avis de recherche était constitutive du délit de « cyberharcèlement »¹⁹⁵⁸.

682. **Le harcèlement en droit du travail** – L'employeur doit être vigilant l'employeur car il est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires en vue de prévenir

¹⁹⁵⁵ « Digital Diaries : Social Media Stokes Workplace Privacy Fears », *AVG Technologies*, 31 janvier 2013, p. 10.

¹⁹⁵⁶ En France, près de la moitié des personnes (45%) interrogées estiment que la prolifération des médias sociaux nuit à la protection de leur vie privée au travail. Dans les pays anglophones (États-Unis et Royaume-Uni), où l'utilisation des médias sociaux est plus mature, cette proportion passe à 64%.

¹⁹⁵⁷ *Supra*. Partie 2, titre 1, chapitre 2 : « la pondération de la liberté d'expression en ligne ».

¹⁹⁵⁸ *TGI Paris, référé 29 mars 2016, Nathalie X. et Philippe Y. / Emeric Z., legalis.net (en ligne)*.

les agissements de harcèlement moral, notamment entre collègues¹⁹⁵⁹ ; cette obligation fait d'ailleurs partie des principes généraux de prévention¹⁹⁶⁰. La Cour de cassation a rendu deux arrêts le 10 novembre 2009, au visa des articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du Code du travail précisant la définition du harcèlement moral. La Cour de cassation a établi que « peuvent caractériser un harcèlement moral les méthodes de gestion mises en œuvre par un supérieur hiérarchique, dès lors qu'elles se manifestent pour un salarié déterminé par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet d'entraîner une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel »¹⁹⁶¹. Dans un second arrêt, la Cour de cassation précise que le harcèlement moral peut être constitué indépendamment de l'intention de son auteur¹⁹⁶².

683. **Le benchmarking** - Le 21 février 2014, la Cour d'appel de Lyon a condamné la Caisse d'Épargne de Rhône-Alpes face à une organisation syndicale qui défendait l'intérêt collectif de la profession, pour son organisation de travail reposant sur le *benchmark*. Le *benchmarking*, d'origine américaine, consiste à comparer produits et les services. Pour améliorer ses résultats, la Caisse d'Épargne Rhône-Alpes avait appliqué cette pratique à ses employés à travers un système informatique d'évaluation qui mettait en concurrence permanente les agences et les commerciaux dont les résultats étaient comparés à chaque instant. L'employeur avait été alerté de la dangerosité du benchmark par plusieurs instances : l'inspection du travail, le CHSCT, qui a d'ailleurs sollicité la mise en place d'une expertise, les assistantes sociales et, surtout, les médecins du travail. La décision relève dans ses attendus « une atteinte à la dignité », « un sentiment d'instabilité », « une culpabilisation permanente », « un sentiment de honte », « une incitation pernicieuse à passer outre la réglementation » et « une multiplication de troubles physiques et mentaux constatés chez les salariés ». Le juge s'appuie sur l'article L. 4121-2 du Code du travail pour condamner une méthode de travail qui est créatrice de danger. Pour Stéphane Ducrocq, l'avocat du syndicat « c'est une décision très satisfaisante dans la mesure où elle entérine le fait que désormais le juge peut s'immiscer dans la vie de l'entreprise et interdire une organisation du travail qui serait potentiellement susceptible de porter atteinte à la santé des salariés. Elle autorise en

¹⁹⁵⁹ C. trav. art. L. 1152-4.

¹⁹⁶⁰ C. trav. art. L. 4121-2 7°.

¹⁹⁶¹ Cass. soc., 10 nov. 2009, pourvoi n°07-45.321, Bull. civ., V, n°247.

¹⁹⁶² Cass. soc., 10 nov. 2009, pourvoi n°08-41.497, Bull. civ., V, n° 248.

outre les organisations syndicales à intervenir de manière préventive avant qu'un drame effectif ne soit survenu »¹⁹⁶³. Le professeur Verkindt souligne une remarquable déclinaison de l'obligation de « sécurité de résultat », dans la lignée de l'arrêt Snecma¹⁹⁶⁴. « Le jugement remet en cause tout un courant managérial qui tend à parer la concurrence et l'évaluation de toutes les vertus. Les méthodes d'organisation du travail mortifères devraient tomber une à une »¹⁹⁶⁵.

684. Harcèlement par SMS - Dans un autre arrêt de la Cour d'appel de Paris du 24 mars 2014, les juges ont requalifié une rupture conventionnelle en licenciement abusif, la rupture ayant été conclue dans un contexte de harcèlement moral managérial. L'originalité de cet arrêt est qu'il retient qu'un « management oppressant consistant dans d'incessants appels téléphoniques ou SMS en particulier en dehors des heures de travail », peut constituer du harcèlement moral managérial¹⁹⁶⁶. A cet égard, l'accord SYNTEC du 1er avril 2014 sur les forfaits jours prévient ce type de risque en prévoyant un droit des salariés à la déconnexion des outils de communication. L'article 4.8.1 de l'accord stipule que « l'effectivité du respect par le salarié des durées minimales de repos implique pour ce dernier une obligation de déconnexion des outils de communication à distance »¹⁹⁶⁷.

685. Éléments objectifs étrangers - Il appartient à l'employeur à qui sont imputés des agissements qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement d'établir qu'ils ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers de tout harcèlement¹⁹⁶⁸. Il résulte des dispositions de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil, que le commettant ne peut s'exonérer de sa responsabilité, s'agissant des actes commis par son préposé, que si ce dernier a agi en dehors de ses fonctions, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions¹⁹⁶⁹. Plus encore, selon les dispositions de l'article L. 1152-4, l'employeur est tenu de prendre les mesures nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement

¹⁹⁶³ *La Caisse d'Épargne condamnée en appel pour ses méthodes de travail*, <http://www.agoravox.fr/actualites/economie/article/la-caisse-d-epargne-condamnee-en-148592>, consulté le 17 avril 2015.

¹⁹⁶⁴ Cass. soc., 5 mars 2008, pourvoi n°06-45.888, Bull. civ., V, n°46.

¹⁹⁶⁵ « Le management rattrapé par le droit », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1551, 13 septembre 2012, p. 12-13.

¹⁹⁶⁶ C. Frédéric, *Salariés, cadres : management oppressant consistant dans d'incessants appels téléphoniques/SMS hors des heures de travail = harcèlement moral*, <http://www.juritravail.com/Actualite/harcelement-moral-sexuel-discrimination/Id/144551>, consulté le 17 avril 2015.

¹⁹⁶⁷ Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2, II, B, 2 : « la déconnexion des outils de communication à distance ».

¹⁹⁶⁸ Cass. soc., 15 janv. 2014, pourvoi n°12-20.688, Bull. civ., V, n°16.

¹⁹⁶⁹ Cass. crim., 28 mai 2013, pourvoi n°11-88.009, Bull. crim. 2013, n°119.

moral. Du fait de son inaction, dans un contexte professionnel, l'employeur engage sa responsabilité¹⁹⁷⁰.

686. **Indemnisation du salarié** - La jurisprudence autorise le salarié à pouvoir obtenir notamment une double réparation : d'une part, l'indemnisation spécifique au titre du préjudice résultant de l'absence de prévention par l'employeur des faits de harcèlement, et d'autre part l'indemnisation au titre des conséquences du harcèlement effectivement subi¹⁹⁷¹. « L'absence de faute ne peut l'exonérer de sa responsabilité »¹⁹⁷². Pour se dégager de sa responsabilité l'employeur devra prouver à la fois qu'il a mis en place une politique de prévention de qualité en amont et qu'il a pris des mesures immédiates propres à faire cesser le dommage en aval, dès lors qu'il informé de faits susceptibles de constituer un harcèlement moral¹⁹⁷³. L'obligation faite à l'employeur de prendre toutes les dispositions nécessaires en vue de prévenir ou de faire cesser les agissements de harcèlement moral n'implique pas par elle-même la rupture immédiate du contrat d'un salarié à l'origine d'une situation susceptible de caractériser ou dégénérer en harcèlement moral¹⁹⁷⁴. Les dispositions du Code du travail concernant le harcèlement moral constituent aujourd'hui un outil juridique essentiel dans la prise en compte des risques de sursollicitations numériques. En matière de risques psychosociaux, les condamnations peuvent, au-delà de la sanction civile ou pénale affecter durablement l'entreprise, à travers le risque d'image¹⁹⁷⁵. On se souvient par exemple de France Télécom¹⁹⁷⁶. Avec l'avènement des réseaux sociaux et de la viralité de l'information, les entreprises sont encore plus sensibles au risque d'image induit par la santé des salariés¹⁹⁷⁷.

¹⁹⁷⁰ Cass. soc., 6 janv. 2011, pourvoi n°09-66.704, inédit.

¹⁹⁷¹ Cass. soc., 6 juin 2012, pourvoi n°10-27.694, Bull. civ., V, n°169.

¹⁹⁷² Cass. soc., 21 juin 2006, pourvoi n°05-43.914, Bull. civ., V, n°223.

¹⁹⁷³ Cass. soc., 1er juin 2016, pourvoi n°14-19.702, en cours de publication.

¹⁹⁷⁴ Céline leborgne-Ingelaere, « Note sous Cass. Soc., 22 oct. 2014, n°13-18.362, Vers une inflexion de la Cour de cassation en matière de harcèlement moral ? », *JCP S*, n° 3, 20 janvier 2015, p. 29-34.

¹⁹⁷⁵ B. Haubold, *Les risques psychosociaux : analyser et prévenir les risques humains*, Editions Eyrolles, 2010, p. 28.

¹⁹⁷⁶ *Suicides chez France Télécom : la société mise en examen pour « harcèlement moral »*, <http://www.20minutes.fr/economie/967453-20120706-suicides-chez-france-telecom-societe-mise-examen-harcelement-moral>, consulté le 9 septembre 2015.

¹⁹⁷⁷ Deloitte, *Etude mondiale 2014 sur le risque de réputation*, <http://www.deloitte.com/>, consulté le 4 janvier 2015.

B. La porosité du travail numérique

687. **Incitations à la connexion en dehors du temps de travail** – Par leurs propriétés, les outils numériques participent à augmenter la porosité entre la vie personnelle et professionnelle¹⁹⁷⁸. Le développement des technologies nomades place les organisations et les individus au cœur de deux logiques qui semblent contradictoires : « Pour les organisations, l’envie de tout contrôler et de tout maîtriser, mais aussi la conviction que des salariés en mouvement, souples, agiles sont plus performants. Pour les salariés, le plaisir du maraudage numérique parfois mâtiné d’une douce transgression, mais aussi un sentiment de sur-sollicitation, de surcharge et d’incapacité à terminer quelque chose tant le champ des sollicitations paraît infini »¹⁹⁷⁹. Outil emblématique de cette évolution, le *smartphone* permet d’avoir accès à ses courriels, aux espaces partagés de l’entreprise, à l’intranet mais aussi à ses collègues, sa hiérarchie ou ses clients. Et grâce aux technologies Cloud, n’importe quel terminal permet au salarié de se rendre virtuellement à tout instant au bureau... L’enquête du centre de recherche « Travail & Technologies » de la Fondation Travail-Université (FTU) à Namur, montre que les pratiques de travail mobile conduisent souvent à un allongement du temps de travail plutôt qu’à un temps de substitution¹⁹⁸⁰. Pour la CGT-Cadres, « les TIC permettent une disponibilité permanente et sans limite... Il s’agit d’une remise en cause du fondement du droit du travail qui garantit que le lien de subordination entre le salarié et l’employeur doit être temporaire et délimité dans le temps. Les salariés nomades sont particulièrement exposés »¹⁹⁸¹. Le temps passé à travailler chez soi s’ajoute au temps passé au bureau, sans que ce dernier soit diminué d’autant. Est-ce là le prix de la liberté de mouvement physique qu’ils induisent ? Comment le droit existant appréhende ces nouveaux usages ? Il convient d’envisager l’incidence cette porosité, d’une part, sur la législation des accidents du travail et des maladies professionnelles (1), d’autre part, sur la qualification des temps de repos (2).

¹⁹⁷⁸ Après avoir interdit l’accès aux réseaux sociaux... rares sont désormais les entreprises qui ne possèdent pas de compte sur *Facebook*, *Twitter*, *LinkedIn*, *Video*, *Youtube*. Les entreprises encouragent de plus en plus leurs salariés à participer, le mouvement amorcé dans les start-up se propage désormais à tous les secteurs. Les salariés deviennent des porte-paroles de leur entreprise, on attend généralement d’eux qu’il partage du contenu mais aussi leur expérience professionnelle pour attirer les talents. Ces pratiques sont généralement encadrées par les services communications et les ressources humaines, elles peuvent néanmoins devenir autant d’incitations à la connexion en dehors du temps de travail.

¹⁹⁷⁹ O. Charbonnier et S. Enlart, *A quoi ressemblera le travail demain ?*, *op. cit.*, p. 82.

¹⁹⁸⁰ P. Vendramin, *Enquête Temps et travail : Temps, rythmes de travail et conciliation des temps sociaux*, Namur, Fondation Travail – Université ASBL, 2007, p. 13.

¹⁹⁸¹ A. Beky, *La CGT-Cadres milite pour un droit à la déconnexion*, <http://www.silicon.fr/cgt-cadres-milite-droit-deconnexion-96534.html>, consulté le 3 novembre 2014.

1) *La législation des accidents et des maladies professionnels*

688. **Conséquence de la mobilité du travail** - Les difficultés de différenciation entre temps ou lieux, de travail et de loisirs, peuvent créer des incertitudes quant à l'application de la législation des accidents du travail et des maladies professionnelles. Le numérique fait apparaître de nouveaux enjeux mais, surtout, il remet en question l'architecture mise en place par la loi de 1898. « C'est ainsi que, désormais, les juges ont tendance à abandonner les critères qui servaient habituellement pour qualifier un accident du travail. Ce changement conduit à reconsidérer la distinction que l'on avait jusque-là entre les accidents du travail (a) et les maladies professionnelles (b) »¹⁹⁸².

a. L'accident en dehors de l'entreprise

689. **L'accident au domicile du salarié** - Fondamentalement, il ne pèse pas sur les télétravailleurs des risques différents de ceux pesant sur les salariés présents dans l'entreprise. Cependant, ils doivent y faire face seul. Bien que privé du pouvoir de contrôler physiquement les conditions de travail du salarié, l'employeur est toujours responsable de sa sécurité¹⁹⁸³. D'où l'importance de la prévention. Il faut également signaler que l'employeur a la responsabilité de consulter le » lors de l'introduction du télétravail comme mode d'organisation dans l'entreprise¹⁹⁸⁴.

690. **L'accident du travail** - L'article L. 411-1 du Code de la Sécurité sociale définit l'accident du travail : « est considéré comme accident de travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise ». Dans l'entreprise, au temps et au lieu du contrat, l'accident du travail est un fait matériel fortuit provoquant une lésion corporelle simple à constater. C'est un événement qui s'est passé à un endroit précis et à un moment connu. Ainsi, la preuve de la relation entre le dommage corporel subi et le fait qui l'a provoqué, c'est-à-dire la relation « de cause à effet », est facile à apporter. Mais l'application de ces notions aux travailleurs nomades ou aux télétravailleurs pose un

¹⁹⁸² A. Emane, « La santé au travail sous l'angle de la protection et de la réparation des risques professionnels », *Revue française des affaires sociales*, n° 2-3, n° 2, 1 juin 2008, p. 279.

¹⁹⁸³ C. trav. art. L. 4121-1 et s.

¹⁹⁸⁴ Supra. Partie 2, titre 2, chapitre 1, section 1 : « attributions numériques des IRP ».

problème de preuve¹⁹⁸⁵. Comment régler le problème d'accidents du travail frappant un salarié travaillant hors les murs de l'entreprise, en télétravail ou en mobilité ? La loi n°2012-387 du 22 mars 2014 a intégré le télétravail au Code du travail mais n'a apporté aucune précision quant à l'applicabilité de la présomption relative au caractère professionnel de l'accident survenu au travailleur : il faut se référer au droit commun¹⁹⁸⁶. Il appartient à celui qui prétend avoir été victime d'un accident du travail d'établir autrement que par ses propres affirmations les circonstances exactes de l'accident et son caractère professionnel¹⁹⁸⁷. Un accident qui se produit à un moment où le salarié ne se trouve plus sous la subordination de l'employeur constitue un accident du travail si le salarié prouve qu'il est survenu par le fait du travail, c'est-à-dire en lien avec le travail. Il est toutefois possible d'adopter par accord collectif des conditions, identiques à celles d'un accident survenant dans l'entreprise, plus favorables aux salariés¹⁹⁸⁸.

691. **Le respect de la vie privée contre la santé** - Suivant l'article 9 du Code civil issu de la loi du 17 juillet 1970, « chacun a droit au respect de sa vie privée ». Cette disposition a désormais valeur d'une liberté fondamentale protégée par la Constitution¹⁹⁸⁹. Le respect de la vie privée du salarié met à mal la possibilité pour l'employeur d'assurer la sécurité de son salarié, puisqu'il peut ne pas avoir accès au lieu d'exercice du travail. On peut constater que le législateur et la jurisprudence posent le principe du respect de la vie privée du salarié, tout en reconnaissant à l'employeur un devoir de surveillance des activités du salariés au regard de son obligation de santé et sécurité qu'il ne peut que difficilement satisfaire. L'employeur ne saurait être tenu pour responsable de tous les risques occasionnés par le travail à domicile, par exemple si le conjoint fume dans l'habitation. Hors des murs de l'entreprise, l'employeur ne peut pas contrôler tous les comportements du salarié, ni son environnement de travail. Il est possible toutefois pour l'employeur de subordonner la mise en place du télétravail à une visite par exemple pour contrôler l'installation électrique du domicile du salarié ou un

¹⁹⁸⁵ *Accidents du travail et télétravail : Quelle responsabilité pour l'employeur ?*, <http://www.village-justice.com/articles/Accidents-travail-teletravail,408.html>, consulté le 22 juillet 2014.

¹⁹⁸⁶ M. Emeras, « Le domicile du salarié », *JCP S*, n° 3, 20 janvier 2015, p. 19.

¹⁹⁸⁷ *Cass. soc.*, 26 mai 1994, *pourvoi n°92-10.106*, *Bull. civ.*, V, n°181.

¹⁹⁸⁸ Art. 8 : « En cas d'accident de travail, le télétravail doit en informer l'employeur par tous les moyens. Le traitement de cette déclaration par l'entreprise se fait de la même façon que pour un accident survenant dans les locaux de l'entreprise ». TOTAL, « Accord relatif au télétravail du 5 février 2013 », *op. cit.*

¹⁹⁸⁹ *CC.*, 23 juil. 1999, *déc. n°99-416*, *D.C. JO 28 juillet 1999*.

contrôle de son installation par un opérateur tiers agréé¹⁹⁹⁰. L'employeur devra enfin s'assurer que le salarié est bien couvert par une assurance multirisque habitation. L'employeur devra également étendre son assurance pour couvrir le matériel de l'entreprise, dans le cas où ce matériel causerait un dégât au domicile du salarié. Il convient toutefois de relativiser la gravité des accidents de travail survenant au domicile du travailleur nomade, ces derniers étant en pratique marginaux¹⁹⁹¹.

692. **Les accidents routiers** – Il convient également de s'interroger sur le risque routier qui est un grand pourvoyeur d'accidents. L'accident de trajet est la première cause de décès par accident au travail et près de la moitié des accidents mortels du travail de salariés du régime général sont des accidents de la route¹⁹⁹². Leur réduction constitue un enjeu essentiel pour la branche AT/MP mais également pour les employeurs au regard de leurs obligations relatives à la protection de la santé du salarié. Il faut à ce titre distinguer les accidents occasionnés lors d'une mission de ceux occasionnés lors du trajet. Visé par l'article L. 411-1 du Code de la Sécurité sociale, l'accident de mission est un accident qui a lieu à l'occasion d'un déplacement nécessaire à l'exécution du travail. S'agissant des salariés en mission ou en déplacement, peu importe qu'il ait eu lieu à l'occasion d'un acte professionnel ou d'un acte de la vie courante, sauf si l'employeur apporte la preuve que l'intéressé avait alors interrompu sa mission pour un motif personnel. L'accident de trajet est quant à lui défini par l'article L. 411-2. C'est un accident qui se produit à l'occasion d'un déplacement entre le domicile et le lieu de travail ou entre le lieu de travail et le lieu de restauration habituel. Du fait de la nature dite « non professionnelle » du déplacement, la prévention du risque trajet ne dépend pas d'une obligation légale : l'accident est uniquement assimilé à un accident de travail. L'employeur n'a ainsi pas d'obligation légale d'inscrire le risque trajet dans le document unique d'évaluation des risques. Attention toutefois car un salarié qui lirait ses mails dans les transports en commun et qui trébucherait faute d'attention pourrait démontrer qu'il était effectivement en train de travailler. De la même manière les salariés sont de plus en plus nombreux à effectuer leurs appels téléphoniques

¹⁹⁹⁰ Art. 3 : « Le salarié qui sollicite le télétravail (...) fournit une attestation délivrée par un professionnel relative à la conformité de l'installation électrique utilisée pour le télétravail ». TOTAL, « Accord relatif au télétravail du 5 février 2013 », *op. cit.*

¹⁹⁹¹ « Les accidents du travail entre 2005 et 2010 », *Dares analyses*, n° 10, février 2014.

¹⁹⁹² Les statistiques de la CNAMTS des accidents du travail et des maladies professionnelles (AT/MP) sont élaborées à partir des déclarations d'accidents du travail et des reconnaissances des maladies professionnelles. *Statistiques sur les accidents de travail*, <http://www.risquesprofessionnels.ameli.fr/statistiques-et-analyse/sinistralite-atmp/dossier/nos-statistiques-sur-les-accidents-du-travail-par-ctn.html>, consulté le 18 février 2015.

professionnels dans leur voiture afin d'optimiser leurs temps ce qui pourrait faire naître des contentieux. Il existe pour l'employeur un risque de coresponsabilité pénale, si aucune mesure de prévention n'a été prise pour éviter un risque flagrant d'accident de trajet en lien avec le travail. *A contrario*, donner aux salariés une certaine souplesse horaire et spatiale réduirait la contrainte, et donc le risque d'accident. « Moins et mieux se déplacer, quand cela est possible, favorise à la fois la protection de notre environnement, et la protection de la santé en limitant les risques d'accidents »¹⁹⁹³. Il conviendrait ainsi de réduire, lorsque c'est possible ou non nécessaire, la contrainte de se déplacer jusqu'au lieu de travail ou d'arriver à une heure précise¹⁹⁹⁴.

693. **Accidents de mission** - Pour les travailleurs « nomades » ou « mobiles », il pourrait être également fait application de la jurisprudence relative aux accidents de mission¹⁹⁹⁵. Constitue un accident du travail et non un accident de trajet l'accident survenu au cours d'une mission rémunérée par l'employeur comme du temps de travail et exécutée dans l'intérêt de l'entreprise. Tel est le cas d'un accident dont a été victime un salarié en regagnant son domicile après avoir pris part, au siège social de la société, à une réunion du comité central d'entreprise dont il était membre élu. La jurisprudence précise « quelles qu'aient pu être les libertés dont il avait joui au sein de ce comité ou dans l'organisation de son voyage de retour »¹⁹⁹⁶, l'accident d'un salarié en mission est présumé accident du travail. Peu importe qu'il survienne lors d'un acte professionnel ou d'un acte de la vie courante. Il appartient alors à l'employeur qui veut contester le caractère professionnel de l'accident de prouver que le salarié s'est délibérément soustrait à son autorité en accomplissant un acte sans aucune relation avec l'activité professionnelle¹⁹⁹⁷. Une solution qui pourrait être adaptée aux travailleurs numériques pour les protéger en considérant la « permanence » de leur travail.

b. Le régime des maladies professionnelles

694. **Les maladies professionnelles** - « Dans l'approche classique, du fait de l'organisation et des conditions du travail qui sont celles d'une société industrielle, ce

¹⁹⁹³ *Prévenir le risque trajet domicile - travail*, Comité de pilotage pour la prévention du risque routier professionnel, 2012.

¹⁹⁹⁴ *Supra*. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2, II, B, 2 : « autonomiser le salarié ».

¹⁹⁹⁵ *Cass. soc.*, 19 juil. 2001, pourvoi n°99-20.603, *Bull. civ.*, V, n°285.

¹⁹⁹⁶ *Cass. soc.*, 11 oct. 1990, pourvoi n°88-19.392, *Bull. civ.*, V, n°470.

¹⁹⁹⁷ « Accidents du travail et télétravail », *op. cit.*

sont principalement les lésions physiologiques que le droit va protéger »¹⁹⁹⁸. Dans les activités numériques, les lésions psychiques seront les plus importantes, comme le confirment plusieurs études¹⁹⁹⁹. Du fait de cette évolution, le droit doit lui aussi s'adapter. Une maladie est « professionnelle » si elle est la conséquence directe de l'exposition d'un travailleur à un risque physique, chimique, biologique, ou résulte des conditions dans lesquelles il exerce son activité professionnelle. Le régime des maladies professionnelles permet aux salariés de bénéficier de l'indemnisation favorable des accidents du travail. Elles y sont assimilées car elles résultent, comme les accidents du travail, d'un risque professionnel. Cependant, les conditions de reconnaissance sont différentes. En effet, une maladie professionnelle est la conséquence de l'exposition plus ou moins prolongée à un risque qui existe lors de l'exercice habituel de la profession. Il est presque toujours impossible de fixer exactement le point de départ de la maladie, d'autant plus que certaines maladies professionnelles peuvent ne se manifester que des années après le début de l'exposition au risque²⁰⁰⁰. Pour faire face à la difficulté, sinon à l'impossibilité de se baser sur les seules constatations médicales pour certifier qu'une maladie est professionnelle ou ne l'est pas, le législateur a établi un certain nombre de conditions médicales, techniques et administratives qui doivent être obligatoirement remplies pour qu'une maladie puisse être légalement reconnue comme professionnelle et indemnisée comme telle. On distingue ainsi deux types de maladies professionnelles : d'une part, celles figurant dans un des tableaux du Code de la Sécurité sociale et d'autre part, celles qui ne sont pas mentionnées dans ces tableaux²⁰⁰¹.

695. Maladies figurant aux tableaux - En ce qui concerne les maladies figurant aux tableaux, ces derniers comprennent trois critères de reconnaissance : le type de maladie par exemple les affections périarticulaires provoquées par certaines postures ; les tâches pouvant conduire à cette maladie et le délai de prise en charge, qui correspond au délai maximal pouvant s'écouler entre la cessation de la tâche accomplie et l'apparition de la maladie. Dès lors qu'un salarié réunit ces trois critères, le caractère professionnel de la

¹⁹⁹⁸ A. Emane, « La santé au travail sous l'angle de la protection et de la réparation des risques professionnels », *op. cit.*, p. 279.

¹⁹⁹⁹ B. Haubold, *Les risques psychosociaux*, *op. cit.* ; « Stress numérique », dans *Wikipédia*, 2015, ; FRANCE et H. Lachmann, *Bien-être et efficacité au travail - 10 propositions pour améliorer la santé psychologique au travail*, *op. cit.* ; « Syndrome d'épuisement professionnel par l'ennui », *op. cit.* ; S. Journoud et P. Conjard, *Prévention des risques psychosociaux : quelle formation pour les managers ?*, ANACT., 2012 ; *Guide pratique des risques psychosociaux*, Technologia, 2013 ; S. Brunet, *La prévention des risques psychosociaux*, Avis du Conseil économique, social et environnemental, coll.« Les éditions des Journaux Officiels », 2013.

²⁰⁰⁰ « Les maladies professionnelles. Guide d'accès aux tableaux du régime général et du régime agricole de la Sécurité sociale », *op. cit.*, p. 98.

²⁰⁰¹ CSS. art. L. 461-1.

maladie sera reconnu : le salarié n'aura alors pas à apporter la preuve du lien de causalité entre la maladie et son activité professionnelle. La victime aura juste à démontrer qu'elle a été exposée de façon habituelle au risque.

696. Maladies hors tableaux - Tout état de souffrance au travail peut faire l'objet d'une demande de reconnaissance au titre des maladies professionnelles. Concernant la catégorie des maladies hors tableaux, désormais, selon l'article 464-1 al. 4 du Code de la Sécurité sociale, « peut être également reconnue d'origine professionnelle une maladie caractérisée non désignée dans un tableau de maladies professionnelles lorsqu'il est établi qu'elle est essentiellement et directement causée par le travail habituel de la victime et qu'elle entraîne le décès de celle-ci ou une incapacité permanente d'un taux évalué dans les conditions mentionnées à l'article L. 434-2 et au moins égal à un pourcentage déterminé ». Si une pathologie n'est pas référencée par le tableau de maladie, il faut recourir au Comité de Reconnaissance des Maladies Professionnelles (CRRMP). Dans le cadre de cette déclaration de maladie dite « hors tableau », le CRRMP, va statuer sur le lien qui existe entre la matérialisation de la maladie, par exemple la souffrance au travail, et les conditions de travail.

697. Les sanctions de l'obligation générale de sécurité – Le droit du travail envisage essentiellement la prévention des risques ; le droit de la sécurité sociale envisage lui les compensations et les réparations éventuelles. L'employeur qui ne satisfait pas à son obligation générale de sécurité de résultat engage sa responsabilité civile et le cas échéant sa responsabilité pénale. Plusieurs solutions peuvent être retenues pour l'indemnisation. Premièrement les faits ne relèvent pas de la législation des accidents du travail ou des maladies professionnelles et dans ce cas, la saisine des prud'hommes est possible pour l'indemnisation. L'employeur est en effet responsable civilement de la violation de son « obligation de résultat » en matière de prévention de la santé des salariés. Une telle situation peut advenir quand par exemple l'employeur ne vous soumet pas à une visite médicale obligatoire au cours de laquelle une pathologie grave mais non professionnelle aurait pu être diagnostiquée. Deuxièmement il y a eu reconnaissance devant le TASS de la faute inexcusable de l'employeur dans le cadre d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. La reconnaissance par le TASS de la faute inexcusable de l'employeur ouvre droit à une totale réparation du préjudice subi. Enfin dans les cas les plus graves la responsabilité pénale de l'employeur peut aussi être

engagée. Les infractions aux règles de sécurité sont punies d'une amende autant de fois qu'il y a de salariés dans l'entreprise concernés par l'infraction²⁰⁰².

2) *La remise en cause des temps sociaux*

698. **Porosité du travail** - « La question de la relation entre travail et repos a toujours été au cœur de l'équilibre humain, elle est aujourd'hui au centre de la relation de travail. (...) La distinction clairement établie entre travail et repos tend à se brouiller, à s'estomper. Sont apparues des zones intermédiaires entre le travail et le repos »²⁰⁰³. La porosité des temps caractérise les situations dans lesquelles les temps personnels et professionnels se chevauchent. Au regard du droit du travail, il s'agit de situations dans lesquelles un ou deux des critères de définition du travail effectif sont remplis, sans que les trois ne le soient. La notion de porosité des temps renvoie donc à des situations juridiquement problématiques, d'un point de vue théorique ou pratique. Force est de constater « le temps de travail n'est plus ce qu'il était »²⁰⁰⁴ et a fortiori que le repos non plus. Les nouveaux modes de communication permettent, et même favorisent « l'intrusion » de la sphère professionnelle dans la sphère personnelle du salarié (a). Il n'est désormais pas rare que les salariés emportent du travail à la maison le soir ou le week-end, ou soient contactés pour délivrer un renseignement pendant leurs congés (b).

a. Sphère professionnelle et sphère personnelle

699. **L'origine de la vie privée et de la vie professionnelle** - La frontière entre privé et professionnel présente la singularité de ne pas seulement être géographique. Elle peut être spatiale, temporelle, relationnelle et même instrumentale. D'abord inexistante sous l'Ancien Régime, la distinction entre vie privée et travail est vite devenue rigide au fil des XIX^e et XX^e siècles²⁰⁰⁵. « L'industrialisation et le développement conjoint du salariat vont les séparer. Le travail n'est plus réalisé à la ferme mais de plus en plus à l'usine, dans un espace clos, délimité, distinct du lieu de vie des personnes y travaillant. À cet enfermement spatial est assorti le respect d'horaires de travail définis par le

²⁰⁰² C. trav. art. L. 4741-1.

²⁰⁰³ F. Gallet, « La notion de temps de travail effectif », *op. cit.*, p. 4.

²⁰⁰⁴ J.-E. Ray, « De temps en temps », *Dr. soc.*, n° 3, mars 2000, p. 242.

²⁰⁰⁵ S. Schweitzer, « Gestions de salariés : métiers et flexibilités (Lyon, XIXe-XXe siècles) », *Histoire, économie et société*, vol. 20, n° 4, 2001, p. 465.

salariat et par le statut même du salarié. Outre la définition d'un espace-temps spécifique au travail, l'émergence d'un espace-temps spécifique à la vie privée a également vu le jour avec la réclamation d'un droit à la vie privée »²⁰⁰⁶.

700. **Le droit à la vie privée** - La Déclaration universelle de 1948 cite le droit à la protection de la vie privée parmi les droits de l'individu. Mais en énonçant simplement en son alinéa 1er que « chacun a droit au respect de sa vie privée », l'article 9 du Code civil ne donne guère de précisions sur ce qu'implique ce droit au respect, ni même sur ce que recouvre la vie privée²⁰⁰⁷. Cette qualification exclut la publicité. Toute correspondance privée quel que soit l'appareil utilisé (téléphone fixe ou mobile, ordinateur, tablette) est couverte par le secret. La violation de ce principe est punie sévèrement²⁰⁰⁸. Aristote faisait la distinction entre la sphère publique *polis* et la sphère privée *oikos*. La vie privée désigne alors la capacité, pour une personne ou pour un groupe de personnes, de s'isoler²⁰⁰⁹ afin de se recentrer sur sa vie privée et de protéger ses intérêts. Par extension dans l'entreprise la vie privée désigne parfois la vie personnelle de l'individu, qui recouvre des activités non professionnelles. La notion de vie privée est également complexe à saisir si l'on s'interroge sur ses finalités. « Vise-t-elle seulement à protéger légalement les secrets des individus comme il existe un secret des affaires ? Une telle finalité n'est guère satisfaisante en soi »²⁰¹⁰. D'autres enjeux prévalent comme le droit à ne pas être soumis aux sollicitations des autres, et plus fondamentalement, la préservation de l'autonomie individuelle, de la construction de soi en tant qu'être singulier. Finalement, il apparaît plus rigoureux de distinguer la vie personnelle ou la sphère privée qui recouvrent un champ moins restreint que la vie privée²⁰¹¹.

701. **Porosité croissante** – Les nouveaux modes d'organisation, supportés par les TIC, génèrent des rythmes de travail de plus en plus éparpillés. D'une part, la journée de travail s'allonge, commence de plus en plus tôt et se termine de plus en plus tard ; elle

²⁰⁰⁶ L. Belton, « De la permanence du concept de frontière. Les liens entre travail et vie privée à La Défense », *Espaces et sociétés*, vol. 138, n° 3, 14 septembre 2009, p. 100.

²⁰⁰⁷ A. Lepage, « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », *Dr. soc.*, 2006, p. 364.

²⁰⁰⁸ C. pén. art. 226-15 : sur internet, le fait « d'intercepter, d'utiliser, de divulguer les correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications, de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions » est puni d'un an d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende.

²⁰⁰⁹ Du latin *privatus* séparé de, dépourvu de.

²⁰¹⁰ F. Rochelandet, *Protéger la vie privée au détriment de la sécurité ? Un faux débat.*, <http://www.rslmag.fr/post/2015/03/10/Protéger-la-vie-privée-au-détriment-de-la-sécurité-Un-faux-débat.aspx>.

²⁰¹¹ « Nouvelles technologies et vie personnelle du salarié », *LPA*, n° 245, décembre 2001, p. 6.

envahit des temps réservés aux loisirs et à la « vie privée ». Des activités de services qui ont toujours fonctionné sur base d'un horaire standard tendent à être accessibles 24 heures sur 24 pour des raisons de compétitivité et d'accessibilité pour la clientèle²⁰¹². Les terminaux portables permettent à chacun de transporter son bureau dans les transports, sur la plage, ou à la campagne. La sphère privée s'introduit dans la sphère professionnelle sous de nouvelles formes. Quels que soient leur statut et leur fonction, on voit de plus en plus de salariés répondre pendant leur temps de travail à des messages privés grâce à ces mêmes terminaux portables. Cette situation présente des avantages et des inconvénients. Le salarié est psychologiquement toujours au bureau, le salarié est aussi toujours connecté avec son environnement personnel. Le brouillage des frontières entre le temps de travail, de famille et de sociabilité est l'expression d'un changement temporel. L'immixtion du travail dans la vie personnelle risque de constituer une atteinte à la vie privée, mais aussi au droit au repos quotidien et hebdomadaire, rendant particulièrement difficile la délimitation du temps de travail²⁰¹³.

702. Une frontière stricte a priori - Suivant l'article L. 3121-1 du Code du travail, « la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ». L'intervention de l'employeur est encadrée par le droit français, qui met l'accent sur la protection de la vie privée. La législation du travail a une conception normative de l'harmonisation entre travail et hors-travail, visant avant tout à délimiter les sphères et à protéger la sphère dite privée. Elle est en phase avec les craintes de nombreux salariés et des entreprises d'une intrusion « malvenue » dans la vie privée des personnes²⁰¹⁴. La réciproque est toutefois largement admise.

703. Un usage « personnel » raisonnable - Malgré l'état de subordination inhérent au contrat de travail, il a été progressivement admis qu'une marge de liberté était réservée au salarié et à ces occupations personnelles²⁰¹⁵. Le salarié ne peut pas tout faire dans l'entreprise, mais celui-ci ne se soumet à la volonté de l'employeur que pour l'accomplissement de son travail. C'est en 1997 que la chambre sociale de la Cour de

²⁰¹² P. Vendramin et G. Valenduc, *Technologies de l'information et de la communication, emploi et qualité du travail*, op. cit., p. 15.

²⁰¹³ A.-C. Alibert, *Les Cadres quasi-indépendants*, op. cit., p. 192.

²⁰¹⁴ A. Ollier-Malaterre, *Gérer le hors-travail ? Pertinence et efficacité des pratiques d'harmonisation travail-hors-travail, aux Etats-Unis, au Royaume-Uni et en France*, Thèse de doctorat, Conservatoire national des arts et métiers-CNAM, 2007, p. 155.

²⁰¹⁵ F. Favennec-Héry et P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, LGDJ, 2014, p. 299.

cassation employa pour la première fois les termes « vie personnelle » du salarié à propos d'un gardien d'immeuble. L'objectif est alors de protéger le salarié contre des immixtions dans sa sphère privée²⁰¹⁶. Très vite le développement de l'informatique apparaît comme un vecteur d'amplification des revendications en matière de vie privée, Le 2 octobre 2001, l'arrêt Nikon²⁰¹⁷ pose pour la première fois le principe selon lequel même lorsque l'employeur interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur mis à la disposition du salarié, cela ne l'autorise pas pour autant à ouvrir un fichier intitulé « personnel ». « En se bornant à proclamer ce principe, la chambre sociale ouvre en réalité un débat, sans se prononcer sur la nécessaire conciliation entre la vie personnelle du salarié et le contrôle de l'employeur sur sa vie professionnelle »²⁰¹⁸. Le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa « vie privée ». L'interpénétration de la sphère personnelle dans la sphère professionnelle est de fait reconnue par le droit du travail. La CNIL précise « qu'un usage raisonnable, non susceptible d'amoindrir les conditions d'accès professionnel au réseau ne mettant pas en cause la productivité est généralement et socialement admis par la plupart des entreprises ou administrations »²⁰¹⁹, tout en rappelant que cet usage toléré de l'outil informatique et d'internet par un salarié, à titre privé, pouvait être soumis à des conditions ou limites fixées par l'employeur²⁰²⁰. A travers la reconnaissance du droit au respect de la vie privée du salarié sur son lieu de travail et pendant son temps de travail²⁰²¹, le droit reconnaît inconsciemment une mutation de l'espace-temps. Mais la notion d'usage raisonnable reste extrêmement floue. Comment savoir où sont les limites ? Quid de l'agent de sécurité ayant provoqué une panne²⁰²² du système informatique de la société dont il était chargé d'assurer le gardiennage, par un usage privé, pendant ses heures de travail ? Dans un arrêt en date du 13 juillet 2010²⁰²³, les juges du quai de l'horloge ont justifié son licenciement pour faute grave.

²⁰¹⁶ Cass. soc., 14 mai 1997, pourvoi n°94-45.473, Bull. civ., V, n°175.

²⁰¹⁷ Cass. soc., 2 oct. 2001, pourvoi n°99-42.727, Bull. civ., V, n°292, op. cit.

²⁰¹⁸ « Nouvelles technologies et vie personnelle du salarié », op. cit., p. 6.

²⁰¹⁹ FRANCE, Commission nationale de l'informatique et des libertés et H. Bouchet, *La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise*, op. cit., p. 23.

²⁰²⁰ Infra. Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 3, I : « les ressources informatiques à la disposition du salarié ».

²⁰²¹ C. trav. art. L. 1121-1 : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

²⁰²² Le salarié avait installé, puis désinstallé sur le PC du poste d'accueil de la société Thalès dont il était chargé par son employeur d'assurer le gardiennage, un programme de port de communication à infrarouge pour dialoguer avec son téléphone portable, ce qui a par la suite conduit à une panne de l'application « visiteur ».

²⁰²³ Cass. soc., 13 juil. 2010, pourvoi n°09-40.943, inédit, op. cit.

704. **La sphère sociale dans l'entreprise numérique** - La réglementation très protectrice de la vie privée du salarié concourt à l'interpénétration de la sphère privée dans la sphère professionnelle. Selon l'ANI relatif au télétravail, « l'employeur est tenu de respecter la vie privée du télétravailleur. A cet effet, il fixe, en concertation avec le salarié, les plages horaires durant lesquelles il peut le contacter ». Il doit également veiller à maintenir un lien social et plus particulièrement un lien entre l'entreprise et les travailleurs numériques : « l'employeur s'assure que des mesures sont prises pour prévenir l'isolement du télétravailleur par rapport aux autres salariés de l'entreprise »²⁰²⁴. La dimension personnelle et sociale à l'intérieur de la sphère professionnelle tend à devenir une liberté individuelle ne pouvant être bafouée qu'à la marge²⁰²⁵. La fixation de plages de disponibilités en dehors desquelles le salarié n'est pas joignable, prévue par la loi du 9 juin 2009²⁰²⁶, permet un équilibre entre sphères privée et professionnelle, mais témoigne également d'un flou entre les deux notions. L'article L.1121-2 du Code du travail permet à l'employeur au nom de l'intérêt de l'entreprise d'atténuer toutefois cette liberté. Il faudra prendre en compte d'une part les intérêts du personnel et de l'autre ceux de l'organisation prise dans sa globalité. Pour éviter l'isolement des télétravailleurs, la plupart des conventions collectives précisent que seule la variante de télétravail en alternance entre le domicile et l'entreprise est autorisée²⁰²⁷. Pour maintenir un maximum de flexibilité, la convention peut préciser que la partie du temps de travail qui relève de la responsabilité du télétravailleur doit être aussi importante que possible, en tenant compte de la charge de travail à effectuer²⁰²⁸.

705. **Permanence de la sphère privée et de la sphère professionnelle** – La disparition de la séparation entre vie privée et vie professionnelle n'est pas totale. En réalité, « il y a toujours une sphère privée et une sphère professionnelle ; mais elles ne coïncident plus forcément avec les limites spatiales des locaux de l'entreprise ou avec la

²⁰²⁴ Art. 6, « ANI, 19 juillet 2005, relatif au télétravail », *op. cit.*

²⁰²⁵ J. Barthélémy, *Évolution du droit social*, *op. cit.*, p. 219.

²⁰²⁶ C. trav. art. L. 1222-10. « Outre ses obligations de droit commun vis-à-vis de ses salariés, l'employeur est tenu, à l'égard du salarié en télétravail : (...) 4° (*nouveau*) De fixer, en concertation avec lui, les plages horaires durant lesquelles il peut habituellement le contacter ».

²⁰²⁷ Art. 2 : « Si la répartition est hebdomadaire le nombre de jours en télétravail ne pourra excéder 2 jours par semaines, à l'exception de certains métiers (coordinateur logistique, Compte clé régionaux et Catégorie Planning Managers Régional) pour lesquelles la durée maximum pourra être de 4 jours par semaine. Si la répartition est mensuelle, elle ne pourra pas excéder 10 jours ». Coca cola Entreprise, « Accord sur le télétravail du 22 janvier 2014 », *op. cit.*

²⁰²⁸ L. Brigitte, « L'essor du télétravail s'accompagne d'incertitudes juridiques », *op. cit.*, p. 199.

propriété du matériel »²⁰²⁹. La sphère privée se renforce de par sa capacité à être transportée en tout temps et en tout lieu par l'individu grâce aux TIC. Quant au domicile, lieu de la sphère privée par excellence, il conserve un caractère particulier. En revanche, le travail est de moins en moins enfermé dans un lieu fixe. C'est de moins en moins le lieu de travail qui compte mais le moment du travail. Les salariés connectés ne se demandent plus s'ils sont au travail ou à la maison, mais bien s'ils sont dans un temps de travail ou dans un temps privé, alternant connexions et déconnexions quel que soit l'endroit où ils se trouvent²⁰³⁰. La frontière entre « vie privée » et « vie professionnelle » est toujours là (on ne se comporte pas de la même façon avec des amis ou à une réunion de service au bureau), mais la journée est autrement découpée, car au lieu de s'inscrire dans l'espace (lieu de travail/domicile), elle s'inscrit dans le temps (moments privés/moments professionnels) indépendamment de l'endroit où nous nous trouvons²⁰³¹.

b. Le repos dominical

706. **La moralisation du temps libre ouvrier** - Consacré en France par la loi du 8 novembre 1814, le repos dominical vint interdire le travail le dimanche pour permettre aux ouvriers de se rendre à la messe. Cette origine cléricale conduit la République laïque à abroger ce texte en 1880, renvoyant ainsi les ouvriers au travail tous les jours de la semaine. L'œuvre de moralisation du « temps libre populaire », permet à la fin du XIXe siècle, d'envisager la réinvention du dimanche. « Le repos régulier n'est pas seulement considéré, au cours du XIXe siècle, comme un facteur de productivité, mais aussi comme un argument hygiénique et moral »²⁰³². La famille devient ainsi, après le repos, le second *leitmotiv* conditionnant la réinvention du dimanche au début du XXe siècle. L'introduction définitive dans le droit d'une journée de repos hebdomadaire est finalement réalisée par la loi du 13 juillet 1906, dite loi Sarriar. Pendant presque un siècle, les valeurs responsables de sa réinvention, repos et famille, ont défini notre

²⁰²⁹ Transformation digitale de l'entreprise : comment le helpdesk accompagne les nouveaux modes de travail, <http://www.manpowergroup.fr/helpdesk-transformation-digitale-entreprise-nouveaux-modes-de-travail/>, consulté le 4 mars 2015.

²⁰³⁰ *Blurring vie pro/vie perso – les cadres, nouveaux maîtres du temps* - Ipsos Marketing, <http://www.ipsos.fr/ipsos-marketing/actualites/2013-09-30-blurring-vie-provie-perso-cadres-nouveaux-maitres-temps>, consulté le 4 juin 2014.

²⁰³¹ E. Cauvin, *Vers une nouvelle Cité électronique*, op. cit., p. 353.

²⁰³² R. Beck, « Esprit et genèse de la loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire », *Histoire, économie & société*, vol. 28, n° 3, 1 septembre 2009, p. 5.

dimanche à travers un mode de fonctionnement très homogène axé sur des horaires collectifs et fixes.

707. Fracture entre le repos dominical et le temps numérique – S’agissant du repos hebdomadaire, « traditionnellement » dominical, l'article L. 3132-1 du code du travail dispose qu'« il est interdit de faire travailler un même salarié plus de six jours par semaine ». Ce repos est au minimum de trente-cinq heures composées des vingt-quatre heures consécutives de congé hebdomadaire et des onze heures consécutives de repos quotidien. L'employeur peut obtenir une dérogation individuelle, en s'adressant au préfet du département, s'il établit que le repos donné à tous les salariés le dimanche serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de l'établissement. L'article L. 3132-3 du Code du travail stipule ainsi que « dans l'intérêt des salariés, le repos hebdomadaire est donné le dimanche ». Cette affirmation selon laquelle le repos hebdomadaire est accordé le dimanche « dans l'intérêt des salariés » figure dans plusieurs arrêts de la Cour de cassation²⁰³³. Cet article a été introduit récemment par la loi du 10 août 2009. Alors que les syndicats présentent le repos dominical comme une marque de progrès social, la généralisation des dispositifs numériques et les habitudes de consommation des individus entraînent un bouleversement dans tous les métiers, y compris ceux qui ne les utilisent pas. Il faudra donc aller plus loin que la réflexion en cours sur le travail du dimanche. Certes le Conseil d'État a validé l'ouverture des magasins de bricolage le dimanche de façon illimitée²⁰³⁴, mais est-ce suffisant ? En effet, dans un monde où le temps devient subjectif, les individus s'attendent à trouver ce dont ils ont besoin quand ils en ont envie.

708. L'ouverture des commerces – Du point de vue des salariés, l'impact du numérique sur le travail le dimanche est indirect et partiellement subi. Les clients s'attendent à trouver Sephora, Monoprix²⁰³⁵, Bricorama, Castorama, Leroy Merlin²⁰³⁶ (et

²⁰³³ Cass. Ass. plén., 7 mai 1993, pourvois n°91-12.611, 91-12.704, Bull. A. P., n°10.

²⁰³⁴ CE, 24 fév. 2015, Fédération des employés et cadres CGT FO et autres ; Fédération CGT des personnels du commerce, de la distribution et des services et autre, 374726, 374905, 376267, 376411.

²⁰³⁵ Les magasins Monoprix doivent désormais baisser leurs rideaux au plus tard à 21 heures dans tout le pays, la CGT ayant bloqué un accord négocié sur les horaires nocturnes. Une contrainte qui concerne pas moins de 94 supermarchés à Paris, en région parisienne et dans une dizaine de grandes villes de province. Les citadins qui sortent tard du bureau le soir et ont pris l'habitude de faire du shopping nocturne auront toutefois une solution de repli: les supérettes Monop' ne sont pas touchées par la décision du syndicat majoritaire d'exercer son droit d'opposition. Elles pourront donc continuer à ouvrir après 21 heures. *Pourquoi Monoprix doit fermer à 21 heures et pas Monop'*, <http://www.lefigaro.fr/emploi/2013/10/02/09005-20131002ARTFIG00439-pourquoi-monoprix-doit-fermer-a-21-heures-et-pas-monop.php>, consulté le 4 mars 2015.

²⁰³⁶ Le Conseil d'Etat a validé l'ouverture des magasins de bricolage le dimanche, mardi 24 février. L'institution a annoncé avoir « rejeté les recours introduits par plusieurs organisations syndicales contre deux décrets » autorisant les magasins de vente au

bien d'autres) ouverts le dimanche. Avec ou sans législation, ces enseignes sont ouvertes sur Internet 7j/7 et 24h/24. C'est tout leur succès. Si le législateur souhaite protéger les commerces physiques et les emplois qui y sont attachés, il est indispensable de prendre en compte cette évolution fondamentale. Le débat n'épargne aucune profession, ainsi une polémique a divisé la classe politique en février 2014 : « Un boulanger a-t-il le droit d'ouvrir 7 jours sur 7 ? ». Un artisan des Landes avait été mis en demeure pour ne pas respecter le jour de repos hebdomadaire. Il convient de rappeler que « dans les boulangeries et boulangeries-pâtisseries de Lot-et-Garonne, le jour de repos hebdomadaire du personnel salarié est donné soit le dimanche, soit le lundi. Exceptionnellement, ce jour de repos peut être accordé un autre jour de la semaine, par accord des parties, dûment constaté par un écrit adressé à l'inspection du travail auquel sera joint l'avis des organisations professionnelles et syndicales consultées par l'employeur »²⁰³⁷. La Confédération des boulangers reste cependant très attachée au respect des arrêtés de fermeture hebdomadaire qui, selon un de ses communiqués, « permettent à toutes les entreprises de bénéficier d'un jour de repos par semaine » et « stimuleraient la concurrence, en permettant à un client de tester une autre boulangerie une fois par semaine »²⁰³⁸.

709. **Tous les salariés sont concernés** - S'agissant des employés de bureau, l'impact du numérique est différent. En effet, inutile de se lever si tôt le lundi matin si c'est pour se connecter à Facebook. Inversement, les salariés ne cessent pas de travailler lorsqu'ils rentrent chez eux. Contrairement à ce que certains peuvent penser, un professeur ne cesse pas son travail après avoir quitté ses élèves, pas plus que le community manager en veille permanente sur le monde... Sans parler des salariés qui préparent le dimanche matin leur réunion du lundi depuis leur salon. En réalité, les technologies de l'information et de la communication ont renforcé un phénomène préexistant : le passage d'un travail manuel mesurable et contrôlable à des travaux intellectuels ou techniques, pour lesquels temps et lieu de travail ont une moins grande importance²⁰³⁹. Pour ces

détail d'articles de bricolage à déroger à la règle du repos dominical. Ces magasins peuvent donc ouvrir le dimanche de façon illimitée. *Les magasins de bricolage pourront ouvrir le dimanche*, http://www.lemonde.fr/economie/article/2015/02/24/le-conseil-d-etat-valide-l-ouverture-des-magasins-de-bricolage-le-dimanche_4582436_3234.html, consulté le 4 mars 2015.

²⁰³⁷ « Convention collective nationale de la boulangerie-pâtisserie du 19 mars 1976. Etendue par arrêté du 21 juin 1978 JONC 28 juillet 1978. »

²⁰³⁸ *Landes : polémique à propos du boulanger qui veut travailler 7 jours sur 7*, <http://www.ladepeche.fr/article/2015/02/12/2048225-landes-polemique-propos-boulangier-veut-travailler-7-jours-7-7.html>, consulté le 24 février 2015.

²⁰³⁹ Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2, II : la protection de la santé « en droit prospectif ».

travailleurs, les 35 heures hebdomadaires et le repos dominical n'ont plus de raison d'être.

710. **Reconfiguration des temps de vie** - Selon une étude commandée par le ministère belge de l'Emploi et de l'Égalité des chances en 2002 relative aux impacts sur l'emploi et les conditions de travail des nouvelles technologies de l'information et de la communication, les pratiques numériques favorisent l'allongement des journées de travail²⁰⁴⁰. En effet, l'accessibilité plus aisée aux services conduit à des horaires de travail élargis et au travail en dehors des heures standard. Les TIC permettent aux entreprises d'offrir de nouveaux services aux clients et de nouveaux canaux pour accéder à ces services. De cette manière, elles encouragent les attentes des consommateurs. Il devient donc courant d'offrir des services en dehors des heures d'ouverture traditionnelles. Ceci conduit à une augmentation du travail de nuit et des pauses de soirée. Ces évolutions ne sont pas sans conséquences sur la désynchronisation des temps de vie. Pour répondre à ces évolutions, des villes comme Paris ou Rennes ont créé des « bureaux du temps ». Sur la base d'études sur l'utilisation des équipements municipaux aux différents moments de la journée, de la semaine et de l'année, les services municipaux ont pu ajuster leurs conditions d'ouverture en fonction des besoins des publics²⁰⁴¹. D'une manière générale, le temps de la production est de plus en plus étroitement intégré au temps de la demande, avec des incidences sur la prévisibilité du temps de travail, l'intensité du travail et la répartition du temps de travail sur la journée, la semaine, le mois ou l'année. Les changements dans les rythmes de production favorisent tout à la fois des temps de travail plus disparates et une individualisation des temps de travail.

711. **Un nouvel équilibre** - Outre-Manche, il n'y a pas de repos dominical. Les magasins sont ouverts, les salariés ne sont toutefois pas obligés de travailler²⁰⁴². Alors que les pays de droit anglo-saxon s'appuient plutôt sur l'autorégulation (notamment dans les entreprises américaines), l'Europe et en particulier la France ont fait le choix

²⁰⁴⁰ P. Vendramin et G. Valenduc, *Technologies de l'information et de la communication, emploi et qualité du travail*, op. cit., p. 48.

²⁰⁴¹ *Comment fonctionne le Bureau des Temps ?*, http://www.paris.fr/politiques/citoyennete/bureau-des-temps/comment-fonctionne-le-bureau-des-temps/rub_8161_stand_33581_port_18832, consulté le 23 février 2015.

²⁰⁴² *Le dimanche, un jour presque comme les autres aux Etats-Unis*, <http://www.20minutes.fr/economie/1065065-20121216-dimanche-jour-presque-comme-autres-etats-unis>, consulté le 4 mars 2015.

d'une réglementation avec des cadres juridiques précis²⁰⁴³. Or ce cadre n'est plus adapté pour aucune profession. Pire, il conduit à des situations ubuesques où des salariés poursuivent des syndicats²⁰⁴⁴, qui ne font eux-mêmes que faire respecter une législation d'un autre temps. La société doit donc trouver un nouvel équilibre, nécessaire en termes d'efficacité et d'efficience pour les entreprises, les clients, l'emploi – et un droit légitime à la protection de la vie privée des individus. Il faut être pragmatique, plutôt que dogmatique.

712. **Sécurisation impossible ?** - Le problème majeur des pratiques numériques, c'est qu'on ne mesure que les actions matérielles du salarié. Le travail ce n'est pas uniquement des mails qui sont envoyés. Pendant ses vacances on peut faire des rencontres ou avoir des idées à travers ses lectures personnelles qu'on mobilise pour le business. N'est-ce pas du travail ? Dans la pratique, la question du travail librement consenti reste irrésolue au regard des vives tensions, aux contraintes formelles et informelles, qui pèsent sur les salariés et notamment sur les cadres. Si la mise en place du forfait jour permet de lever un certain nombre de difficultés juridiques, toutes ne sont pas résolues²⁰⁴⁵. Nous sommes finalement passés d'un temps objectif, attaché à une société « Taylorienne »²⁰⁴⁶, à un temps subjectif, issu du monde internet, c'est à dire un monde où le temps est difficilement mesurable. Ces constats devraient conduire à une mobilisation plus fréquente du droit au repos et à la santé²⁰⁴⁷.

II. La protection de la santé

713. **Le droit à la santé** - La rupture numérique qui bouleverse les modèles économiques et organisationnels ne doit pas être un prétexte pour remettre en cause les règles protectrices de la santé au travail²⁰⁴⁸. La vocation du droit du travail est la

²⁰⁴³ I. Debré et FRANCE, *Rapport législatif, Proposition de loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires*, Sénat, commission des affaires sociales, 2009.

²⁰⁴⁴ *Travail de nuit: les salariés de Sephora déboutés face aux syndicats*, <http://tempsreel.nouvelobs.com/societe/20131004.AFP7657/travail-de-nuit-les-salaries-de-sephora-deboutes-face-aux-syndicats.html>, consulté le 4 mars 2015.

²⁰⁴⁵ Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2, I, 1, b : « le forfait jours ne dispense pas des temps de repos ».

²⁰⁴⁶ Elle se caractérise par une logique marchande « pure », un environnement stable, une production de masse de biens homogènes, une division du travail poussée, une décision centralisée, une culture de la fonction et de la « position sociale » et un système de gestion exclusivement financier.

²⁰⁴⁷ P. Waquet et Collectif, *13 paradoxes en droit du travail*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2012, p. 247.

²⁰⁴⁸ S. Jeddí, « Social Capital of Mobile Workers : An Emerging Risk Factor ? », *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, vol. 109, 8 janvier 2014, coll.« 2nd World Conference on Business, Economics and Management », p. 536- 540.

protection du salarié dans sa santé et sa sécurité. Sa définition renvoie au préambule de 1946 de la Constitution de l'organisation mondiale de la santé (OMS) : « La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité »²⁰⁴⁹. Les craintes concernant les conséquences des technologies sur le marché du travail ne sont pas récentes et le travail de l'Organisation internationale du travail (OIT), créée en 1919, est toujours aussi pertinent aujourd'hui. « Dans de nombreux pays, la législation du travail était toujours conçue sur un modèle de marché du travail qui a maintenant considérablement changé. De ce fait, cette législation doit être réexaminée et modernisée, et il faut adopter de nouveaux systèmes qui protègent les travailleurs sans nécessairement lier cette protection à des types spécifiques de relations de travail »²⁰⁵⁰. Dans un monde où le travail est de plus en plus automatisé et où les relations employés-employeurs se délitent, les valeurs inscrites dans les normes du travail n'ont jamais autant été utiles (A), mais la complexité des organisations numériques implique des solutions plus complexes (B).

A. En droit positif

714. **Obligation générale de sécurité** – Jusqu'à présent cantonné à une réglementation technique, le droit de la santé et de la sécurité au travail s'enrichit considérablement avec la mise en œuvre de normes à spectre large, tels que les droits fondamentaux ou l'obligation de sécurité²⁰⁵¹. En application de la directive-cadre européenne 89/391/CEE, la loi définit une obligation générale de sécurité qui incombe à l'employeur. L'article L. 4121-1 du Code du travail dispose ainsi que « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ». Il prévoit que ces mesures comprennent à la fois « des actions de prévention des risques professionnels et de la pénibilité au travail », « des actions d'information et de formation » et « la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés ». Le cadre légal a été complété par une jurisprudence de plus en plus fournie qui est venue, notamment, mettre à la charge de l'employeur une « obligation de sécurité de résultat ». La Cour de cassation reconnaît implicitement que « l'employeur (est)

²⁰⁴⁹ Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19 juin -22 juillet 1946; signé le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 Etats. (Actes officiels de l'Organisation mondiale de la Santé, n°. 2, p. 100) et entré en vigueur le 7 avril 1948.

²⁰⁵⁰ BIT, « L'avenir du travail », Genève, 2013, p. 13.

²⁰⁵¹ P. Lokiec et J. Porta, « Droit du travail : relations individuelles de travail », *op. cit.*, p. 902.

débiteur d'une obligation de sécurité de résultat qui lui impose de repérer et prévenir les situations de stress au travail susceptibles de nuire à la santé »²⁰⁵². Il faut voir dans cette obligation un principe d'action, guidé par une exigence d'« effectivité »²⁰⁵³ qui a été énoncée par la chambre sociale dans l'attendu de principe suivant : « Attendu que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité »²⁰⁵⁴. De récents arrêts²⁰⁵⁵ rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation attestent toutefois d'un « recadrage » de l'obligation de sécurité sur sa fonction de prévention des risques professionnels²⁰⁵⁶. Ces arrêts marquent en effet un véritable revirement de jurisprudence qui ne peut qu'encourager les entreprises à mettre en place une véritable politique de prévention, notamment à l'aune des éléments qui auront été mentionnés dans le document unique d'évaluation des risques et de l'état des solutions techniques à leur disposition sur le marché.

715. **Approche proactive** - « On ne saurait raisonnablement exiger d'un employeur que tous ses salariés soient, à tout moment, dans un parfait état de santé physique ou mentale »²⁰⁵⁷. La Haute juridiction²⁰⁵⁸ reconnaît que l'employeur remplit son obligation dès lors qu'il justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail pour assurer la sécurité des salariés²⁰⁵⁹. Mais du fait de la porosité croissante des sphères privées et professionnelles, si l'entreprise n'est pas systématiquement la seule en cause dans la santé du salarié, elle fait désormais nécessairement partie des solutions²⁰⁶⁰. Pour les entreprises, la digitalisation doit s'accompagner d'une approche proactive afin d'anticiper les risques pour la santé. Afin de satisfaire à ses obligations en matière de prévention des risques de santé, l'employeur

²⁰⁵² Cass. soc., 30 nov. 2011, pourvois n°09-67.798, 10-17.552, Bull. civ., V, n° 281.

²⁰⁵³ S. Brunet, *La prévention des risques psychosociaux*, op. cit., p. 33.

²⁰⁵⁴ Cass. soc., 28 fév. 2006, pourvoi n°05-41.555, Bull. civ., V, n°87.

²⁰⁵⁵ Cass. soc., 25 nov. 2015, pourvoi n°14-24.444, en cours de publication ; Cass. soc., 1er juin 2016, pourvoi n°14-19.702, en cours de publication, op. cit.

²⁰⁵⁶ L. Gratton, « Prévention, imputation, punition : vers une évolution des fonctions de l'obligation de sécurité patronale ? », *Les Cahiers Sociaux*, n° 285, mai 2016, p. 262.

²⁰⁵⁷ P. Sargos, « L'émancipation de l'obligation de sécurité de résultat et l'exigence d'effectivité du droit », *JCP S*, n° 1278, 2006.

²⁰⁵⁸ Cass. soc., 25 nov. 2015, pourvoi n°14-24.444, en cours de publication, op. cit.

²⁰⁵⁹ Si le revirement opéré par cette décision ne fait aucun doute, sa portée reste incertaine. P. Lokiec et J. Porta, « Droit du travail : relations individuelles de travail », op. cit., p. 807.

²⁰⁶⁰ G. Brasseur, « Le grand entretien : l'entreprise fait toujours partie des solutions », *travail & sécurité*, n° 742, septembre 2013, p. 10-12.

doit veiller au respect des temps de repos (1), mais il est également tenu d'anticiper les évolutions du travail (2) ²⁰⁶¹.

1) *Le respect des temps de repos*

716. **L'origine des temps de repos** - « La montée en puissance de nouveaux sujets (stress, troubles musculo-squelettiques...), de nouveaux dispositifs juridiques (le droit communautaire porte au premier plan les thèmes et les litiges relatifs à la santé et à la sécurité) et de nouveaux modes de pensée (vie professionnelle/vie personnelle, droits fondamentaux...) ramène sur le devant de la scène les questions de conditions de travail. Il n'est cependant pas certain que l'outil fourni par le droit soit toujours de bonne qualité »²⁰⁶². Avec l'arrivée de générations qui ont grandi avec Internet, le monde du travail est progressivement contraint de s'adapter. Ces mutations préfigurent l'émergence d'un nouveau monde du travail, marqué par l'invasion informationnelle et portant de fait de nouveaux modes de relation au travail. Peut-on encore distinguer temps de travaillé et non travaillé ? (a) Comment assurer la protection de la santé du salarié pour des salariés de plus en plus autonomes ? (b)

a. *L'ordre public de la santé*

717. **L'ordre public de la santé** - Il convient de rappeler que le droit de la durée du travail a d'abord pour objectif la protection de la santé. Ce qui est déterminant, c'est la durée maximum de travail appliquée à une définition précise de ce que sont le temps de travail et les repos minima. Le droit au repos se place sur le terrain de l'ordre public par excellence. À ces dispositions, il est d'autant moins possible de déroger par voie d'accord collectif que les normes impératives émanent du droit communautaire²⁰⁶³. En vertu de la directive européenne sur le temps de travail²⁰⁶⁴, chaque État membre doit faire en sorte que chaque travailleur ait droit à : « un temps de travail hebdomadaire limité, qui ne peut dépasser 48 heures en moyenne, heures supplémentaires incluses ;

²⁰⁶¹ *L'impact du digital sur la santé au travail*, <http://www.focusrh.com/protection-sociale/prevoyance-sante/a-la-une/limpact-du-digital-sur-la-sante-au-travail.html>, consulté le 15 septembre 2015.

²⁰⁶² F. Canut, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », *op. cit.*

²⁰⁶³ FRANCE, Conseil d'analyse économique, J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, coll.« Les Rapports du Conseil d'analyse économique », 2010, p. 53.

²⁰⁶⁴ « Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail », *op. cit.* (JO, L 299, 18 novembre 2003, p. 9).

une période minimale de repos quotidien, à raison de 11 heures consécutives toutes les 24 heures ; un temps de pause pendant le temps de travail, si le travailleur est actif pendant plus de six heures ; une période de repos hebdomadaire minimale de 24 heures sans interruption pour chaque tranche de sept jours, qui s'ajoute au repos quotidien de 11 heures ; un congé payé annuel d'au moins quatre semaines par an ; une protection supplémentaire en cas de travail de nuit (...) ». Il convient d'évaluer dans un premier temps le décompte du temps de repos pour les salariés connectés (i), et dans un second temps la problématique spécifique du forfait en jours (ii).

i. Le respect des temps de repos

718. **Télétravail** - La préservation de la santé des télétravailleurs est garantie de la même façon que pour les autres salariés par le respect des dispositions relatives à la durée du travail. L'employeur est tenu de faire respecter ces dispositions, comme le rappelle l'ANI du 19 juillet 2005 : « la charge de travail et les délais d'exécution [...] doivent, en particulier, permettre au télétravailleur de respecter la législation relative à la durée du travail et tout spécialement la durée maximale du travail et les temps de repos ». L'arrêté du 30 mai 2006 modifié par celui du 15 juin 2006 précise les choses en la matière : « l'employeur doit veiller au respect de la réglementation sur le temps de travail, notamment en s'assurant de la fiabilité du système de décompte des heures supplémentaires, même si le salarié gère librement ses horaires de travail ».

719. **Autonomie des salariés connectés** - L'employeur est tenu de s'assurer du respect des temps de repos prévus par les articles L. 3131-1 et suivants du Code du travail. S'agissant du télétravailleur, l'article 9 de l'ANI du 19 juillet 2005 rappelle ainsi que « la charge de travail et les délais d'exécution, évalués suivant les mêmes méthodes que celles utilisées pour les travaux exécutés dans les locaux de l'entreprise, doivent, en particulier, permettre au télétravailleur de respecter la législation relative à la durée du travail et tout spécialement la durée maximale du travail et les temps de repos ». Lorsque l'on étudie précisément cette définition, on se rend compte qu'elle est en partie contradictoire avec la notion de télétravail à domicile. En effet, le salarié étant chez lui, même s'il est en période de travail, il peut interrompre facilement son travail pour vaquer à ses occupations personnelles, s'occuper de ses enfants par exemple. En matière

de télétravail à domicile, occupation professionnelle et disponibilité personnelle semblent se fondre, et donc rendre difficile la détermination d'un temps de travail effectif, et par conséquent d'un temps de repos.

720. **Le repos effectif** – En l'absence de définition légale en droit interne, une première définition jurisprudentielle définit le temps de repos comme le temps pendant lequel le salarié est « totalement dispensé, directement ou indirectement, sauf cas exceptionnels, d'accomplir pour son employeur une prestation de travail, même si elle n'est qu'éventuelle ou occasionnelle »²⁰⁶⁵. Le temps de repos se définit alors comme un temps au cours duquel le salarié n'est pas sur son lieu de travail et n'est pas soumis aux instructions de l'employeur, c'est-à-dire qu'il peut vaquer librement à ses occupations²⁰⁶⁶. L'article L. 3121-6 du Code du travail qualifie le temps d'astreinte non travaillé comme temps de repos contrariant finalement la position prise par la Cour de cassation²⁰⁶⁷. En revanche rien ne couvre l'intervention « volontaire » mais non « bénévole » d'un salarié qui intervient en dehors du cadre de l'astreinte. La difficulté avec les travaux numériques, c'est précisément que le travailleur ne déconnecte jamais complètement du travail. L'astreinte n'est pas imposée, mais elle peut être partiellement subie. Quel est le statut de l'intervention d'un salarié en veille numérique ? Il faut se référer ici à la notion de « repos effectif ». Le repos définit au sens littéral l'absence de mouvement, l'immobilité, le repos des muscles. Il correspond également à la période, ou au jour, pendant lesquels quelqu'un cesse son travail²⁰⁶⁸. Quant à l'adjectif « effectif », il signifie ce qui produit un effet réel, « dont la réalité est incontestable »²⁰⁶⁹. La qualification peut paraître paradoxale car, par définition, le repos ne devrait pas produire d'action. En parlant de repos effectif, on précise qu'il s'agit d'un repos réel, produisant des effets que l'on peut vérifier et qui, de ce fait, se distingue du travail ou d'activités laborieuses, sollicitant les muscles mais aussi les capacités cognitives, s'agissant des travaux intellectuels. Par conséquent un travail même non commandé expressément par

²⁰⁶⁵ Cass. soc., 10 juil. 2002, pourvoi n°00-18.452, Bull. civ., V, n°238.

²⁰⁶⁶ T. Aubert-Monpeyssen, « Un salarié ne bénéficie pas de son repos hebdomadaire lorsqu'il est d'astreinte », *D.*, 2002, p. 3110.

²⁰⁶⁷ Cass. soc., 10 juil. 2002, pourvoi n°00-18.452, Bull. civ., V, n°238, *op. cit.*

²⁰⁶⁸ Définitions : repos - Dictionnaire de français Larousse, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/repos/68448>, consulté le 20 janvier 2015.

²⁰⁶⁹ Définitions : effectif, effective - Dictionnaire de français Larousse, http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/effectif_effective/27901, consulté le 20 janvier 2015.

l'employeur mais tacitement accepté devrait permettre au salarié de bénéficier d'un repos équivalent²⁰⁷⁰.

721. **Contradiction** - Les difficultés relatives à la notion de lieu de travail ne concernent pas le télétravailleur opérant en télécentre, c'est-à-dire dans un site distinct de son domicile et reconnu comme lieu de travail, mais celui qui exécute sa prestation à domicile²⁰⁷¹. Ces difficultés résident essentiellement dans le principe d'inviolabilité du domicile dont le respect est garanti tant par notre droit interne que par la Convention européenne des droits de l'Homme²⁰⁷². Pour déterminer la durée du repos d'un travailleur, il faut décompter la durée du travail, ce qui doit se faire à partir de la notion de temps de travail effectif, défini par le Code du travail comme « le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles »²⁰⁷³. Lorsque l'on étudie précisément cette définition, on se rend compte qu'elle est en partie contradictoire avec la notion même de télétravail (à domicile). En effet, lorsqu'un salarié choisit le télétravail comme forme d'organisation, c'est en général pour bénéficier d'une plus grande latitude dans l'organisation de ses horaires. Ainsi, le salarié peut choisir de ne pas travailler un après-midi, et de rattraper ses heures de 20h à minuit. Le problème dans ce cas est qu'il ne bénéficiera pas des 11 heures de repos quotidien obligatoire, dont la responsabilité du respect incombe à l'employeur. Pour l'employeur, il est impératif de pouvoir définir le temps de travail effectif des salariés. Par ailleurs, même si l'on réussit à définir le temps de travail du travailleur numérique, il faut ensuite que l'employeur puisse le contrôler. L'employeur doit imposer au salarié de respecter les temps arrêtés par le Code du travail. Pour arriver à ses fins, l'employeur a tout intérêt à prévoir un dispositif de contrôle de l'activité (par exemple en enregistrant les activités en ligne des salariés). Un dispositif qui va à l'encontre des attentes et des besoins du télétravailleur qui cherche une certaine flexibilité. Par ailleurs, une question demeure en suspend. En a

²⁰⁷⁰ L'analyse parue dans *The British Medical Journal* (BMJ), d'une série d'études englobant plus de 400.000 personnes montre que les individus qui travaillent plus de 48 heures par semaine, soit au dessus du seuil d'une directive européenne sur le travail, ont une plus grande probabilité de s'engager dans une consommation à risque pour leur santé. Les auteurs de cette étude soulignent qu'il faut prendre en compte les temps de trajets, qui ont aussi leurs conséquences sur la consommation d'alcool. De quoi élargir la population à risque et justifier la prise en compte des temps de trajet. « Long working hours and alcohol use: systematic review and meta-analysis of published studies and unpublished individual participant data », *BMJ*, vol. 350, 13 janvier 2015.

²⁰⁷¹ Concernant notre droit interne, différentes dispositions, notamment les articles 9 du Code civil et 226-4 du Code pénal, garantissent la protection du domicile

²⁰⁷² N. El Hage, « Les règles de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés sont-elles adaptées au télétravail ? », *Dr. soc.*, 2002, p. 42.

²⁰⁷³ C. trav. art. L. 3121-1.

t'il les moyens concrets ? Là encore se pose un problème, d'ordre technique. Comment mettre en place un dispositif permettant un contrôle, fiable et sécurisé, sans porter atteinte de manière disproportionnée à la vie privée du salarié ?²⁰⁷⁴

722. Absence de sanction pour le salarié qui refuse – A travers l'utilisation des outils numériques en dehors des horaires de travail et la surcharge potentielle de travail qui en découle, la question de la porosité des temps est porteuse d'enjeux juridiques forts au regard des impératifs du droit au repos et à la santé au travail²⁰⁷⁵. Face à des débordements de plus en plus importants, la Cour de cassation est aujourd'hui extrêmement stricte sur le temps de repos, qui est un élément essentiel de la vie privée et familiale. Tout d'abord, il en résulte que toute immixtion professionnelle dans la vie privée est, a priori, exclue et que le salarié se refusant à l'accepter ne peut encourir aucune sanction, ni, a fortiori, être licencié de ce seul fait. Un appel ou un e-mail impératif sur temps de repos n'obligent ainsi en rien le salarié. Une éventuelle sanction serait annulée pour absence de faute, à moins qu'il ne s'agisse d'une astreinte²⁰⁷⁶. Ces heures supplémentaires devraient également être payées. Mais il est parfois difficile de les comptabiliser, en raison de la faible durée des sollicitations numériques. Un outil développé par la CFDT d'Accenture propose toutefois d'y remédier²⁰⁷⁷. Il se présente sous forme d'un fichier Excel qui calcule le « manque à gagner financier » en prenant notamment en compte les courriels envoyés en dehors des horaires légaux de travail.

723. Travail dissimulé – Le régime juridique des temps intermédiaires entre le temps de travail et le temps de repos peut nourrir des contentieux. Le délit de travail dissimulé est constitué, notamment, par le fait de mentionner sur le bulletin de paie « un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli »²⁰⁷⁸. En revanche la « dissimulation d'emploi salarié prévue par l'article L. 8221-5 du Code du travail n'est caractérisée que s'il est établi que l'employeur a, de manière intentionnelle, mentionné sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué »²⁰⁷⁹. La peine principale encourue pour tous les délits relevant du travail

²⁰⁷⁴ Infra. Partie 1, titre 1, chapitre 3 : « contrôle de l'activité des salariés et nouvelles technologies ».

²⁰⁷⁵ E. Génin, *La porosité des temps chez les cadres*, op. cit., p. 137.

²⁰⁷⁶ M. Amégée, *Le contrat de travail à l'épreuve des NTIC : Le temps effectif du travail et le lien de subordination sont-ils remis en cause ?*, Université Paris X, 2002, p. 22.

²⁰⁷⁷ CFDT-Accenture, « *myExtraHours* » : *vers la fin des heures sup non payées ?*, <http://www.cfdt-accenture.org/>, consulté le 13 mai 2014.

²⁰⁷⁸ C. trav., art. L. 8221-5.

²⁰⁷⁹ Cass. soc., 22 mars 2011, pourvoi n°09-70.440, inédit.

dissimulé est un emprisonnement de trois ans au maximum, et peut être assortie d'une amende de 45 000 € au maximum²⁰⁸⁰. L'amende encourue est cinq fois supérieure pour les personnes morales. L'article L. 8224-3 prévoit les peines complémentaires suivantes : l'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus et la confiscation des objets ayant servi à commettre l'infraction ou qui en sont le produit, et qui appartiennent au condamné.

724. Requalification et sanctions - S'agissant des temps de restauration et de pause, l'article L 3121-2 du Code du travail précise que « le temps nécessaire à la restauration ainsi que les temps consacrés aux pauses sont considérés comme du temps de travail effectif lorsque les critères définis au premier alinéa sont réunis ». La pause doit être effective, le salarié devant recouvrer une certaine liberté. On procède à une distinction entre les « vraies » pauses et les « fausses » pauses. Le temps passé par un salarié à prendre ses repas sur place constitue un temps de travail effectif lorsqu'il est contraint de le faire en raison de son emploi et qu'il ne dispose d'aucune liberté pendant cette période. Par ailleurs, le Code du travail interdit expressément aux salariés de travailler pendant leurs congés. L'article D. 3141-1 prévoit que : « l'employeur qui emploie pendant la période fixée pour son congé légal un salarié à un travail rémunéré, même en dehors de l'entreprise, est considéré comme ne donnant pas le congé légal, sans préjudice des dommages et intérêts auxquels il peut être condamné en application de l'article D. 3141-2 ». Suivant cet article, « le salarié qui accomplit pendant sa période de congés payés des travaux rémunérés, privant de ce fait des demandeurs d'emploi d'un travail qui aurait pu leur être confié, peut être l'objet d'une action devant le juge d'instance en dommages et intérêts envers le régime d'assurance chômage. (...) L'employeur qui a occupé sciemment un salarié bénéficiaire d'un congé payé peut être également l'objet, dans les mêmes conditions, de l'action en dommages et intérêts »,.

725. Début de preuve des heures effectuées - En cas de travail effectif, une rémunération supplémentaire pourrait être exigée, au titre de la requalification des heures de repos effectivement travaillées en heures supplémentaires. En effet, le salarié ayant accompli régulièrement, pendant une longue période, des heures supplémentaires au vu et au su de l'employeur qui ne s'y est pas opposé a droit au paiement de celles-

²⁰⁸⁰ C. trav., art. L. 8224-1.

ci²⁰⁸¹. Pour les cadres en « forfait jours », une seule heure de travail effectif devrait annuler la journée de repos correspondante. La preuve des heures de travail effectuées est régie par l'article L. 3171-4 du Code du travail. L'employeur qui n'apporte aux juges aucun élément prouvant que le salarié n'a pas fait les heures de travail qu'il réclame est forcément condamné à payer au salarié les sommes qu'il demande²⁰⁸². Il faut que le relevé du salarié soit corroboré par un nombre maximum d'attestations de tierces personnes ou de documents professionnels présentant des dates et des horaires. Les documents électroniques sont alors très utiles puisqu'ils conservent un certain nombre de trace de l'activité. On peut notamment citer les courriels, les relevés d'appels téléphoniques, des relevés d'itinéraires²⁰⁸³. Mais on pourrait également voir apparaître des relevés de géolocalisation²⁰⁸⁴, des photos datées et localisées, ou bien encore des fichiers de travail. Des traitements de textes ou des PDF sont notamment susceptibles de contenir le nom de l'auteur, la date et l'heure de la création du fichier, et même parfois une partie de l'historique de l'édition de ce fichier²⁰⁸⁵. La Cour a affirmé qu'il appartenait à l'employeur de prouver, en cas d'heures supplémentaires, « que celles-ci l'ont été sans son accord implicite ». La passivité de celui-ci est interprétée comme une acceptation implicite des heures en question²⁰⁸⁶.

ii. Le forfait jours ne dispense pas des temps de repos

726. **Convention de forfait** - Après être restée fondée pendant presque un siècle sur la base de la durée quotidienne et hebdomadaire du travail et sur un mode de fonctionnement homogène fondé sur des horaires collectifs et fixes, l'introduction du régime du forfait constitue une innovation dans notre système juridique²⁰⁸⁷. Ainsi, lorsque le forfait est en jours sur l'année, les règles relatives à la durée légale et aux durées quotidiennes et hebdomadaires maximales ne s'appliquent pas : on ne mesure

²⁰⁸¹ Cass. soc., 19 juin 1974, pourvoi n°73-40.670, Bull. civ., n°373.

²⁰⁸² La salariée avait produit un relevé d'itinéraires et des attestations auxquels l'employeur pouvait répondre. Cass. soc., 16 mai 2012, pourvoi n°11-14.268, inédit.

²⁰⁸³ Cass. soc., 15 janv. 2014, pourvoi n°12-19.472, Bull. civ., V, n°15.

²⁰⁸⁴ *Un mouchar dans l'iPhone : faut-il s'en inquiéter ?*, <http://www.01net.com/editorial/531945/un-mouchard-dans-l-iphone-faut-il-s-en-inquieter/>, consulté le 25 février 2015.

²⁰⁸⁵ *Métadonnées : vos fichiers parlent pour vous*, [metadonnees-vos-fichiers-parlent-vous.html](http://www.metadonnees-vos-fichiers-parlent-vous.html), consulté le 25 février 2015.

²⁰⁸⁶ Cass. soc., 22 mars 2011, pourvoi n°09-70.877, inédit.

²⁰⁸⁷ Si les référents conditionnant la régulation du temps de travail restent ceux de l'industrie, le régime du forfait a porté au premier plan la question de la pertinence juridique de la notion de temps de travail comme instrument de contrôle du travail. E. Génin, *La porosité des temps chez les cadres*, op. cit., p. 105.

plus le temps de travail en heures, mais en jours²⁰⁸⁸. Par contre, le repos quotidien, le repos hebdomadaire et les temps de pause doivent être respectés²⁰⁸⁹.

727. **Repos intellectuel** - Est-ce que tous les « cerveaux d'œuvre » sont éligibles au régime du forfait ? En théorie, le décompte du temps de travail est le même pour les télétravailleurs que pour les salariés dans l'entreprise. Mais généralement le télétravail va souvent de pair avec le forfait jours. En effet, le travail à distance implique une certaine autonomie, et le forfait semble particulièrement adaptés aux professionnels du numérique (tant ils semblent dotés du don d'ubiquité). Les deux régimes présentent d'ailleurs des similitudes. Selon l'article L. 1222-10 du Code du travail, l'employeur est tenu, à l'égard du télétravailleur, « d'organiser chaque année un entretien qui porte notamment sur les conditions d'activité du salarié et sa charge de travail ». Cet article s'inspire de l'article L. 3121-46 applicable aux salariés en forfait-jours qui précise qu'« un entretien annuel individuel est organisé par l'employeur, avec chaque salarié ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année » et que celui-ci « porte sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, ainsi que sur la rémunération du salarié ». Il est permis de considérer que de tels entretiens contribuent à ce que l'employeur respecte son obligation de sécurité de résultat à l'égard de l'ensemble de ses salariés, télétravailleurs compris²⁰⁹⁰. La solution *a priori* viable serait donc de considérer que les travailleurs numériques ou nomades devraient être soumis à la réglementation dérogatoire sur le forfait jours²⁰⁹¹.

728. **Télétravail, forfait et « autonomie »** – Le télétravailleur, même s'il n'est pas obligatoirement soumis au régime du forfait, et le cadre, même s'il n'est pas assimilable au télétravailleur, se voient appliquer un régime similaire. Mais n'y a-t-il pas certain paradoxe à dire que le télétravailleur est un salarié « comme les autres », soumis à l'horaire collectif comme s'il était dans l'entreprise, et en même temps à dire que le télétravail ne vise que les salariés « autonomes », capable de gérer leur temps et leurs priorités au sein d'une journée de travail ? On relève pourtant cette contradiction dans

²⁰⁸⁸ Comme le précise l'article L 3121-47 du Code du travail, les salariés concernés par une convention de forfait en jours ne sont pas soumis à la durée légale de travail. En contrepartie de cette forfaitisation des temps, la rémunération du salarié présente elle aussi un caractère forfaitaire, qui exclut toute notion d'heure supplémentaire.

²⁰⁸⁹ F. Héas, « La durée du travail dans les lieux de vie et d'accueil », *op. cit.*

²⁰⁹⁰ G. Dedessus-Le-Moustier, « Travail à domicile et télétravail », *op. cit.*

²⁰⁹¹ D. Denis, *Dynamiser le télétravail : un enjeu décisif pour la croissance et l'emploi*, *op. cit.*, p. 19.

certaines accords : « les demandes sont examinées par l'employeur au vu des conditions de faisabilité tant techniques qu'organisationnelles au regard du poste de travail considéré et de la maîtrise de l'emploi dont fait preuve le salarié, notamment de sa capacité à travailler de manière autonome »²⁰⁹². Si on va jusqu'au bout de la logique, sur la base d'un tel accord, dès lors que l'on constaterait qu'un salarié est apte à télétravailler parce qu'il est effectivement autonome, on devrait faire bénéficier au salarié du dispositif du forfait jours et inversement.

729. Flexibilité ou disponibilité permanente – Instituées par la loi du 19 janvier 2000, le régime du forfait apparaît comme le dispositif de décompte du temps de travail le mieux adapté aux travailleurs numériques, notamment les cadres, en raison de la difficulté d'anticiper leurs horaires. En facilitant le travail à distance, le numérique allonge spontanément la durée de connexion avec l'entreprise, et par ricochet la journée de travail. Certes « un cadre, ça ne compte pas son temps »²⁰⁹³, mais l'employeur doit prendre garde ; ce dispositif ne le dispense pas de son obligation de faire respecter les temps de repos quotidien (11h consécutives)²⁰⁹⁴ et hebdomadaire (24h+11h=35h)²⁰⁹⁵. Il s'agit d'un impératif communautaire qui prime sur les règles légales mais aussi conventionnelles nationales. Or, suivant les résultats d'une enquête réalisée par la DARES en 2004 : 73% des cadres au forfait déclarent travailler le week-end et 39% la nuit après 22h²⁰⁹⁶. « La situation des salariés en forfait jours qui ne maîtrisent plus ni leur charge de travail, ni les délais de la production, est devenue intolérable » selon la CGT qui relève une forte augmentation du temps de travail réel des cadres notamment par le biais des technologies mobiles²⁰⁹⁷.

730. Violation de la Charte sociale européenne – Suite aux réclamations déposées par la CGT et la CFE-CGC, l'État français a été condamné à plusieurs reprises²⁰⁹⁸ par le Comité Européen des Droits Sociaux (CEDS) pour violation des articles 2§1 et 4§2 de la Charte Sociale Européenne révisée²⁰⁹⁹. Selon le comité d'experts chargé du contrôle de

²⁰⁹² UCANSS, « Protocole d'accord sur le travail à distance du 4 mars 2014 (agréé le 3 juillet 2014) ».

²⁰⁹³ J.-E. Ray, « Temps de travail des cadres : acte IV, scène 2 », *op. cit.*

²⁰⁹⁴ C. trav. art. L. 3131-1.

²⁰⁹⁵ Il est interdit de faire travailler un même salarié plus de six jours par semaine. C. trav. art. L. 3132-1 et s.

²⁰⁹⁶ « Le télétravail en France », enquête de la DARES, décembre 2004.

²⁰⁹⁷ *Forfait jours : enfin des éléments de bilan*, <http://www.ugict.cgt.fr/publications/cadres-infos/forfait-jours-enfin-des-elements-de-bilan>, consulté le 24 février 2015.

²⁰⁹⁸ *CJCE*, 9 sept. 2003, aff. C-151-02.

²⁰⁹⁹ *CEDS, déclaration de recevabilité, 23 juin 2010, Confédération Générale du Travail (CGT) c. France, réclamation n° 55/2009.*

l'application de la Charte sociale européenne, les périodes d'astreinte pendant lesquelles le salarié n'a pas été amené à intervenir au service de son employeur, « si elles ne constituent pas un temps de travail effectif, ne peuvent néanmoins être, sans limitation, assimilées à un temps de repos [...] sauf dans le cadre de professions déterminées ». Paradoxalement, s'agissant des relations numériques de travail, le forfait avait justement pour intérêt d'intégrer ces plages de « travail gris ». La situation des cadres avec forfait en jours constitue une violation de cette charte révisée, en raison de la durée excessive du travail hebdomadaire autorisée, ainsi que de l'absence de garanties suffisantes. Il estime également que les heures de travail effectuées par ces salariés, qui ne bénéficient d'aucune majoration de rémunération, sont anormalement élevées²¹⁰⁰. La Cour de cassation avait précisé, dans une décision du 29 juin 2011, que les dispositions d'un accord collectif mettant en place le forfait jour doivent assurer la garantie du respect des durées maximales du travail. « Tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité. Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire... »²¹⁰¹. Depuis cet arrêt, la Cour de cassation s'est prononcée à plusieurs reprises pour priver d'effet des accords de branche ou des conventions dont les dispositions ne sont pas conformes à sa jurisprudence permettant de garantir la protection de la sécurité et de la santé du salarié²¹⁰². Au nom de l'obligation de la santé et de la sécurité, presque toutes les conventions de branches étaient susceptibles d'être invalidées²¹⁰³. En effet, de nombreuses entreprises avaient déduit qu'elles pouvaient s'affranchir de tout contrôle sur le volume et le rythme de travail de leurs salariés au forfait-jours²¹⁰⁴. Avec les nouveaux articles L. 3121-53 à L. 3121-66 du code du travail, le législateur a repris la main et a choisi, non seulement de consolider l'état du droit positif, en adoptant les apports de la jurisprudence, mais aussi de le perfectionner²¹⁰⁵.

²¹⁰⁰ D. Roman, « Comité européen des droits sociaux (CEDS) : Articulation des sources européennes protectrices des droits fondamentaux », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, février 2011.

²¹⁰¹ *Cass. soc.*, 29 juin 2011, pourvoi n°10-14.743, *Bull. civ.*, V, n°184.

²¹⁰² ORSE, *Guide ORSE du meilleur usage des outils de communication numérique dans les entreprises*, *op. cit.*, p. 65.

²¹⁰³ Le « défaut d'effet » du forfait-jours, c'est-à-dire sa nullité, a pour conséquence que le salarié peut réclamer le paiement des heures supplémentaires travaillées. Il pourra aussi réclamer l'octroi de dommages-intérêts pour non-respect de son droit au repos. En définitive, les conséquences financières de l'annulation des conventions de forfait (heures supplémentaires, congés payés et charges sociales y afférent, travail dissimulé) sont particulièrement lourdes pour l'employeur.

²¹⁰⁴ Convention collective de la chimie, *Cass. soc.*, 31 janv. 2012, pourvoi n°10-19.807, *Bull. civ.*, V, n° 43 ; Convention collective des experts comptables *Cass. soc.*, 14 mai 2014, pourvoi n°12-35.033, *Bull. civ.*, V, n°121, *op. cit.* ; Convention collective des entreprises de travaux publics *Cass. soc.*, 11 juin 2014, pourvoi n°11-20.985, *Bull. civ.*, V, n°137, *op. cit.* ; Convention collective du notariat, *Cass. soc.*, 13 nov. 2014, pourvoi n°13-14.206, *en cours de publication*.

²¹⁰⁵ P. Florès, « Le forfait en jours après la loi du 8 août 2016 », *Dr. soc.*, 2016, p. 898.

731. **Les apports de la loi travail** - La loi n°2016-1088 du 8 août 2016²¹⁰⁶ a répondu aux attentes de précisions en s'appropriant la jurisprudence de la Cour de cassation pour assurer le respect des exigences constitutionnelles et européennes de santé et de droit au repos. Le législateur a tout d'abord confirmé le périmètre du forfait en jours en insérant des conditions de fond et de forme dans la sous-section consacrée à l'ordre public²¹⁰⁷. Comme auparavant, le forfait en jours a pour effet de soustraire le salarié aux règles relatives à la durée légale et aux durées maximales quotidienne et hebdomadaire, seules restant applicables celles fixant les repos journalier et hebdomadaire²¹⁰⁸. La protection du consentement est assurée par l'article L. 3121-55 qui reprend la nécessité d'une convention écrite²¹⁰⁹. Cet écrit permet au salarié de prendre conscience des conséquences du forfait en jours en termes d'organisation du travail et de retentissement sur sa vie familiale et personnelle. L'ampleur de l'appropriation du travail de la Cour de cassation par le législateur apparaît nettement avec la reprise de l'arrêt du 31 janvier 2012²¹¹⁰ : « L'employeur s'assure régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail »²¹¹¹. L'importance de cet article se traduit par son caractère d'ordre public²¹¹².

732. **Perfectionnement du forfait jour** - L'invalidation d'un grand nombre d'accords collectifs ayant placé un certain nombre d'entreprises dans la plus grande des perplexités, la loi du 8 août 2016 va au-delà d'une simple consolidation apportant un certain nombre de perfectionnement au dispositif²¹¹³. L'article 12 solde le passé en instaurant un système de régularisation des conventions individuelles signées sur le fondement d'un accord collectif insuffisant conclu antérieurement à la loi. Mais, surtout, l'article L. 3121-65, I, prévoit la possibilité de conclure une convention de forfait en jours malgré l'absence de stipulations conventionnelles prévues aux 1° et au 2° du II de

²¹⁰⁶ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », *op. cit.* (JO n°0184, 9 août 2016).

²¹⁰⁷ L'éligibilité reste limitée, d'une part, aux cadres disposant d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif et, d'autre part, aux salariés dont la durée du temps de travail ne peut être déterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées. C. trav. art. L. 3121-58.

²¹⁰⁸ C. trav. art. L. 3121-62

²¹⁰⁹ Cass. soc., 26 mars 2008, pourvoi n°06-45.990, Bull. civ., V, n°71.

²¹¹⁰ Cass. soc., 31 janv. 2012, pourvoi n°10-19.807, Bull. civ., V, n° 43, *op. cit.*

²¹¹¹ C. trav. art. L. 3121-60.

²¹¹² Dans le silence du législateur quant aux sanctions applicables, on peut penser que les solutions dégagées par la jurisprudence sont maintenues : nullité de la convention individuelle, en cas de défaut de respect des conditions de recours au forfait en jours (existence d'un accord collectif valable en prévoyant le recours, éligibilité légale ou conventionnelle du salarié, existence d'un écrit...), ou privation d'effet, en cas de manquement de l'employeur à ses obligations de contrôle. Cass. soc., 29 juin 2011, pourvoi n°09-71.107, Bull. civ., V, n°181.

²¹¹³ P. Florès, « Le forfait en jours après la loi du 8 août 2016 », *op. cit.*, p. 898.

l'article L. 3121-64, c'est-à-dire celles qui doivent déterminer les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié et les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail du salarié, sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sur sa rémunération, ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise. Mais, pour cela l'employeur doit remplir trois conditions cumulatives : établir un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées²¹¹⁴ ; s'assurer que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires²¹¹⁵ ; organiser un entretien annuel avec le salarié pour évoquer sa charge de travail, qui doit être raisonnable, l'organisation de son travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, ainsi que sa rémunération²¹¹⁶. Cette disposition ingénieuse constitue une béquille pour les employeurs confrontés à un accord collectif incomplet. Ils pourront s'appuyer sur elle pour recourir en toute légalité à une convention individuelle pour échapper au risque de nullité. Dans un arrêt du 24 avril 2013²¹¹⁷, la chambre sociale avait en effet relevé un moyen d'office et cassé un arrêt de la cour d'appel de Paris pour violation de plusieurs textes et directives européens et nationaux, et indirectement du bloc constitutionnel. Selon la Cour de cassation l'accord organisant le forfait en jours devait en déterminer clairement les modalités et ne pas laisser au contrat le soin de fixer la mise en œuvre et le contrôle. A défaut, la santé était insuffisamment protégée et la convention de forfait-jours devait être annulée²¹¹⁸. Désormais, l'employeur dispose d'une feuille de route qui trace les actions qu'il doit mener²¹¹⁹. Le législateur livre un standard qui servira probablement de base à la négociation collective. L'article L. 3121-64, II, 2°, laisse ainsi toute liberté à l'accord collectif pour fixer le rythme et la forme des communications entre le salarié et l'employeur sur la charge de travail du salarié, l'articulation avec la vie personnelle, la rémunération et l'organisation du travail dans l'entreprise. Mais, il sera toujours possible de s'inspirer du dispositif supplétif qui adopte la solution de l'entretien annuel²¹²⁰ de l'ancien article L. 3121-46 du Code du travail. Dans tous les cas, la charge de travail

²¹¹⁴ C. trav., art. L. 3121-65, I, 1°.

²¹¹⁵ C. trav., art. L. 3121-65, I, 2°.

²¹¹⁶ C. trav., art. L. 3121-65, I, 3°.

²¹¹⁷ *Cass. soc.*, 24 avr. 2013, pourvoi n°11-28.398, *Bull. civ.*, V, n° 117, *op. cit.*

²¹¹⁸ *Cass. soc.*, 31 janv. 2012, pourvoi n°10-19.807, *Bull. civ.*, V, n° 43, *op. cit.*

²¹¹⁹ P. Florès, « Le forfait en jours après la loi du 8 août 2016 », *op. cit.*, p. 898.

²¹²⁰ C. trav., art. L. 3121-65, II.

devra rester raisonnable²¹²¹. On retrouve ici un nouvel écho à la Cour de cassation qui fait reposer sur l'employeur la responsabilité de s'assurer que la durée du travail et la charge de travail restent raisonnables. Dans le cas de convention de forfait en jours, l'accord collectif doit impérativement définir « les conditions de suivi de l'organisation du travail, de l'amplitude des journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte »²¹²². La santé du salarié devient un élément essentiel de la relation de travail.

733. Responsabilité de l'entreprise – L'employeur est tenu de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité physique et mentale de ses salariés. Même pour les salariés au forfait, les durées maximales de travail ainsi que des repos journaliers et hebdomadaires doivent être respectées²¹²³. L'obligation, notamment de contrôler les horaires de travail, est soulignée par les magistrats qui estiment qu'il s'agit d'une des composantes de l'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur²¹²⁴, elle conduit indirectement l'employeur à devoir contrôler l'usage des outils informatiques. La loi dite « travail »²¹²⁵ prévoit également que l'accord autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours devra déterminer les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion²¹²⁶. Ainsi l'essentiel des obligations pèse sur les entreprises qui doivent veiller à ce que les salariés ne fassent pas un usage excessif des messages (courriel, SMS, etc.) en dehors des horaires de travail « habituels ». Sur un autre aspect du régime de l'obligation de sécurité, la Cour de cassation devait trancher la question de savoir s'il y a lieu de prendre en compte la faute du salarié qui a concouru au dommage, pour atténuer la responsabilité de l'employeur pour manquement à ladite obligation²¹²⁷. La réponse de la haute juridiction est négative : « les obligations des travailleurs dans le domaine de la sécurité et de la santé au travail n'affectent pas le principe de responsabilité de l'employeur »²¹²⁸. L'obligation, pour le salarié, de veiller à sa propre sécurité²¹²⁹, ne peut être invoquée pour tempérer le montant des indemnités demandées. L'acceptation des risques ou l'attitude fautive ayant

²¹²¹ C. trav., art. L. 3121-65, I, 2° et 3°.

²¹²² Cass. soc., 14 mai 2014, pourvoi n°12-35.033, Bull. civ., V, n°121, op. cit.

²¹²³ Infra. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2, I, A, 1, a : « le respect des temps de repos ».

²¹²⁴ Cass. 2ème civ., 19 sept. 2013, pourvoi n°12-22.156, Inédit.

²¹²⁵ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », op. cit. (JO n°0184, 9 août 2016).

²¹²⁶ C. trav. art. L. 3121-64. « L'accord prévoyant la conclusion de conventions individuelles de forfait en heures ou en jours sur l'année détermine : (...) 3° Les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion prévu au 7° de l'article L. 2242-8 ».

²¹²⁷ P. Lokiec et J. Porta, « Droit du travail : relations individuelles de travail », op. cit., p. 807.

²¹²⁸ Cass. soc., 10 fév. 2016, pourvoi n°14-24.350, en cours de publication.

²¹²⁹ C. trav. art. L. 4122-1.

contribué au dommage n'affectent pas l'étendue de la réparation. « Le message est clair. La prévention ne se monnaie pas, même avec l'accord du salarié. L'acceptation du risque inhérent à l'emploi, financièrement compensé, ne dédouane pas l'employeur de ses obligations de loyauté et de prévention. À charge pour lui de s'appuyer, le cas échéant, sur l'analyse de la situation par le médecin du travail »²¹³⁰.

734. Contenu des accords d'entreprise – A partir des nouvelles dispositions de la loi, les entreprises doivent impérativement auditer leurs accords et leurs pratiques. Le contrôle du temps du travailleur numérique au forfait par l'employeur doit faire l'objet de dispositions précises. Ceux-ci doivent non seulement rappeler la nécessité pour le télétravailleur de respecter les règles légales relatives au temps de travail, mais ils doivent préciser également les différentes modalités de contrôle²¹³¹ : enregistrement automatique, agenda commun, appel téléphonique, décompte des temps de connexion sur le poste informatique, visioconférence, envoi d'un courrier électronique ou auto-déclaration préalable²¹³². On passe en quelque sorte du contrôle du temps de travail au contrôle de la santé du salarié. La protection de la santé du salarié devient un impératif permanent et supérieur en matière d'organisation de la durée du travail, qu'elles qu'en soient les modalités. Mais si ces modalités permettent d'abord de protéger la santé du salarié en mettant en place des garde-fous, en revanche, il reste difficile de contrôler effectivement l'activité du salarié, sans que ce contrôle s'analyse comme disproportionné. « La détérioration de la vie privée du salarié peut résulter de l'usage d'Internet qui offre des outils techniques de mesure du temps de travail précis et efficaces. Le mécanisme consiste, pour des logiciels fonctionnant en « groupware » ou en réseaux, de décompter les heures d'utilisation de chaque poste afin de mesurer précisément le rythme d'activité des salariés en fonction du programme informatique utilisé, soit tout simplement leur productivité »²¹³³. De tels procédés de contrôle de l'activité des salariés doivent dans tous les cas faire l'objet d'une procédure de déclaration à la CNIL et d'information des salariés²¹³⁴.

²¹³⁰ A. Bugada, « Santé au travail : neutralité de la faute du salarié à l'égard du principe de responsabilité de l'employeur », *Gaz. Pal.*, n° 13, 29 mars 2016, p. 69.

²¹³¹ G. Dedessus-Le-Moustier, « Travail à domicile et télétravail », *op. cit.*, p. 233.

²¹³² *Infra.* Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 1 : « conditions de mise en place d'un dispositif de surveillance des salariés ».

²¹³³ M. Delawari et C. Landat, « Les enjeux de la relation salariale au regard du développement du réseau Internet », *op. cit.*, p. 44.

²¹³⁴ *Infra.* Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 1, C : « les procédures ».

735. **Une position discutable** – Il convient toutefois d’être extrêmement vigilant car le contrôle peut lui même attenter à la santé des salariés. L’ANI du 19 juin 2013 sur l’amélioration de la qualité de vie au travail définit la qualité de vie au travail comme un sentiment de bien-être au travail qui englobe l’intérêt du travail, le sentiment d’implication, le degré d’autonomie et de responsabilisation... « La spécificité du régime de la durée du travail du cadre autonome n’avait-elle pas aussi pour fonction de le valoriser ? À quoi bon mettre en place un forfait jours si c’est pour en revenir à un contrôle permanent ? »²¹³⁵. Le message de la Cour de cassation porté par l’arrêt du 29 juin 2011 et repris par la loi travail apparaît en ce sens contradictoire : une convention de forfait en jours n’est valide que si elle est encadrée par un accord collectif apportant une protection effective du droit à la santé et au repos et si celui-ci est scrupuleusement appliqué par l’employeur²¹³⁶. Les juges et le législateur doivent prendre garde à ne pas confondre disponibilité permanente et flexibilité légitime du travail porté par les outils numériques. Finalement, les forfaits jours apparaissent encore comme une « anomalie » dans notre système juridique. Il n’en demeure pas moins que « la mise en place de telles constructions témoigne de ce que le degré d’autonomie, la grande liberté qui en découle au plan des conditions de travail, l’impossibilité de prédéterminer les temps de travail et obligent à décliner de manière spécifique la fonction protectrice de la santé et de la sécurité que remplit le droit de la durée du travail »²¹³⁷. À l’ère des connexions et du télétravail, il devient presque aussi difficile d’évaluer la charge de travail que le temps de travail de façon objective.

736. **Des adaptations nécessaires** - Si l’on veut que l’Europe ne rate pas le tournant de l’économie numérique, il est indispensable de procéder aux adaptations nécessaires, au niveau européen comme au niveau national. La directive européenne sur le temps de travail prévoit d’ailleurs la possibilité de dérogations aux durées de travail maximales mais aussi aux temps de repos pour les salariés dotés d’un niveau d’autonomie nécessaire à l’exercice de leurs responsabilités²¹³⁸. Les dérogations autorisées par la directive européenne n°2003/88/CE tiennent aux personnes (article 17.1) : « Dans le

²¹³⁵ F. Favennec-Hery, « Qualité de vie au travail et temps de travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 117.

²¹³⁶ B. Van Craeynest et P. Masson, « Comment réglementer le temps de travail des cadres ? », *RDT*, 2011, p. 282.

²¹³⁷ J. Barthélémy, *Évolution du droit social*, *op. cit.*, p. 274.

²¹³⁸ C. trav. art. L. 3121-43 : « Peuvent conclure une convention de forfait en jours sur l’année, dans la limite de la durée annuelle de travail fixée par l’accord collectif prévu à l’article L. 3121-39 : 1° Les cadres qui disposent d’une autonomie dans l’organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l’horaire collectif applicable au sein de l’atelier, du service ou de l’équipe auquel ils sont intégrés. 2° Les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d’une réelle autonomie dans l’organisation de leur emploi du temps pour l’exercice des responsabilités qui leur sont confiées.

respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, les États membres peuvent déroger aux articles 3 à 6 lorsque la durée du temps de travail, en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée, n'est pas mesurée et/ou prédéterminée ou peut être déterminée par les travailleurs eux-mêmes, et notamment lorsqu'il s'agit de cadres dirigeants ou d'autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome ». Mais elles tiennent également à l'activité du salarié (article 17.3) : « il peut être dérogé aux articles 3, 4, 5, 8 »²¹³⁹ dans 21 cas, dont « les activités caractérisées par la nécessité d'assurer la continuité du service ou de la production », parmi lesquelles « les activités de recherche et de développement ». Le rapport Mettling proposait de préciser à l'article L. 3121-46 ce qu'il faut entendre par charge de travail ; en y ajoutant son suivi et un droit d'alerte individuel permettant de mettre rapidement fin à d'éventuelles dérives²¹³⁹. Il serait souhaitable que le législateur français prenne en compte dans ses futurs travaux la réalité vécue par les salariés du numérique concernés. A ce titre, les forfaits jours ne sont peut-être que les prémices d'une nouvelle organisation du droit de la durée du travail fondé exclusivement sur des temps de repos minima et la charge de travail²¹⁴⁰.

b. La déconnexion des outils de communication à distance

737. **Télé-disponibilité** - En principe, les outils numériques doivent être utilisés à des fins professionnelles pendant les horaires de travail, mais dans les faits, ils servent souvent en dehors du temps de travail. Ils permettent notamment de joindre le salarié en dehors de ses horaires de travail par le biais d'un appel téléphonique ou d'un message écrit (un courriel ou un SMS). Mais ils peuvent aussi permettre au salarié de se connecter « spontanément » aux serveurs de l'entreprise et de poursuivre son travail à distance²¹⁴¹. Dès lors, faut-il bloquer l'accès aux messageries électroniques (sur *smartphones* ou ordinateur) en dehors des horaires de travail ? La tentation est forte au

²¹³⁹ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, op. cit., p. 48.

²¹⁴⁰ Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2, II, A : « le droit de l'indisponibilité ».

²¹⁴¹ La prédétermination du temps de travail devient de plus en plus difficile voire impossible, alors que le travail sur le site de l'entreprise tend à devenir de moins en moins la règle. En effet, « les contraintes engendrées par les TIC résultent, souvent, des relations entre le cadre quasi-indépendant et ses propres clients, qui, bien souvent, disposent de son numéro de téléphone portable et se permettent, alors, de le joindre à leur guise, hors des périodes de travail, y compris le dimanche. Ainsi, la pression est omniprésente et bilatérale : d'un côté l'obligation de résultat imposée aux cadres quasi-indépendants par l'entreprise, et de l'autre l'obligation de disponibilité dans les relations avec les clients ». A.-C. Alibert, *Les Cadres quasi-indépendants*, op. cit., p. 192.

regard des sanctions possibles contre l'employeur en cas de non-respect des règles relatives à la santé et au droit au repos.

738. Coresponsabilité du salarié et de l'entreprise – Dans un arrêt du 24 avril 2013²¹⁴², la Cour de cassation a considéré que les stipulations de l'article 4 de l'accord du 22 juin 1999 relatif à la durée du travail, pris en application de la convention collective dite « Syntec » du 15 décembre 1987, ne sont pas de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié, en garantissant que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et bien répartis dans le temps²¹⁴³. A la suite de cet arrêt, la fédération patronale Syntec²¹⁴⁴ a signé le 1er avril 2014 un nouvel accord de branche avec la CFDT et la CFE-CGC²¹⁴⁵. L'accord très médiatisé²¹⁴⁶, prévoit une « obligation de déconnexion des outils de communication à distance » pour garantir le respect des durées minimales de repos imposées par la réglementation française et européenne sur la charge de travail et les temps de repos minimaux. Il ne s'agit pas véritablement d'une obligation totale de déconnexion mais une obligation réciproque. Il y a une « coresponsabilité » dans la déconnexion. D'une part, l'employeur a l'obligation de s'assurer de la possibilité pour le collaborateur de se déconnecter des outils de communication à distance. Il doit également veiller à mettre en place un outil de suivi pour limiter le respect des temps de repos quotidien et hebdomadaire du salarié. D'autre part, « l'effectivité du respect par le salarié de ces durées minimales de repos implique pour ce dernier une obligation de déconnexion des outils de communication à distance » pendant son temps de repos.

739. Les dispositions de la loi du 8 août 2016 – La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016²¹⁴⁷ prévoit un « droit à la déconnexion » dont « les modalités d'exercice par le salarié sont définies par l'employeur et communiquées par tout moyen aux salariés concernés. Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, ces modalités sont

²¹⁴² Cass. soc., 24 avr. 2013, pourvoi n°11-28.398, Bull. civ., V, n° 117, op. cit.

²¹⁴³ J. Siro, « Convention SYNTEC : risque de nullité des conventions de forfaits en jours », *Dalloz actualité*, mai 2013.

²¹⁴⁴ Cet accord est particulièrement intéressant puisque la branche Syntec couvre uniquement des prestations intellectuelles : le numérique, l'ingénierie, les études, le conseil et l'évènementiel. Les salariés au forfait jours sont majoritairement des cadres pourvus d'une certaine autonomie, qui sont en général dotés d'outils permettant la mobilité (*smartphone*, PC portable...).

²¹⁴⁵ « Convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils du 15 décembre 1987. Avenant du 1er avril 2014 à l'accord du 22 juin 1999 relatif à la durée du travail » (étendu par un arrêté d'extension du 26 juin 2014, publié au JO du 4 juillet 2014).

²¹⁴⁶ *Syntec reconnaît le droit des cadres à la déconnexion*, <http://www.lesechos.fr/economie-politique/politique/actu/0203424438907-syntec-reconnait-le-droit-des-cadres-a-la-deconnexion-662543.php>, consulté le 11 avril 2014.

²¹⁴⁷ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », op. cit. (JO n°0184, 9 août 2016).

conformes à la charte mentionnée au 7° de l'article L. 2242-8 du Code du travail »²¹⁴⁸. L'accord autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours devra également déterminer les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion²¹⁴⁹, mais tous les salariés de l'entreprise susceptibles de travailler à distance sont concernés. En effet, un 7° est ajouté à l'article L. 2242-8 du Code du travail : « Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. À défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques ». Cette nouvelle contrainte pèsera sur les entreprises dès le 1 juillet 2017. Dans un contexte d'inflation normative, de nouveaux services se développent déjà pour proposer aux employeurs et à leurs salariés des solutions pour garantir le « droit à la déconnexion »²¹⁵⁰. Certains grands groupes français, notamment La Poste ou encore Orange, n'ont toutefois pas attendu ce texte pour intégrer le « droit à la déconnexion » à leur système de fonctionnement²¹⁵¹. Ce qui est dommageable c'est que le législateur ne prenne pas la mesure des changements dans la nature du travail, alors que dans les faits le droit au repos protège déjà les salariés des intrusions numériques.

740. Déconnexion technique et intellectuelle - La jurisprudence s'est efforcée d'encadrer le rapprochement entre sphère privée et professionnelle par l'usage des TIC afin de préserver le droit au repos du salarié. Un arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 2002 a d'abord rappelé que le temps de repos exige une déconnexion d'abord technique, puis intellectuelle avec le travail : « Le temps de repos suppose que le salarié soit totalement dispensé, directement ou indirectement et sauf cas exceptionnels, d'accomplir pour son employeur une prestation de travail, même si celle-ci n'est

²¹⁴⁸ C. trav. art. L. 3121-65.

²¹⁴⁹ C. trav. art. L. 3121-64.

²¹⁵⁰ L'application Calldoor permet par exemple d'accompagner les employeurs à la mise en place d'une charte mobile afin de favoriser d'une part la productivité et la concentration des employés dans l'enceinte de l'entreprise et, d'autre part, d'encourager leur déconnexion en dehors de l'espace de travail pour entretenir leur vie sociale et personnelle. Simple d'utilisation, elle se paramètre et se gère rapidement via un espace web dédié afin de permettre aux entreprises de limiter l'usage des smartphones de leurs salariés selon la politique mobile et aux managers de mieux gérer leur budget téléphonie tout en augmentant le bien-être au sein de l'entreprise. *Calldoor*, <http://www.calldoor.net>, consulté le 19 juillet 2016.

²¹⁵¹ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, op. cit., p. 21.

qu'éventuelle ou occasionnelle »²¹⁵². S'il est vrai que les technologies permettent un lien permanent entre le salarié et son travail, il est aussi légitime qu'un salarié puisse éteindre son ordinateur ou son portable et exerce ainsi sa capacité de déconnexion. La Cour de cassation consacre cette possibilité dans un arrêt rendu le 17 février 2004²¹⁵³. Il s'agissait en l'espèce d'un ambulancier qui avait refusé de répondre à des appels de son employeur sur son téléphone portable privé durant son temps de repos : « le fait de n'avoir pu être joint en dehors des horaires de travail sur son téléphone portable personnel est dépourvu de caractère fautif et ne permet donc pas de justifier un licenciement disciplinaire ». Ainsi, le travailleur bien que connecté n'est plus une « victime » de la « télé-subordination ». Il préserve sa santé mentale en exerçant son « droit à la déconnexion » à des heures autorisées que l'employeur doit à son tour respecter et faire respecter. Le salarié peut par conséquent ignorer les sollicitations de son employeur en dehors de son temps de travail et du régime de l'astreinte.

741. **Accord SYNTEC** - Le débat sur le « droit à la déconnexion » a été amplifié depuis la signature le 1er avril 2014 d'un avenant à la convention collective de la Branche Syntec-Cinov pour les salariés de SSII. Cet avenant relatif aux forfaits jours a été signé par la CFDT, la CGC, CINOV et la Fédération SYNTEC²¹⁵⁴ et vient compléter l'accord du 19 février 2013 relatif à la santé et aux risques psychosociaux. La mesure remarquée de cet avenant est l'obligation de respecter les durées minimales de repos et l'instauration d'une obligation de déconnexion des outils de communication à distance²¹⁵⁵. L'article 4.8.1 de l'accord précise que « l'effectivité du respect par le salarié des durées minimales de repos implique pour ce dernier une obligation de déconnexion des outils de communication à distance »²¹⁵⁶. Hors des heures de travail, les cadres informaticiens soumis au régime du forfait jours peuvent revendiquer le droit de ne pas avoir à répondre aux sollicitations de leurs chefs et collègues sur leur messagerie professionnelle ou leur smartphone. Une mesure qui doit permettre de limiter les abus et favoriser « l'équilibre » entre « vie professionnelle » et « vie personnelle » mais qui a été largement caricaturée par la presse anglo-saxonne²¹⁵⁷. Rappelons toutefois que juridiquement, le « droit à la déconnexion » n'interdit pas au salarié de consulter des

²¹⁵² Cass. soc., 10 juil. 2002, pourvoi n°00-18.452, Bull. civ., V, n°238, *op. cit.*

²¹⁵³ Cass. soc., 17 fév. 2004, pourvoi n°01-45.889, inédit.

²¹⁵⁴ « Syntec reconnaît le droit des cadres à la déconnexion », *op. cit.*

²¹⁵⁵ J.-F. Funke, « La pratique du BYOD ("Bring Your Own Device") », *op. cit.*

²¹⁵⁶ « Syntec reconnaît le droit des cadres à la déconnexion », *op. cit.*

²¹⁵⁷ S. Dent, *No work emails after 6PM please, we're French*, <http://www.engadget.com/2014/04/09/french-labor-law-work-emails/>, consulté le 28 mai 2015.

messages de nature professionnelle en dehors de son temps de travail, pas plus qu'il n'oblige l'employeur de fermer les robinets des flux numériques qui parviennent aux salariés le soir et le week-end sur leurs outils informatiques.

742. **Respect des temps de repos du salarié** – Jusqu'à présent l'employeur pouvait contrôler l'activité du salarié pendant au temps et au lieu du travail dans l'entreprise. L'employeur semble devoir s'assurer du respect des temps de repos par le salarié. Si les heures supplémentaires peuvent par exemple être rémunérées par l'octroi d'un repos compensateur²¹⁵⁸, l'employeur devra veiller à ce que le salarié le prenne effectivement²¹⁵⁹. S'agissant du travail à distance, ce contrôle est plus difficile. En effet, lorsqu'un salarié choisit le télétravail comme forme d'organisation, c'est en général pour bénéficier d'une plus grande latitude dans l'organisation de ses horaires. Ainsi, le salarié peut choisir de ne pas travailler un après-midi, et de rattraper ses heures de 20 heures à minuit. Le problème dans ce cas est qu'il ne bénéficiera pas des 11 heures de repos quotidien obligatoire²¹⁶⁰ dont la responsabilité du respect incombe à l'employeur. Pire, l'activité du salarié pourrait être considérée comme du travail de nuit. Si l'employeur l'accepte ou tolère cet aménagement, le travailleur devrait en théorie bénéficier d'une contrepartie en repos, et bénéficier d'une compensation financière si des dispositions conventionnelles le prévoient²¹⁶¹. L'employeur doit donc juridiquement imposer au salarié de respecter les temps de repos imposés par le Code du travail, nécessaires à la préservation de sa santé. Une question demeure en suspens : en a-t-il les moyens concrets ? Doit-il imposer des solutions logicielles ou un contrôle par *webcam* ? En principe, cette pratique est permise dès lors que les moyens mis en œuvre n'ont pas un caractère disproportionné vis-à-vis des libertés des salariés. Mais dans la pratique, les salariés ne doivent pas être filmés en permanence à leur poste de travail²¹⁶², ce qui vide de sa substance le principe.

²¹⁵⁸ C. trav. art. L. 3121-24.

²¹⁵⁹ Cass. soc., 7 mai 2008, pourvoi n°06-43.058, Bull. civ., V, n°102.

²¹⁶⁰ C. trav. art. L. 3131-1.

²¹⁶¹ C. trav. art. L. 3122-29 et s.

²¹⁶² La CNIL a mis en demeure un centre commercial notamment en raison de la mise en œuvre d'un dispositif de vidéosurveillance installé dans un local de sécurité. La mise en demeure pointait le caractère disproportionné du dispositif de vidéosurveillance, qui conduisait à placer les salariés filmés sous surveillance constante et était aussi utilisé pour contrôler leurs horaires de travail. Elle avait également relevé : une information insuffisante des personnes filmées, une durée de conservation des images excessive, et une sécurité insuffisante des données ainsi collectées. « CNIL, délibération n° 2013-029, 12 juillet 2013 ».

743. **Responsabilité en cas d'accident** - Certains salariés ne parviennent pas à épuiser leur droit au repos. « Les TIC permettent en effet de se connecter mais aussi d'être joint en tout lieu et à n'importe quelle heure du jour et de la nuit, ce mélange personnel/professionnel étant de plus en plus important en raison du brouillage créé par nombre d'entreprises »²¹⁶³. Dans leur cas comme dans celui des salariés qui prolongent leur présence sur le lieu de travail au-delà de l'horaire de travail sans accord de l'employeur, la Cour de cassation²¹⁶⁴ rappelle qu'il appartient à ce dernier d'imposer l'alternance entre temps de travail et temps de repos. La Cour de cassation permet, selon une jurisprudence ancienne au salarié d'obtenir réparation du préjudice qu'il a subi lorsque la perte du droit à congé est imputable à l'employeur²¹⁶⁵. En revanche, s'agissant des congés payés octroyés par convention collective en sus des congés légaux, le salarié n'est pas fondé à demander de rappels s'il en a pris une partie et s'il n'établit pas n'avoir pu les prendre du fait de l'employeur. La charge de la preuve est alors inversée²¹⁶⁶. En cas d'accident lié au travail, outre les rigueurs de la faute inexcusable, l'abstention de l'employeur l'expose une sanction pénale au titre de l'article L. 4741-1 du Code du travail. Simple droit au repos à l'origine, le congé et le repos deviennent, dans le cadre de la santé au travail, une garantie de l'équilibre physique et moral du salarié. Sous ce prisme, le droit à la déconnexion des salariés, déjà difficile à mettre en œuvre, devient au fil des années un « devoir de déconnexion » des salariés²¹⁶⁷.

744. **« Mail on Holiday » et continuité de l'activité** - La moitié des salariés consulte également leurs courriels professionnels pendant leurs vacances. La plupart le font volontairement, sans sollicitation de leur entreprise. Pour une majorité de ces salariés, il s'agit de faire un premier tri des nombreux courriels reçus dans l'intervalle²¹⁶⁸. Selon l'Observatoire sur la responsabilité sociétale des entreprises, 38% des salariés recevraient en effet plus de 100 mails par jour. Afin de prévenir tout contentieux, notamment lorsqu'il s'agit de solliciter un salarié en congés, les entreprises doivent fixer des règles en amont. En effet, pour assurer une continuité dans l'activité professionnelle, l'employeur peut avoir besoin d'accéder à la messagerie d'un salarié absent. Mais en période de vacances, la vie privée du salarié s'oppose à ce que l'administrateur réseau

²¹⁶³ J.-E. Ray, « Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXI^e siècle », *op. cit.*

²¹⁶⁴ Cass. soc., 21 oct. 2014, pourvoi n°13-19.786, Bull. civ., V, n°244.

²¹⁶⁵ Cass. soc., 25 fév. 1988, pourvoi n°85-46.266, Bull. civ., V, n°146.

²¹⁶⁶ Cass. soc., 12 mai 2015, pourvoi n°13-20.349, en cours de publication.

²¹⁶⁷ J.-P. Bouchet, « Au nom de qui parle-t-on de « qualité de vie » ? », *Dr. soc.*, 2015, p. 155.

²¹⁶⁸ *Trop de salariés ne décrochent pas pendant les vacances*, <http://www.lefigaro.fr/vie-bureau/2011/10/28/09008-20111028ARTFIG00462-attention-salaries-accros-au-boulot.php>, consulté le 7 mai 2014.

communiqué à l'employeur les identifiants et mots de passe, par nature personnels, des salariés, sans raison particulière, et ce, même si les fichiers qu'il souhaite consulter ont un caractère professionnel²¹⁶⁹. Pour éviter que les salariés ne se connectent pendant leurs vacances, les collaborateurs de la firme allemande Daimler trouvent leur boîte mail vide à leur retour de vacances²¹⁷⁰. Les messages arrivant pendant leurs vacances sont automatiquement supprimés et l'expéditeur redirigé. Cette formule rappelle que « personne n'est irremplaçable » mais est susceptible de diminuer la qualité des services. En Allemagne, un établissement du groupe Volkswagen, a mis en œuvre la déconnexion totale des outils informatiques, au-delà de 30 minutes avant et après les horaires de travail habituels, dans le cadre d'un accord négocié avec le comité d'entreprise²¹⁷¹. Les possibilités d'utiliser le *smartphone* sont limitées en dehors de la présence dans l'entreprise. Entre 18h15 et 7h30 ainsi que le week-end, la fonction d'appel téléphonique est disponible, mais toutes les autres fonctions ne le sont pas. Cet accord ne concerne que les non cadres. Cette initiative qui va plus loin que les contraintes légales et instaure un devoir de déconnexion à la charge de l'employeur n'a pas à ce jour d'équivalent en France.

745. **Obligation du salarié** – L'obligation de sécurité pèse également sur le salarié, mais elle est différente de celle qui incombe à l'employeur. Le salarié doit prendre soin, en fonction de sa formation et ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité. Ceci étant, compte tenu de l'importance des obligations pesant sur les entreprises, celles-ci sont beaucoup moins « tolérantes » quant aux manquements aux règles de sécurité de la part de leurs salariés. Tenu envers ses salariés d'une « obligation de résultat »²¹⁷² en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs de l'entreprise, l'employeur a le devoir de sanctionner certains salariés dont les sollicitations envers leurs collègues sont manifestement abusives. Les manquements à l'obligation faite à un salarié de prendre soin de sa santé et de sa sécurité du fait de ses actes ou de ses omissions au travail engagent sa responsabilité et peuvent constituer une faute (légère, sérieuse ou grave). Par ailleurs, l'employeur doit prendre les dispositions nécessaires en vue de

²¹⁶⁹ *L'accès à la messagerie d'un salarié en son absence*, <http://www.cnil.fr/institution/actualite/article/article/laces-a-la-messagerie-dun-salarie-en-son-absence/>, consulté le 25 février 2015.

²¹⁷⁰ P. V.R. de D. News, *Daimler supprime l'e-mail pendant les vacances*, <http://datanews.levif.be/ict/actualite/daimler-supprime-l-e-mail-pendant-les-vacances/article-normal-295447.html>, consulté le 25 février 2015.

²¹⁷¹ *Pas d'e-mails professionnels après le travail chez Volkswagen*, http://www.francetvinfo.fr/economie/entreprises/pas-de-mails-professionnels-apres-le-travail-chez-volkswagen_43019.html, consulté le 25 février 2015.

²¹⁷² La qualification d'obligation de résultat pourrait s'opposer à ce que l'employeur puisse invoquer des obstacles techniques ou économiques à la mise en place des mesures de prévention. P.-Y. Verkindt et S. Fantoni-Quinton, « Obligation de résultat en matière de santé au travail. À l'impossible l'employeur est tenu ? », *Dr. soc.*, 2013, p. 229.

prévenir les agissements de harcèlement moral. Il est ainsi possible de sanctionner les salariés qui sollicitent leurs collègues en dehors des heures de travail quel que soit le support utilisé. Il pourra notamment s'agir d'un licenciement pour faute grave si les agissements sont répétés et intrusifs. La simple possibilité d'une dégradation des conditions de travail de la victime suffit à consommer le délit de harcèlement moral²¹⁷³. En effet toute forme de sollicitation excessive, s'appuyant sur des formulations agressives, peut être considérée comme une pratique de harcèlement au sens du Code du travail²¹⁷⁴.

746. Charte d'usage des médias numériques – L'entreprise peut prévenir ces dérives en rédigeant des chartes d'utilisation des médias numériques. Il ne s'agit pas de reproduire dans la charte les textes légaux ou réglementaires, mais de définir les comportements attendus des salariés. Complément indispensable de la réglementation, la charte a l'avantage de s'adresser directement aux salariés et d'encadrer, au plus près des pratiques, une liberté d'usage du réseau. Par exemple, la messagerie électronique permet de consulter ses messages en dehors de l'entreprise et en dehors des horaires de travail. Envoyer ses messages en dehors des horaires de travail risque d'induire chez le destinataire un sentiment de culpabilité ou d'urgence à devoir répondre. Il peut ainsi être recommandé de préparer ses messages en mode brouillon ou hors connexion et de les envoyer pendant les heures habituelles de travail²¹⁷⁵. La recherche de solutions comme la déconnexion relève donc autant d'une éducation des individus que d'une régulation dans l'ensemble l'entreprise. « La capacité individuelle à se déconnecter se traduit, par exemple, au niveau des usages numériques par des règles de « joignabilité » ponctuelles en fonction des contextes de travail, par la séparation des adresses courriels ou des numéros de mobile personnel et professionnel, par des usages cloisonnés des réseaux sociaux numériques, etc. »²¹⁷⁶.

747. Devoir de déconnexion - L'employeur peut en théorie sanctionner le salarié pour ne pas s'être déconnecté²¹⁷⁷. Un principe déjà adopté dans certaines entreprises comme Areva où le salarié dispose d'un devoir de déconnexion : « Les parties soulignent la nécessité de veiller à ce que leur usage respecte le temps de vie privé. A

²¹⁷³ Cass. crim., 6 déc. 2011, pourvoi n°10-82.266, Bull. crim. 2011, n°249.

²¹⁷⁴ Infra. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 1, I, B, 3 : « le harcèlement digital ».

²¹⁷⁵ Pour un meilleur usage de la messagerie électronique dans les entreprises, ORSE, 2011, p. 7.

²¹⁷⁶ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, op. cit., p. 21.

²¹⁷⁷ ORSE, *Guide ORSE du meilleur usage des outils de communication numérique dans les entreprises*, op. cit., p. 68.

cet effet, chaque salarié, quel que soit son niveau hiérarchique, veillera à se déconnecter du réseau et à ne pas envoyer de courriel en dehors des heures de travail. A ce titre il dispose d'un « droit de déconnexion ». La hiérarchie s'assurera par son exemplarité au respect de cette mesure. En cas de circonstances particulières nées de l'urgence et de l'importance des sujets traités, des exceptions à ce principe seront évidemment mises en œuvre »²¹⁷⁸.

748. **Une déconnexion à sens unique** - Les salariés ont l'obligation de ne pas envoyer de mails à leurs collègues, mais en réalité rien ne les empêche de travailler effectivement. L'obligation de déconnexion repose essentiellement sur le salarié. L'accord Thalès²¹⁷⁹ sur la qualité de vie au travail est symptomatique de cette évolution. Il accorde une attention particulière au suivi de l'utilisation des TIC dans l'entreprise et à l'accompagnement des salariés dans cette utilisation. Il précise que les outils nomades n'ont pas vocation à être utilisés pendant les périodes de repos, et prévoit un « droit à la déconnexion » en dehors des heures d'ouverture de l'établissement. « Par cet accord, les salariés disposent ainsi d'un droit à déconnexion en dehors des horaires d'ouverture de l'établissement dans lequel ils accomplissent régulièrement leur travail ou, à tout le moins, pendant la durée légale de repos quotidien et hebdomadaire ». Un contrôle est prévu au travers notamment de la réalisation d'audits afin d'assurer l'effectivité du droit à la déconnexion²¹⁸⁰. « Le manager veillera au respect de ce droit, notamment en s'attachant à ne pas envoyer de courriel pendant la période concernée. Ainsi, l'utilisation ou non de ce droit à la déconnexion ne peut en aucun cas être prise en compte dans l'appréciation ». L'accord ne mentionne en revanche nullement les connexions aux serveurs de l'entreprise. Les partenaires sociaux et les entreprises ne vont pas jusqu'au bout de la logique en recommandant de ne pas lire ses mails en dehors du temps de travail. Il s'agit d'une déconnexion à sens unique. Ce faisant, on reconnaît implicitement deux temps avec des activités distinctes : le temps social assimilable au

²¹⁷⁸ AREVA, « Accord pour le développement de la qualité de vie au travail du 31 mai 2012 ».

²¹⁷⁹ Thalès, « Accord qualité de vie au travail du 18 janvier 2014 ».

²¹⁸⁰ Art. 11 : « Afin de s'assurer du respect du droit à la déconnexion, il est prévu localement : la réalisation d'actions d'accompagnement, le soutien par des actions de formation/sensibilisation des salariés et du management concernés par l'utilisation des TIC ; il a été ou sera adressée à l'ensemble des salariés une note relative à l'utilisation de ces nouvelles technologies, si une telle diffusion n'avait pas encore été réalisée. Chaque société devra renouveler cette communication selon les nécessités. La Direction pourra proposer à la Commission Centrale Qualité de Vie au Travail pendant la durée de cet accord, un audit sur l'usage des TIC. Les éléments constitutifs de cet audit seront discutés avec la Commission Centrale Qualité de Vie au Travail ». *Ibid.*, p. 12.

temps dans l'entreprise où l'on peut être dérangé, et le temps de réflexion qui n'est pas systématiquement non travaillé puisqu'on est implicitement autorisé à lire ses mails²¹⁸¹.

2) *L'anticipation des évolutions du travail*

749. **Évolution de la relation entre l'homme et le travail** – « Le processus du changement est l'un des plus complexes et des plus difficiles à gérer, en raison de ses implications systémiques, tant humaines qu'institutionnelles. Il importe de garder à l'esprit que les êtres humains sont réticents à changer leur comportement »²¹⁸². Les organisations ont besoin d'anticiper l'évolution des postes des personnels concernés par l'évolution des systèmes d'information. La redistribution des rôles et les changements dans les pratiques de travail peuvent entraîner la dégradation des relations humaines²¹⁸³. En effet, les acteurs d'une organisation auront tendance à résister au changement en raison de diverses inquiétudes²¹⁸⁴. Les entreprises doivent donc anticiper à la fois les besoins de formation du personnel, mais aussi l'identification des signaux faibles afin d'identifier en amont d'éventuels impacts sur la santé. Adapter le travail à l'homme est l'un des grands principes de la loi de modernisation sociale de 2002 qui redéfinit la relation entre l'homme et le travail, entre la santé et le travail²¹⁸⁵. Toute démarche de prévention des risques psychosociaux doit intégrer ce principe. La complexité du travail, sa variabilité, la souplesse demandée aux organisations et aux hommes plaident pour le renforcement de la formation des salariés (a). Pour identifier les facteurs de risques psychosociaux auxquels les salariés sont exposés les entreprises peuvent également s'appuyer sur les nouvelles technologies pour collecter et traiter des informations relatives à la santé et au climat social dans l'entreprise (b).

a. *La sécurisation de la formation professionnelle*

750. **Accélération des mutations** - Avec l'évolution des technologies, les qualités attendues d'un collaborateur changent, mais les métiers disparaissent et naissent

²¹⁸¹ F. Favennec-Hery, « Qualité de vie au travail et temps de travail », *op. cit.*, p. 115.

²¹⁸² P. Maire, *Au chevet de la santé*, Jouvence, 2014, p. 79.

²¹⁸³ M. Gillet et P. Gillet, *Management des systèmes d'information : Cas pratiques*, Dunod, 2009, p. 13.

²¹⁸⁴ La « résistance au changement » est généralement sous-évaluée dans les projets informatiques. Elle exprime la souffrance des salariés face à une situation qu'ils ne comprennent pas ou n'acceptent pas. S.L. Dolan et A. Arsenault, *Stress, Estime de Soi, Santé et Travail*, PUQ, 2009, p. 195.

²¹⁸⁵ « Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale » (JO, n°15, 18 janvier 2002, p. 1008).

aujourd'hui selon un tempo en constante accélération. Les qualifications sont menacées par une obsolescence beaucoup plus rapide qu'auparavant. Si 48% des salariés estiment que le numérique a des conséquences sur leur travail, seuls 27% se disent à l'aise avec les pratiques liées au digital²¹⁸⁶. « Un nouveau rapport au savoir apparaît, qui modifie l'idée même de compétence : ce que sait le salarié compte moins que ce qu'il peut trouver et, surtout, ce qu'il peut partager. Travailler seul crée moins de valeur que travailler en équipe. Les hiérarchies s'estompent, la collaboration devient capitale. Dans ces conditions, le salarié cesse d'être vu seulement comme un levier de productivité. Sa performance personnelle continue à compter, mais on s'intéresse aussi et peut-être davantage à son aptitude à entrer dans une dynamique et à la faire vivre²¹⁸⁷. Il peut être valorisé pour sa créativité, son aptitude à l'innovation, son empathie et sa curiosité intellectuelle »²¹⁸⁸. Mais tous les salariés « ne sont pas faits pour travailler à distance par projets ou par objectifs : l'autonomie ne se décrète pas, c'est un apprentissage »²¹⁸⁹.

751. Devoir d'anticipation - L'anticipation de l'obsolescence des compétences suite à la transformation numérique doit être au cœur des travaux de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC)²¹⁹⁰. La GPEC est devenue depuis 2005 un objet de négociation obligatoire, tous les trois ans, dans les entreprises d'au moins 300 salariés²¹⁹¹. Il s'agit à la fois de maintenir les salariés à niveau et de les préparer à de probables changements de contenu et de style du travail. Selon la jurisprudence, l'employeur qui méconnaît l'engagement pris dans un accord de GPEC à maintenir la stabilité des effectifs du groupe pour une durée de trois ans prive les salariés d'une chance de conserver un emploi²¹⁹².

²¹⁸⁶ 61% des opérationnels ne savent pas vraiment si leur entreprise propose des formations ou sont certains qu'elle n'en propose pas, tandis que 62% des RH disent le contraire. Enfin, sur le fond et pour accompagner cette transformation digitale, l'étude révèle que l'acquisition des savoir-faire (92%) est aussi importante que celle des savoir-être (88%) et plus encore que l'appropriation des technologies en tant que telles (73%). Par ailleurs, 63% estiment que leur entreprise explique mal sa stratégie digitale. *La transformation digitale en entreprise*, <http://www.tns-sofres.com/etudes-et-points-de-vue/la-transformation-digitale-en-entreprise>, consulté le 3 avril 2015.

²¹⁸⁷ L'entreprise ne sera apprenante que si elle cherche en permanence à évoluer et aide chacun de ses membres à « apprendre à apprendre », pour progresser personnellement et professionnellement. La formation continue a donc un rôle primordial à jour pour permettre au salarié de gérer son employabilité dans le cadre de son entreprise et tout au long de sa vie professionnelle. L. Pfeiffer, *MOOC, COOC : La formation professionnelle à l'ère du digital*, Dunod, 2015, p. 190.

²¹⁸⁸ *L'entreprise du futur : les nouveaux talents*, <http://www.paristechreview.com/2014/10/09/entreprise-nouveaux-talents/>, consulté le 29 avril 2015.

²¹⁸⁹ J.-P. Bouchet, « Au nom de qui parle-t-on de « qualité de vie » ? », *op. cit.*, p. 155.

²¹⁹⁰ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, p. 45.

²¹⁹¹ C. tr. art. L. 2242-15 et s.

²¹⁹² *Cass. soc.*, 18 juin 2014, pourvoi n°12-18.589, inédit.

752. **Devoir d'adaptation** – Il ne s'agit plus de considérer la formation comme une activité proposée par l'entreprise mais comme un devoir pour comprendre le monde qui change²¹⁹³. Avant que la loi du 4 mai 2004 ne vienne créer une obligation à l'employeur d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail, la jurisprudence a joué un rôle important dans le droit de la formation, spécialement dans la déclinaison de l'obligation d'adapter les compétences du salarié à l'évolution de son poste et de celle de veiller au maintien de sa capacité à occuper un emploi, fondé sur l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail²¹⁹⁴. L'obligation d'adaptation s'impose ainsi lors de la mise en place d'un nouveau logiciel²¹⁹⁵. « La formation n'est qu'un moyen au service d'un objectif. Celui-ci peut être l'amélioration du « capital humain » de l'entreprise, auquel cas l'arsenal de formation est un investissement, mais aussi l'épanouissement de la personne en liaison avec les droits fondamentaux de l'Homme, auquel cas il est une activité sociale »²¹⁹⁶. L'accompagnement des changements, « et notamment des changements d'organisation liés à de nouvelles technologies » est le deuxième objectif de l'accord « Prévention des risques psycho-sociaux et développement de l'équilibre de la vie au travail » signé en mars 2010 par la direction et l'ensemble des syndicats d'Air France²¹⁹⁷.

753. **Droit à la qualification professionnelle** - Aucun texte ne proclame en l'état de droit à la formation professionnelle²¹⁹⁸. Le Préambule de la Constitution de 1946, auquel le Conseil constitutionnel a reconnu valeur constitutionnelle en 1971, ne consacre qu'un égal accès à la formation professionnelle²¹⁹⁹. En revanche le droit à la qualification professionnelle est consacré dans le Code du travail en 1990²²⁰⁰. En 2009, les partenaires sociaux²²⁰¹, puis le législateur²²⁰², ont posé en principe dans ce même article l'objectif de

²¹⁹³ Il n'existe pas de formation idéale mais de nombreuses tentatives et initiatives ont été menées dans les entreprises françaises : des learnings expédition organisés à l'étranger pour visiter des acteurs du numérique, l'incubation de start-up au sein de l'entreprise (par exemple chez Crédit Agricole, Total ou Orange), des journées de rencontres pour les manger autour de thématiques spécifiques, des formations spécifiques (design thinking, techniques de veille, story-telling, l'art du pitch), etc. J.-M. Plane, Agrh et F. Noguera, *Le leadership : Recherches et pratiques*, Vuibert, 2016, p. 120.

²¹⁹⁴ *Cass. soc.*, 25 fév. 1992, pourvoi n°89-41.634, *Bull. civ.*, V, n°122.

²¹⁹⁵ *Cass. soc.*, 21 oct. 1998, pourvoi n°96-44.109, inédit.

²¹⁹⁶ J. Barthélémy, « Le rôle de la jurisprudence dans le droit de la formation », *Dr. soc.*, 2014, p. 1007.

²¹⁹⁷ Air France, « Accord triennal de méthode et de prévention des risques psychosociaux et pour le développement de l'équilibre de la vie au travail, mars 2010 ».

²¹⁹⁸ N. Maggi-Germain, « Le compte personnel de formation », *Dr. soc.*, 2013, p. 687.

²¹⁹⁹ « La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État », Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 13.

²²⁰⁰ « Loi n° 90-579 du 4 juillet 1990 relative au crédit-formation, à la qualité et au contrôle de la formation professionnelle continue et modifiant le livre IX du code du travail » (JO, n°158, 10 juillet 1990).

²²⁰¹ « ANI, 7 janvier 2009, sur le développement de la formation, la professionnalisation et la sécurisation des parcours professionnels ».

progression du travailleur d'au moins un niveau de qualification au cours de sa « vie professionnelle » : « Tout travailleur engagé dans la vie active ou toute personne qui s'y engage a droit à l'information, à l'orientation et à la qualification professionnelles et doit pouvoir suivre, à son initiative, une formation lui permettant, quel que soit son statut, de progresser au cours de sa « vie professionnelle » d'au moins un niveau en acquérant une qualification correspondant aux besoins de l'économie prévisibles à court ou moyen terme (...) ». Le fait de ne pas faire bénéficier un salarié d'une action de formation professionnelle pendant toute la durée de son emploi établit un manquement de l'employeur à son obligation de veiller au maintien de la capacité d'emploi du salarié²²⁰³.

754. **Droit à l'employabilité** - Au début XXe siècle, la notion d'employabilité apparaît dans les pays anglo-saxons pour opérer, au sein de la population pauvre, la différenciation entre les gens aptes à l'emploi, « employables » bien que souvent chômeurs, et les « inemployables » (malades, infirmes mais aussi « inadaptés sociaux ») relevant de la bienfaisance publique²²⁰⁴. Initialement la notion d'employabilité se confondait donc avec celle, médicale, d'aptitude au travail. Cette démarche a également guidé l'introduction des nouvelles technologies dans les entreprises et notamment l'aptitude à travailler à distance. Le Centre d'analyse stratégique a proposé d'introduire un certificat médical d'aptitude au télétravail sur le télétravail²²⁰⁵. L'accord Renault sur le télétravail fait par exemple état de la possibilité pour le salarié de « demander à bénéficier d'une visite médicale préalable auprès du service de santé au travail de son établissement »²²⁰⁶. La notion désigne désormais une stratégie offensive d'adaptation permanente à un environnement de plus en plus instable. Le droit à l'employabilité s'affirme progressivement comme un droit fondamental, de plus en plus déconnecté des perspectives de promotion qui tenaient auparavant lieu de stimulant²²⁰⁷. Au titre du premier alinéa de l'article L. 6111-1 du Code du travail, la formation professionnelle tout au long de la vie constitue ainsi « une obligation nationale ». L'employeur doit

²²⁰² « Loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie » (JO, n°273, 25 novembre 2009).

²²⁰³ Cass. soc., 24 juin 2015, pourvoi n°13-28.460, inédit.

²²⁰⁴ J. Le Goff, « Employabilité et handicap », *RDSS*, 2011, p. 796.

²²⁰⁵ Le télétravail est alors proposé dans le cadre d'un congé maladie d'un salarié empêché de se rendre au travail mais pas de l'exercer, une entorse ou foulure par exemple. Le médecin délivre alors un certificat d'aptitude au télétravail qui permet au salarié, en accord avec son employeur, de poursuivre son activité mais à son domicile. FRANCE et Centre d'analyse stratégique, *Le développement du télétravail dans la société numérique de demain*, *op. cit.*, p. 117.

²²⁰⁶ Art. 6. Renault, « Avenant à l'accord relatif au télétravail à domicile du 22 janvier 2007 ».

²²⁰⁷ J. Le Goff, « Employabilité et handicap », *op. cit.*, p. 796.

anticiper les effets des transformations de l'emploi occupé en mettant en œuvre des actions de formation. L'ANI sur la qualité de vie au travail du 19 juin 2013 précise que « 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 pourront mettre en place des actions de sensibilisation sur le bon usage des TIC auprès des salariés et du management »²²⁰⁸.

b. La protection des données relatives à la santé

755. La croissance des données – Il y a un paradoxe entre la protection de la vie privée du salarié qui induit aussi la protection de ses données personnelles, et l'utilisation des données personnelles de santé qui peuvent concourir à protéger la santé du salarié. « Ni la sensation agréable de bien-être ni les impressions pénibles ne peuvent à elles seules donner une bonne connaissance de l'état de santé d'une personne. Des examens médicaux, des mensurations et des investigations biologiques sont nécessaires pour en avoir une connaissance objective, source de droits, d'incapacités et d'obligations »²²⁰⁹. Qu'elles soient produites par les individus ou les professionnels de santé, le volume généré de données de santé est en forte croissance²²¹⁰. Le volume de données de santé à l'échelle mondiale pourrait ainsi être multiplié par 50 d'ici 2020²²¹¹. Le secteur est encore au début de profondes mutations²²¹². L'analyse prédictive constitue le pilier scientifique d'un changement méthodologique en santé-travail avec pour « principal mode d'expression la prévention des risques a priori »²²¹³. La règle n'est plus d'attendre la réalisation du risque pour mettre en place un programme de prévention, mais elle est d'envisager son éventualité et, en fonction de la probabilité de le voir se réaliser et de sa potentielle gravité, d'établir une stratégie de prévention. L'arrivée massive des outils numériques et des formes d'organisations du travail qui en découlent mérite en effet une approche innovante de la part des médecins et de l'entreprise en général en termes de prévention, car il s'agit d'une modification des comportements et

²²⁰⁸ Art. 17. « ANI, 19 juin 2013, relatif à la qualité de vie au travail », *op. cit.*

²²⁰⁹ J.-S. Cayla, « La santé et le droit », *RDSS*, 1996, p. 278.

²²¹⁰ Les objets connectés (bracelet, montre, smartphone...) contribuent très largement à cette tendance.

²²¹¹ FRANCE et P. Lemoine, *La nouvelle grammaire du succès - La transformation numérique de l'économie française, op. cit.*, p. 121.

²²¹² La médecine préventive et prédictive va s'accélérer avec la collecte et l'exploitation massive de données produites par les individus à titre personnel (*quantified self*) ou dans un cadre médical grâce notamment à la croissance des objets connectés.

²²¹³ B. Dorémus, « Penser la relation « santé-travail » : remarques sur l'émergence d'un nouveau paradigme », *RDSS*, 2012, p. 706.

non d'une simple modification de processus, l'appropriation en est plus longue et plus variable d'un individu à l'autre. Pour concrétiser cette vigilance, il sera utile de développer des nouveaux outils de mesure des conditions de santé et de sécurité au travail²²¹⁴.

756. La loi Informatique et Libertés - Les aspects médicaux, techniques et organisationnels méritent une protection particulière « pour éviter tout détournement de leur objet au profit d'intérêts adverses à celui de l'humain »²²¹⁵. Dans la protection des données de santé, la France fait figure de pionnière, car dès 1978²²¹⁶, elle a fait naître un régime qui a servi de modèle en Europe. Ce régime légal de protection des données est distinct selon qu'il s'agit de données à caractère personnel, directement ou indirectement nominatives, ou de données collectives « anonymisées ». Selon article 2 de la loi de 1978, dite loi Informatique et Libertés, le caractère « personnel » tient au fait que cette donnée permet une identification, de façon directe ou indirecte. Les employeurs, du fait de leurs relations avec la sécurité sociale, sont par exemple appelés à utiliser le NIR²²¹⁷, il s'agit d'une donnée d'identification directe. Le Code pénal incrimine le fait pour une personne qui est dépositaire d'une information à caractère secret soit par état, soit par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire de la révéler²²¹⁸. Les données de santé sont considérées par la loi comme des informations « sensibles » qui nécessitent par conséquent un haut niveau de sécurité, par principe leur traitement est interdit²²¹⁹. La jurisprudence adopte une interprétation large de ces notions, qui s'explique par le fait que ces données sensibles sont les données dont le traitement est le plus risqué. Par exemple, « l'indication du fait qu'une personne s'est blessée au pied et est en congé de maladie partiel constitue une donnée à caractère personnel relative à la santé au sens de l'article 8, § 1, de la directive 95/46 »²²²⁰. L'employeur qui fait établir et produit en justice une attestation du médecin du travail

²²¹⁴ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, p. 53.

²²¹⁵ B. Dorémus, « Penser la relation « santé-travail » : remarques sur l'émergence d'un nouveau paradigme », *op. cit.*, p. 708.

²²¹⁶ « Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ».

²²¹⁷ Numéro d'Inscription au Répertoire national d'identification des personnes physiques (RNIPP), plus communément appelé numéro de sécurité sociale.

²²¹⁸ C. pén. art. 226-13 « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

²²¹⁹ C. pén. art. 229-19 : « Le fait, hors les cas prévus par la loi, de mettre ou de conserver en mémoire informatisée, sans le consentement exprès de l'intéressé, des données à caractère personnel qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses, ou les appartenances syndicales des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à l'orientation sexuelle de celles-ci, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende ».

²²²⁰ CJCE, 6 nov. 2003, *aff. C-101/01*.

comportant des éléments tirés du dossier médical du salarié commet une faute qui engage sa responsabilité²²²¹. En l'espèce, le salarié demandait la condamnation de son employeur au paiement de dommages-intérêts en raison de la faute commise par celui-ci. La Cour de cassation lui a donné raison. Elle a considéré qu'en utilisant des éléments du dossier médical, l'employeur avait commis une faute ouvrant droit à des dommages-intérêts. Rappelons que le médecin du travail, tenu au secret médical, ne peut en aucun cas transmettre à l'employeur, le contenu du dossier médical, excepté ce qui est autorisé par la loi²²²².

757. **Conservation des données de santé** - *A contrario*, il y a, en effet, des cas dans lesquels il peut être parfaitement légitime de réaliser des traitements de données sensibles, ces derniers sont prévus limitativement par l'article 8 de la loi Informatique et Libertés²²²³. Dans les entreprises, les salariés bénéficient d'un suivi individuel de leur état de santé intégré dans une démarche globale de prévention des risques professionnels. Dans ce cadre, ils sont soumis à des examens médicaux, et ce dès leur embauche, puis périodiquement, ainsi qu'à l'occasion d'événements particuliers. Au moment de l'examen médical d'embauche²²²⁴, le médecin du travail constitue le dossier médical en santé au travail. Tout au long de sa carrière dans l'entreprise, le salarié bénéficie ensuite de visites médicales périodiques par le médecin du travail²²²⁵. La durée et les conditions de conservation du dossier médical doivent notamment répondre aux exigences du Code de la santé publique²²²⁶. Les modalités d'authentification des utilisateurs doivent être décrites dans le dossier soumis à la CNIL, une politique de gestion des connexions doit également être mise en place en particulier par une « journalisation » des connexions. Lorsque leur hébergement est externalisé, les bases de données doivent être soumises à une procédure d'agrément. Cette procédure vient d'être entièrement refondée par la loi de modernisation de notre système de santé du 26 janvier 2016²²²⁷. « Cet hébergement, quel qu'en soit le support, papier ou électronique, est réalisé après que la personne prise en charge en a été dûment informée et sauf

²²²¹ Cass. soc., 30 juin 2015, pourvoi n°13-28.201, en cours de publication.

²²²² C. trav. art. L. 4624-2.

²²²³ Le paragraphe 6 prévoit ainsi « les traitements nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou de la gestion de services de santé et mis en œuvre par un membre d'une profession de santé, ou par une autre personne à laquelle s'impose en raison de ses fonctions l'obligation de secret professionnel prévue par l'article 226-13 du code pénal ».

²²²⁴ C. trav. art. R. 4624-10 et s.

²²²⁵ C. trav. art. R. 4624-16 et s.

²²²⁶ C. trav. art. L. 4624-2 et D. 4624-46.

²²²⁷ « Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé » (JO, n°0022, 27 janvier 2016).

opposition pour un motif légitime »²²²⁸. La CNIL recommande notamment au responsable du dispositif de protéger l'accès aux informations par des mots de passe individuels. La confidentialité et l'intégrité des informations envoyées par message électronique doivent être assurées. Ainsi, lors de l'utilisation d'une messagerie professionnelle interne, il faut s'assurer que celle-ci est sécurisée, notamment par le chiffrement des messages lors de leur transmission²²²⁹. En l'absence de messagerie interne sécurisée, les informations de santé doivent être placées dans des documents joints au message. Ces documents doivent être chiffrés avant la transmission²²³⁰.

758. **Paradoxe de la santé au travail** - Les exigences posées par la loi s'avèrent inadaptées à la réalité des systèmes d'information et organisationnels construits sans critère d'interopérabilité leur permettant de communiquer entre eux. « Malgré les 60 ans de la médecine du travail, il est surprenant de ne pas avoir d'indicateurs fiables, pertinents et reproductibles de la santé des travailleurs, même si les équipes de santé au travail ont réalisé de nombreux travaux. À l'heure actuelle, il n'existe par exemple pas encore de dossier médical standardisé en santé au travail, les rapports annuels des médecins du travail ne sont pas pleinement exploités, etc »²²³¹. Le médecin du travail n'a pas accès, sauf accord du salarié pour les lui communiquer, aux données personnelles médicales, et le salarié a le droit de ne pas tout dire sur sa santé. Le médecin du travail est ainsi fréquemment en situation de méconnaissance de l'état de santé réel du salarié. Dès lors, les conclusions médicales du médecin du travail à l'issue de la visite médicale peuvent être potentiellement erronées car non fondées sur le réel état de santé du salarié²²³². Le suivi de la santé des salariés est un facteur important pour la prévention. Au regard du principe général de prévention énoncé à l'article L. 4121-1 du Code du travail, l'ensemble des données de santé que collectent les équipes de santé, devrait être croisé rassemblé et exploité avec les expositions professionnelles et individuelles afin de mieux cibler les actions de prévention dans les entreprises. « Seule la construction d'un cadre organisationnel et technique opérationnel et proche des utilisateurs permettra

²²²⁸ CSP, art. L. 1111-8.

²²²⁹ La confidentialité des informations médicales nominatives appelées à circuler sur le réseau [doit être] garantie par le recours systématique à des moyens de chiffrement. « CNIL, délibération n°01-011, 8 mars 2001 portant adoption d'une recommandation sur les sites de santé destinés au public ».

²²³⁰ *Guide Professionnels de santé*, http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/Guides_pratiques/Livrets/professionnels_de_sante/, consulté le 18 mai 2015.

²²³¹ S. Fantoni-Quinton, « Le système de santé au travail pourrait-il exister sans (in)aptitude ? », *Dr. soc.*, 2013, p. 1025.

²²³² *Ibid.*, p. 1023.

d'assurer la concrétisation de ces exigences »²²³³. En somme, le développement de l'analyse prédictive des données, et la prévention de la santé rendent indispensables la normalisation et la sécurisation du partage de l'information entre tous les acteurs de la santé publique tout en garantissant l'anonymisation légitime des données vis-à-vis de l'employeur en particulier²²³⁴.

B. En droit prospectif

759. **La technologie au mieux pour tous** - La vocation du droit du travail est la protection du salarié dans sa santé et sa sécurité²²³⁵, mais « la relation entre le temps de travail et la santé est à considérer à travers le prisme de l'ensemble des conditions de travail qui entretiennent des liens avec la notion de temps. Les conséquences sur la santé sont multiples, complexes, individus-dépendantes et également difficiles à appréhender »²²³⁶. Pour Pascale Mercieca, chargée de mission à l'Anact, « le temps est une source parmi d'autres d'exposition aux risques, dont l'interaction avec d'autres sources est fonction de chacun, de son horloge biologique, de son secteur d'activité, de son environnement familial »²²³⁷. Comment utiliser la technologie au mieux pour tous ? Doit-on recréer les conditions d'un équilibre entre « travail » et « vie privée » ou prendre acte de l'inéluctable interpénétration des sphères professionnelles et personnelles ?

760. **Dérive technocratique** - « Le passage progressif à la civilisation du savoir sous l'impulsion des progrès des TIC, fera que notre droit actuel sera de plus en plus inadapté aux modes nouveaux d'organisation du travail et à l'autonomie qui en découle. Il en résulte une dérive technocratique, car on sacrifie l'esprit de la loi à sa lettre et cela explique largement l'accroissement inquiétant du degré de judiciarisation des conflits du travail »²²³⁸. Les effets paradoxaux et complexes de l'utilisation des outils numériques poussent à chercher et à proposer des solutions nouvelles. « L'équilibre qui permet que

²²³³ J. Bossi, « Comment organiser aujourd'hui en France la protection des données de santé », *RDSS*, 2010, p. 208.

²²³⁴ CSP. R. 4127-73 : « Le médecin doit protéger contre toute indiscrétion les documents médicaux concernant les personnes qu'il a soignées ou examinées, quels que soient le contenu et le support de ces documents. Il en va de même des informations médicales dont il peut être le détenteur. Le médecin doit faire en sorte, lorsqu'il utilise son expérience ou ses documents à des fins de publication scientifique ou d'enseignement, que l'identification des personnes ne soit pas possible. A défaut, leur accord doit être obtenu ».

²²³⁵ M. Caron et P.-Y. Verkindt, « Le droit de la sécurité sociale confronté aux nouveaux risques professionnels », *RDSS*, 2010, p. 593.

²²³⁶ S. Fantoni-Quinton, « L'évolution du temps de travail et les enjeux relatifs à la santé des salariés », *op. cit.*

²²³⁷ Anact-Aract, « La conciliation des temps, une question à plusieurs dimensions », *Travail & changement*, n° 355, mai/juin 2014, p. 4.

²²³⁸ J. Barthélémy et G. Cette, « 35 heures : les difficultés ne sont pas là où on les imagine », *op. cit.*

l'opération soit gagnant-gagnant ne se joue pas qu'en terme de durée du travail (ou de risques) l'équilibre doit aussi incorporer des questions de facilité, de confort, de responsabilité et de liberté »²²³⁹ (1). Les salariés et les organisations doivent apprendre à concilier la porosité du travail numérique avec le « hors travail » (2).

1) *Le droit de l'indisponibilité*

761. **Hybridation des usages numériques** - Les outils numériques introduisent de nouveaux comportements sociaux dans les organisations. Ces comportements ne sont pas toujours le fait de l'employeur qui peut également les subir. C'est le cas par exemple de l'introduction des outils personnels dans l'entreprise²²⁴⁰. En 2014, dans son étude sur le numérique et les droits fondamentaux, le Conseil d'État reconnaît qu'« il est devenu normal pour la plupart des individus de recevoir une notification sur leur smartphone le dimanche indiquant une réunion pour le lendemain à 8H, mais également de prévoir leurs vacances entre deux réunions »²²⁴¹. Si le « droit à la déconnexion » ne s'est pas imposé, c'est en raison de l'hybridation des usages des TIC où se mêlent professionnel et privé. La possibilité d'être constamment en mesure de communiquer tend à s'imposer comme une norme²²⁴². Cela nuit mécaniquement à la capacité de déconnexion des individus. Cette évolution des usages n'est toutefois pas sans risques. Si ces technologies sont en effet synonyme d'immédiateté, d'ouverture et d'évasion, elles sont aussi source d'informations non désirées, d'appels intempestifs, de surcharge de travail, de confusion entre urgence et importance, de nouvelles addictions, de contrôles et de surveillances non autorisés. Les TIC obligent à repenser collectivement la manière de travailler, et à donner les moyens à chacun de pouvoir accomplir sa tâche sans avoir à être connecté sans limitation de durée. A défaut d'un « droit à la déconnexion » qu'on viendrait imposer au salarié, on peut désormais parler d'une « hygiène de la déconnexion ». En raison de cette modification de l'organisation du travail, le temps de travail effectif n'apparaît plus comme l'outil le plus adéquat pour limiter l'intensité du travail²²⁴³. On peut alors se demander si la notion d'indisponibilité physique, numérique et intellectuelle du salarié ne serait pas plus à même d'être le fondement de la législation sur la durée du travail²²⁴⁴. Cette nouvelle notion pourrait s'appuyer sur le repos effectif

²²³⁹ ORSE, *Guide ORSE du meilleur usage des outils de communication numérique dans les entreprises*, op. cit., p. 37.

(a), le droit à la non disponibilité partielle (b), les rythmes numériques (c) et l'évaluation de la charge de travail (d).

a. Le repos effectif

762. **L'autonomie, une faculté des salariés connectés** – L'originalité des relations numériques de travail, c'est que l'horaire collectif est bouleversé par le réseau. Les TIC induisent en même temps qu'elles nécessitent plus d'autonomie pour des travailleurs de plus en plus nombreux. Il est impossible de donner une définition unique et claire à des modes d'organisation du travail de plus en plus complexe²²⁴⁵. Le recours des salariés à Internet dans le cadre de l'exécution de leur prestation de travail, qu'elle ait lieu dans l'enceinte de l'entreprise ou à l'extérieur, leur octroie une autonomie bien plus importante qu'auparavant, remettant ainsi en cause l'unité collective de l'entreprise²²⁴⁶. « Il apparaît aussi que mesurer le temps de travail est une véritable gageure : aussi bien pour le salarié présent dans l'entreprise mais dont l'activité peut parfois dévier vers un certain présentéisme contemplatif et du « papotage », que pour le commercial dont les rapports d'activité permettent de vérifier le résultat plus que le temps passé, le chauffeur de poids lourds soumis à des contraintes très différentes, ou encore les salariés en télétravail à contrôler à distance »²²⁴⁷. « Par voie de conséquence, ce sera de plus en plus par des repos minima et non par des durées maxima de travail que se concrétisera la fonction protectrice de la santé de la réglementation de la durée du travail. Les forfaits jours peuvent dès lors être le creuset d'une réflexion sur une évolution qui semble inéluctable »²²⁴⁸. S'il est impossible de définir clairement la notion de temps de travail

²²⁴⁰ *L'entreprise et le « droit à la déconnexion » : y aura-t-il encore une vie après le travail ?*, <http://www.manpowergroup.fr/lentreprise-et-le-droit-a-la-deconnexion-y-aura-t-il-encore-une-vie-apres-le-travail/>, consulté le 19 janvier 2015.

²²⁴¹ *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 386.

²²⁴² « Les nouveaux pauvres des télécommunications ne sont plus ceux qui n'ont pas accès à la connexion, mais ceux qui vivent désormais dans l'obligation de répondre immédiatement et qui ne peuvent donc pas échapper à la situation de vivre dans une sorte d'interpellation continue. De leurs côtés, les nouveaux riches des télécommunications sont ceux qui ont la possibilité de filtrer et donc d'instaurer de la distance vis-à-vis de cette interpellation ». F. Jauréguiberry, « Déconnexion volontaire aux technologies de l'information et de la communication », *HAL Id: hal-00925309*, 7 janvier 2014, p. 9.

²²⁴³ *Infra*. Partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2, I : « la porosité des temps de travail ».

²²⁴⁴ S. Dudemaine, *La notion de temps de travail effectif*, Mémoire de DEA de Droit Social sous la direction de B. Bossu, Université de Lille 2, 2003, p. 65.

²²⁴⁵ *Ibid.*, p. 66.

²²⁴⁶ M. Delawari et C. Landat, « Les enjeux de la relation salariale au regard du développement du réseau Internet », *op. cit.*, p. 39.

²²⁴⁷ F. Gallet, « La notion de temps de travail effectif », *op. cit.*, p. 4.

²²⁴⁸ J. Barthélémy, *Évolution du droit social*, *op. cit.*, p. 202.

effectif, la protection de la santé des travailleurs ne peut donc être envisagé que par le respect du temps de repos qui doit être effectif et défini précisément²²⁴⁹.

763. **Un socle minimal et une variété de statuts** - Un socle de garanties sociales est nécessaire²²⁵⁰. Le droit international et notamment la recommandation n° 116 de l'OIT incitent les États à définir une durée « normale » de travail et à limiter le recours aux heures supplémentaires. La Charte sociale européenne, révisée en 1996, fait référence à une durée « raisonnable » de travail journalier et hebdomadaire. La directive du 4 novembre 2003 impose une durée maximale de travail par semaine et le respect de repos minima. Mais sont en cause les limites maximales de la durée du travail et non l'appel à un référent hebdomadaire applicable à tous. L'adoption d'une durée légale de travail n'est pas non plus la démarche empruntée par nos voisins. En Allemagne, c'est de durée maximale quotidienne du travail et de temps de repos dont il s'agit. Au Royaume-Uni, la directive du 4 novembre 2003 a été transposée à minima à travers la limite de 48 heures de travail par semaine et le droit à repos²²⁵¹. Proposée par Jacques Barthélemy et Gilbert Cette, la possibilité de déroger par accord collectif à toutes les dispositions du droit français qui ne répondent pas à des préoccupations d'ordre public permettrait une évolution du droit social conciliant le caractère protecteur de ce dernier et l'efficacité économique en fonction des spécificités de chaque secteur d'activité²²⁵².

764. **L'autonomie du salarié** - Longtemps réfractaire à l'idée d'une partition binaire du temps de travail, la Cour de cassation a opéré une relative inflexion. Elle a ainsi récemment affirmé à l'instar de la CJUE²²⁵³ que « la notion de temps de travail doit être appréhendée par opposition à la période de repos, ces deux notions étant exclusives l'une de l'autre »²²⁵⁴. Toutefois les directives de l'Union européenne définissent le temps de repos par opposition au temps de travail. La Cour semble concevoir le temps de travail par opposition au temps de repos. Or, « en prenant en compte le temps de repos comme pivot à la place du temps de travail, on s'intéresse moins à l'exercice du pouvoir (critère de définition du temps de travail) qu'à la condition d'exercice

²²⁴⁹ S. Dudemaine, *La notion de temps de travail effectif*, *op. cit.*, p. 13.

²²⁵⁰ P. Vendramin et G. Valenduc, « Le travail flexible à l'aube du 21ème siècle : un défi pour les politiques publiques », Bruxelles, Fondation Travail-Université ASBL, coll. « Flexible Work Practices and Communication Technology », 1999, p. 38.

²²⁵¹ F. Favennec-Hery et M. Miné, « Faut-il abroger la durée légale du travail ? », *op. cit.*, p. 282.

²²⁵² FRANCE, Conseil d'analyse économique, J. Barthélemy et G. Cette, *Refondation du droit social*, *op. cit.*, p. 51.

²²⁵³ CJCE, 3 oct. 2000, *aff. C-303-98*, *op. cit.*

²²⁵⁴ Cass. soc., 29 juin 2011, *pourvoi n°10-14.743*, *Bull. civ.*, V, n°184, *op. cit.*

essentielle du droit au repos »²²⁵⁵. Cette nouvelle conception du repos fondée sur le libre choix du salarié constitue une réponse aux défis portés par les nouveaux modes de travail.

765. **Comptabiliser le temps de repos** - Compte tenu de la difficulté de mesurer le temps de travail effectué pour l'entreprise par le salarié dit « autonome », la CGT propose de « négocier dans les accords sur le forfait-jours des temps de repos quotidien obligatoire de 13 heures consécutives au lieu de 11 heures actuellement, le temps de travail quotidien ne pourra ainsi plus dépasser 11 heures »²²⁵⁶. S'agissant de la durée du travail sur la semaine, ils proposent un repos hebdomadaire de 48 heures consécutives au lieu de 35 heures actuellement, assurant un repos de deux jours consécutifs minimum par semaine. Il ne s'agit plus de comptabiliser le temps effectivement consacré à travailler, mais le temps effectivement consacré à se reposer hors de toute interaction avec l'entreprise. Cette proposition constituerait indéniablement une avancée du point de vue de la santé mais elle ne prend pas en compte tous les degrés de sollicitations auxquelles sont soumis les salariés mêmes « autonomes ».

b. Le droit à la non disponibilité partielle

766. **Dangers de l'immédiateté** - Les TIC se sont développées à un rythme tel que les régulations organisationnelles et les cadres juridiques n'ont pas suivi. « Le repos des neurones n'est pas en effet de même nature que celui des bras : il s'agit moins de récupération physique que de déconnexion des préoccupations professionnelles, qui ne s'arrêtent pas avec la sortie de l'entreprise »²²⁵⁷. « L'employé peut devenir improductif si son temps de travail est sans cesse interrompu et fragmenté par le flux d'informations qui circule sur les réseaux et les boîtes mails. Il a fallu de nombreuses années pour se rendre compte que l'usage intempestif des mails occasionne des conséquences non négligeables sur le bien-être et la productivité au travail : ce n'est que depuis les années 2000 que l'on parle d'instituer un droit à la déconnexion »²²⁵⁸. De nombreuses études montrent que les déconnexions et coupures permettent d'améliorer la productivité des

²²⁵⁵ P. Waquet et Collectif, *13 paradoxes en droit du travail*, op. cit., p. 249.

²²⁵⁶ B. Van Craeynest et P. Masson, « Comment réglementer le temps de travail des cadres ? », op. cit., p. 474.

²²⁵⁷ J.-E. Ray, « Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXI^e siècle », op. cit., p. 939.

²²⁵⁸ F. Fischer, *Rapport de mission - Éthique et Numérique : une éthique à inventer ?*, op. cit., p. 24.

salariés²²⁵⁹. Une étude sur les capacités cognitives des étudiants²²⁶⁰ indique notamment que travailler sur plusieurs tâches en même temps est préjudiciable à l'accomplissement de chacune des tâches et à la concentration. Or, les technologies relationnelles ont ceci de particulier qu'elles distraient non seulement lorsqu'il faut écrire un message mais aussi lorsque le cerveau est « en attente » d'un message qui « va arriver »²²⁶¹. La distraction est donc continue. Les déconnexions volontaires permettent de lutter contre le phénomène de *burn-out* à travers des petites conduites de déconnexion²²⁶².

767. Mauvaise utilisation des outils informatiques - La sur-connectivité est un symptôme de l'inadéquation des règles de l'entreprise avec les pratiques numériques. En effet, les outils numériques sont souvent mal utilisés. Le mail est symptomatique de cette mauvaise utilisation. Par définition asynchrone, il est utilisé comme un outil synchrone²²⁶³. Mais si les salariés utilisent des mails, de l'écrit pour tout, c'est avant tout pour se « couvrir » légalement²²⁶⁴. Si les entreprises peuvent limiter l'usage des appareils professionnels, bloquer les serveurs de l'entreprise, ou chasser les salariés de leurs bureaux le soir... rien n'empêchera un salarié de travailler depuis son smartphone personnel ou depuis son ordinateur portable.

768. Plages horaires de non disponibilité – Comme certains établissent trop simplement un lien direct entre réduction du temps de travail et création d'emplois, d'autres établissent aussi une relation directe entre réduction du temps de travail et amélioration de la qualité de la vie. Encore faut-il savoir comment est organisé ce temps de travail réduit. « Comme entre le plein soleil et l'ombre sombre d'une pinède, des zones d'ombres mouvantes - celle des platanes - existent, des zones intermédiaires entre le travail et le repos sont de même à la lisière de ces notions. L'autonomisation du salarié et les techniques de communication ont considérablement favorisé l'émergence de ces temps qui ne relèvent ni du travail à proprement parler, ni du repos »²²⁶⁵. La complexité du travail appelle de nouvelles mesures de protection. Télétravail, tiers lieux,

²²⁵⁹ J.-F. Funke, « La pratique du BYOD (“Bring Your Own Device”) », *op. cit.*, p. 5.

²²⁶⁰ L. Bowman, L. Levine, B. Waite et M. Gendron, « Can students really multitask? An experimental study of instant messaging while reading », *Computers & Education*, vol. 54, n° 4, mai 2010, p. 927-931.

²²⁶¹ Les mails interrompent les gens dans leurs tâches pour lesquelles ils sont payés. Les gens zappent d'une activité à l'autre.

²²⁶² Par exemple ne pas relever ses courriels pendant tout un weekend, ou mettre son téléphone en mode silencieux pendant 2 heures.

²²⁶³ Chacun se sent maintenant obligé de répondre immédiatement à un mail, sans s'interroger sur le degré d'urgence de la demande. L'émetteur du mail, lui, omet de le préciser... partant du principe qu'on lui répondra immédiatement.

²²⁶⁴ Le droit encourage cette pratique : aux prudhommes l'élément de preuve dans un licenciement est très généralement appuyé par des mails, alors qu'on accorde peu de valeur à des propos rapportés oralement.

²²⁶⁵ F. Gallet, « La notion de temps de travail effectif », *op. cit.*, p. 4.

nomadisme, réseaux sociaux, outils personnels, les pratiques de travail correspondent d'abord à de nouveaux modes de fonctionnement individuel. Il s'agit d'autant de révélateurs d'attentes inédites de la part des salariés. Très majoritairement les salariés souhaitent pouvoir, en dehors des horaires de travail habituels, à leur rythme, continuer la lecture de leur messagerie professionnelle, cette activité devenant de plus en plus chronophage.

769. **Différents paliers de disponibilité** - Le droit à la non disponibilité doit être une expression du besoin des « cerveaux d'œuvre » de reprendre prise sur leur travail et du pouvoir d'agir²²⁶⁶. La connexion et la mobilité pourraient constituer la structure fondatrice d'un nouveau contrat de travail. Le temps de travail électronique pourrait être calculé de manière différenciée, en fonction de différents paliers de disponibilité. Il conviendrait alors de qualifier à l'avance les moments, puisque la qualification des lieux (domicile privé, lieu de travail) n'a pas forcément de signification d'un point de vue productif. La journée serait donc découpée en moments et à chaque moment serait associé un taux de disponibilité du salarié, une prestation dûment définie. Ces paliers de disponibilité existent déjà dans la pratique des salariés ; il suffit de consulter les messages d'absence du bureau que laissent les salariés à l'attention de leurs correspondants : depuis l'« absent jusqu'au xx, messages non lus » jusqu'au « je consulte mes messages et ferai en sorte de vous répondre aussi vite que possible », en passant par tous les stades, de « messages lus épisodiquement » à « m'appeler uniquement en cas d'urgence ». « Ce que les salariés « absents » définissent ainsi sont des niveaux de service, des paliers de pression, des temps de réponse aux sollicitations électroniques. Cette idée d'engagement de service, pure création de la pratique, improvisée par les salariés en congé ou en déplacement, pourrait devenir le premier paramètre de mesure du travail, plutôt que la présence dans les locaux de l'entreprise »²²⁶⁷. Ces niveaux de service permettent aux intéressés de savoir à quoi s'en tenir, à chaque moment de la journée, sans avoir à se tenir en permanence à la disposition de leur employeur. Ces paliers mériteraient d'être formalisés, prévus et organisés au niveau collectif par des

²²⁶⁶ L. Mahieu, *Changements technologiques au travail : amplifier l'action syndicale*, <http://www.cadrescdfdt.fr/actualites/changements-technologiques-au-travail-amplifier-l'action-syndicale-002982>, consulté le 3 juin 2015.

²²⁶⁷ E. Cauvin, *Obligation de connexion, liberté de déplacement : le contrat de travail réinventé*, <http://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-80728-obligation-de-connexion-liberte-de-deplacement-le-contrat-de-travail-reinvente-1007217.php#Xtor=AD-6000>, consulté le 6 janvier 2015.

accords prenant en compte les spécificités de chaque secteur et au niveau individuel par le contrat de travail.

770. Droit à la non disponibilité partielle - L'objectif de la déconnexion partielle est d'éviter « les écueils auxquels peut conduire une connexion permanente incontrôlée » et de subir des situations de surcharge informationnelle. Il s'agit d'un « droit de ne pas être dérangé dans un environnement télécommunicationnel intrusif (...) face à un nombre d'e-mails ou de SMS manifestement trop grand pour être raisonnablement géré, à un nombre d'appels téléphoniques trop fréquent pour ne pas être perturbateurs, à la dimension trop chronophage de l'entretien des réseaux sociaux sur Internet »²²⁶⁸. Les entreprises devraient ainsi prévoir des plages horaires de non disponibilité pour tous leurs salariés qui disposent d'outils de communications avec un usage professionnel. C'est parce que le salarié n'est pas dérangé, et donc indisponible, que le salarié est productif et donc « disponible » pour faire son travail²²⁶⁹. C'est pourquoi on devrait parler de droit à la non disponibilité ou de déconnexion volontaire plutôt que d'un droit à la déconnexion qui ne concerne que le temps hors de l'entreprise. Dans l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 relatif au télétravail, les partenaires sociaux ont d'ailleurs fixé des plages horaires pendant lesquelles l'entreprise et les partenaires de l'entreprise peuvent joindre le salarié. En dehors de ces plages horaires, le salarié reste libre de choisir les horaires de travail qui lui conviennent et peut utiliser son « droit à la non disponibilité » (ou « droit à la déconnexion ») en mettant en veille ses systèmes de communications professionnelles²²⁷⁰. Il s'agit d'un système opposé à celui de l'astreinte.

771. Concilier les usages et la protection de la santé - L'approche normative fonctionne assez mal dans les organisations numériques. Le droit à la déconnexion ne doit pas être codifié de manière uniforme pour toutes les organisations, ni pour tous les salariés. La logique du temps de travail applicable partout et pour tous doit laisser place à des règles appliquées en fonction de la situation donnée. Pour Stéphane Béal, directeur juridique chez FIDAL et animateur de la commission nationale juridique de

²²⁶⁸ Il s'agit de ne pas se laisser envahir par trop d'informations non désirées, d'échapper à un mode d'interpellations incessantes, à l'urgence et à la pression managériale, au contrôle hiérarchique ou à l'impression d'être surveillé. F. Jauréguiberry, « Déconnexion volontaire aux technologies de l'information et de la communication », *op. cit.*, p. 7.

²²⁶⁹ L. Belton et F. de Coninck, « Des frontières et des liens », *Réseaux*, vol. 140, n° 1, 1 mai 2007, p. 67-100.

²²⁷⁰ Les déconnexions ne sont pas nécessairement totales, il est possible de ne consulter ses mails qu'à un moment de la journée, ou de désactiver les notifications de son *Smartphone* par exemple mais de continuer à s'en servir pour géolocaliser un service.

l'ANDRH : « le législateur a tendance à rigidifier le Code du travail pour encadrer les évolutions. Il est important de permettre aux entreprises d'expérimenter avant de légiférer sur des sujets qui ne rentreront jamais dans toutes les cases »²²⁷¹. Dans les limites actuelles de la loi sur le temps de travail, il est essentiel pour les entreprises de mettre en place des chartes pour construire un cadre qui concilie les évolutions des usages induits par les nouvelles pratiques numériques comme la veille sur les réseaux sociaux. En Allemagne, des entreprises ont déjà adopté ce type de dispositif²²⁷². En France seules quelques entreprises comme Microsoft et Orange ont mené une réflexion de fond pour interroger l'usage des outils informatiques et hiérarchiser les temps de la sphère privée et professionnelle. Par exemple, Microsoft France demande à ses salariés qui souhaitent travailler en dehors des horaires de l'entreprise de préparer leurs messages en mode brouillon (ou hors connexion) et de les envoyer pendant les heures habituelles de travail²²⁷³. En effet, si la messagerie électronique permet de consulter ses messages professionnels en dehors de l'entreprise et en dehors des horaires de travail, les messages envoyés durant ces mêmes heures risquent d'induire chez le destinataire un sentiment de culpabilité ou d'urgence à devoir y répondre. Les salariés connectés ne veulent pas que leur entreprise décrète la déconnexion, mais ils ne veulent pas non plus d'une disponibilité permanente²²⁷⁴.

c. Rythmes numériques

772. **Articulation numérique** - Le constat d'une indifférenciation entre les temps de la « vie professionnelle » et de la « vie privée »²²⁷⁵ doit mener à une interrogation sur la pertinence des dispositifs actuels de réduction du temps de travail par rapport au droit à

²²⁷¹ G. Marchand, « Transformation du travail: un défi pour le management et la fonction RH », *Personnel*, n° 558, mars 2015, p. 11.

²²⁷² En février 2015, les partenaires sociaux du constructeur BMW ont signé un accord qui permet aux salariés qui le désirent de signaler leur « non-disponibilité » pour recevoir des courriels hors temps de travail. L'accord précise même que les messages pourront être automatiquement détruits, après notification à l'employeur. Chez Deutsche Telekom, les cadres doivent s'engager par écrit à ne pas communiquer avec leurs subordonnés hors temps de travail. Sauf exception, qui fait alors l'objet d'une convention individuelle spécifique. Quant au géant automobile Volkswagen, il a mis en place dès 2011 un dispositif permettant aux cadres de ne recevoir ni e-mails ni appels téléphoniques hors temps de travail. T. Schnee, « Outre-Rhin, le travail à la carte est tendance », *Liaisons sociales magazine*, n° 154, septembre 2014, p. 56-58.

²²⁷³ ORSE, *Guide ORSE du meilleur usage des outils de communication numérique dans les entreprises*, *op. cit.*, p. 51.

²²⁷⁴ I. Chez Areva une charte indique que « chaque salarié, quelque soit son niveau hiérarchique, veillera à se déconnecter du réseau et à ne pas envoyer de courriel en dehors des heures habituelles de travail. A ce titre le salarié dispose d'un droit de déconnexion. La hiérarchie s'assurera par son exemplarité au respect de cette mesure ». Au delà du principe : « en cas de circonstances particulières, nées de l'urgence et de l'importance des sujets traités, des exceptions à ce principe seront évidemment mises en œuvre ». Par son étendue l'exception prive le principe de sa substance. AREVA, « Accord pour le développement de la qualité de vie au travail du 31 mai 2012 », *op. cit.*

²²⁷⁵ Délocalisations chez les clients, utilisation des réseaux sociaux, autoformation sur le temps privé, etc.

la santé²²⁷⁶. En effet, « le temps est une source parmi d'autres d'exposition aux risques, dont l'interaction avec d'autres sources est fonction de chacun, de son horloge biologique, de son secteur d'activité, de son environnement familial »²²⁷⁷. On s'aperçoit ainsi que les rythmes de travail sont au cœur de la problématique sur la pénibilité²²⁷⁸. En effet, dans une société où l'information est dématérialisée, les rythmes de travail et la charge de travail sont devenus de plus en plus intenses. Le temps de travail est éclaté et désynchronisé par rapport aux autres temps de la vie. « Le salarié « astreint », « préoccupé », au sens littéral de ces termes, est maintenu dans un état de vigilance, de stress, qui n'est guère pris en considération, ni sur le plan de la santé, ni sur le plan de la compensation, en termes de repos ou de deniers, par les textes conventionnels existants »²²⁷⁹. En effet, le temps effectif à travers la durée légale du travail, point de déclenchement des heures supplémentaires, se borne à livrer un éclairage quantitatif dans un cadre hebdomadaire. L'approche en termes de rythmes de travail pourrait constituer un précieux outil d'appréhension de la santé au travail sous l'angle qualitatif. Cela suppose de disposer d'indicateurs pertinents pour apprécier les rythmes de travail²²⁸⁰. L'objectif d'amélioration de la qualité de vie au travail posé par l'ANI du 19 juin 2013 nécessite de définir de nouvelles mesures du travail, « conséquences de l'impact de la généralisation des nouvelles technologies de l'information et de communication (distinction des temps de travail liés aux moyens électroniques tels que email à distance, portable...) »²²⁸¹.

773. **Salarié acteurs** – Une réelle adaptation des rythmes de travail aux salariés est à envisager. Il importe en particulier que le salarié soit « acteur » de son rythme de travail. La notion d'autonomie ne doit plus être galvaudée. Il s'agit de qualifier des situations où la charge de travail, l'organisation et le niveau de responsabilité confèrent une réelle liberté dans la gestion de l'emploi du temps. Il conviendrait ainsi de mieux distinguer les temps contraints par les impératifs de l'entreprise et les temps indirects en définissant de nouveaux seuils : par exemple 30 heures dans la semaine pour des plages de disponibilité immédiate, et 18 heures de plages de disponibilité indirecte où le salarié est

²²⁷⁶ F. Pichault, B. Rorive et M. Zune, *Etude « TIC et métiers en émergence »*, *op. cit.*, p. 179.

²²⁷⁷ Anact-Aract, « La conciliation des temps, une question à plusieurs dimensions », *op. cit.*, p. 4.

²²⁷⁸ Les facteurs de risques professionnels au titre de certains rythmes de travail : le travail de nuit ; le travail en équipes successives alternantes ; le travail répétitif.

²²⁷⁹ I. de Launay-Gallot, « Il y a travail effectif lorsque le salarié reste en permanence à la disposition de l'employeur », *op. cit.*

²²⁸⁰ V. Pontif, « Les rythmes de travail », *RDT*, 2012, p. 208.

²²⁸¹ Annexe à l'article 13, éléments descriptifs destinés à faciliter l'élaboration d'une démarche de qualité de vie au travail dans le cadre du dialogue social. « ANI, 19 juin 2013, relatif à la qualité de vie au travail », *op. cit.*

susceptible de travailler. Ce nouveau temps permettrait de prendre en compte les temps de transport ou le travail à domicile. « Chacun est obligatoirement joignable entre 10h et 12h, puis de 14h à 16h15 : ces horaires ont été fixés en fonction des demandes des clients, mais aussi des souhaits des télétravailleurs souvent chargés de famille, et de plus en plus aidants familiaux »²²⁸². Le volume horaire pourrait être aménagé en fonction des métiers et des appétences de chacun suivant le degré d'autonomie et la capacité à s'organiser. « L'activité de travail se structure ainsi autour d'une alternance entre des phases que nous pouvons qualifier de professionnelles ouvertes où les salariés restent disponibles pour une intrusion, et des phases professionnelles restrictives où ils se consacrent à une activité en se fermant aux personnes extérieures à cette activité »²²⁸³. Le « bonheur au travail » est moins lié à la nature intrinsèque du travail qu'à ses conditions de réalisation. C'est principalement le fait de piloter soi-même son rythme de travail qui est fondamental²²⁸⁴. « Si l'adaptation des rythmes de travail aux salariés est un moyen d'agir sur le niveau de stress, les troubles musculo-squelettiques et de faire reculer la souffrance au travail, elle s'inscrit aussi comme un vecteur de développement du bien-être au travail »²²⁸⁵. Outre les rares hypothèses où il est possible de refuser certains rythmes de travail en cas d'incompatibilité avec des « obligations familiales »²²⁸⁶, il conviendrait d'offrir au salarié une plus grande latitude dans la détermination des périodes travaillées, notamment en privilégiant le volontariat pour le travail effectué au cours de périodes socialement asynchrones, comme le sont majoritairement les échanges effectués par le biais des technologies relationnelles.

774. **Rythme idéal** – Malheureusement, les périodes allouées au travail et au repos sont standardisées. Lorsque la durée de travail d'un salarié atteint 6 heures, l'employeur doit en principe accorder un temps de pause de 20 minutes²²⁸⁷. Ce rythme apparaît peu adapté au travail sur écran. Les longues périodes de travail sans repos sont inefficaces pour les cerveaux d'œuvre, car au-delà d'un certain temps, le cerveau se fatigue, la concentration baisse et fait ainsi chuter le rendement²²⁸⁸. Aussi, ne devrait-on pas considérer les cycles de productivité du cerveau ? Selon une étude effectuée par la

²²⁸² J.-E. Ray, « Qualité de vie(s) et travail de demain », *Dr. soc.*, 2015, p. 147.

²²⁸³ L. Belton et F. de Coninck, « Des frontières et des liens », *op. cit.*, p. 76.

²²⁸⁴ C. Bourion et S. Persson, « Production quantitative et qualitative de plaisir au travail », *Revue internationale de psychosociologie*, Vol. XVI, n° 39, 3 mai 2010, p. 297.

²²⁸⁵ V. Pontif, « Les rythmes de travail », *op. cit.*, p. 208.

²²⁸⁶ Supra. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2, II, B, 1 : « l'individu dans la société numérique ».

²²⁸⁷ C. trav. art. L. 3121-33.

²²⁸⁸ D. Hislop, *Mobility and Technology in the Workplace*, Routledge, 2008, p. 82.

société *DeskTime*, il apparaît que le rythme de travail idéal est composé d'une séquence de travail de 52 minutes, suivie d'une pause de 17 minutes²²⁸⁹. Une durée similaire au format des reportages et des séries. Cela signifie ne pas regarder ses mails, ne pas aller sur *Facebook*, ne pas être interrompu par un SMS. En pratique, il n'est pas assuré que beaucoup de directions d'entreprise les suivent. Effectuer une pause de 17 minutes toutes les 52 minutes revient aussi à passer un tiers de son temps au travail « sans travailler ». Notons également que pour les magistrats, l'octroi de deux pauses inférieures à 20 minutes est contraire au Code du travail, bien que le temps global accordé aux salariés soit supérieur à 20 minutes²²⁹⁰. On peut toutefois considérer à l'inverse que derrière toute improductivité il y a un potentiel de créativité et d'activité relationnelle.

d. *Évaluation de la charge de travail*

775. **Charge et intensité du travail** – « Sous une apparente autonomie, la disparition progressive de toute référence au temps de travail présente un danger encore plus insidieux pour le salarié qui risque d'assister au renforcement du lien de subordination au détriment de sa vie privée »²²⁹¹. Les cadres souhaitent, tout en continuant à assumer leurs responsabilités, bénéficier de la réduction du temps de travail et pour cela, il faut que la charge de travail ne croisse pas au point de supprimer l'avantage revendiqué²²⁹². « La disparition progressive de la notion de « au temps et au lieu de travail » pour les salariés autonomes nécessite de compléter la mesure du temps de travail par une mesure de la charge de travail, dont les modalités sont difficiles à mettre en œuvre : c'est l'enjeu majeur de l'évolution du travail qui se profile, caractérisée par le travail en mode projet et des attentes vis-à-vis des salariés en termes de résultats... »²²⁹³. C'est la mesure de la charge de travail qui permettra de garantir la protection de la santé du salarié, notamment le respect d'un temps de repos suffisant. « Composante du rythme en soi, l'intensité peut être définie comme la quantité de travail par unité de temps. (...) L'intensité renvoie à la charge de travail et son impact sur la santé des salariés est largement commenté »²²⁹⁴. Dans le cadre de l'obligation de garantie de la santé et la

²²⁸⁹ *The Rule of 52 and 17: It's Random, But it Ups Your Productivity*, <https://www.themuse.com/advice/the-rule-of-52-and-17-its-random-but-it-ups-your-productivity>, consulté le 29 janvier 2015.

²²⁹⁰ *Cass. soc.*, 20 fév. 2013, pourvois n°11-28.612, 11-28.613, 11-28.614, 11-28.615, 11-28.616, 11-28.617, *Bull. civ.*, V, n°49.

²²⁹¹ M. Delawari et C. Landat, « Les enjeux de la relation salariale au regard du développement du réseau Internet », *op. cit.*, p. 44.

²²⁹² M.-A. Moreau, « Temps de travail et charge de travail », *op. cit.*, p. 263.

²²⁹³ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, p. 20.

²²⁹⁴ V. Pontif, « Les rythmes de travail », *op. cit.*, p. 208.

sécurité des travailleurs incombant à l'employeur, apparaît la question cruciale des conditions et de la charge réelle de travail. « Autant que le temps, c'est bien la question de la charge de travail qui est centrale »²²⁹⁵. La charge de travail a longtemps été encadrée par le respect des durées maximales de travail, l'employeur ne pouvant pas donner au salarié une charge de travail plus lourde que la quantité de travail qui pouvait être exécuté dans la limite des durées maximales²²⁹⁶. Cela était particulièrement adapté pour le travail manuel industriel, sans machine à sa disposition l'ouvrier était libre de vaquer à ses occupations et de se reposer. Or on constate aujourd'hui que les prestations de travail se sont diversifiées, leur nature a évolué : de la production effective au développement du travail intellectuel et des services. « Tant qu'il s'agit du louage de la force de travail corporelle, à la rigueur on peut s'accommoder de cette unité de mesure. Mais à partir du moment - et nous y sommes - où la prestation exigée appelle la réflexion, la créativité - où donc le travail intellectuel - du cerveau - relaie le travail physique - du corps - le temps astronomique n'a plus guère de sens »²²⁹⁷.

776. Le travailleur réseau et le management par objectifs - Dans une organisation en réseau, les marges de manœuvre dans l'exercice du métier sont grandes. Sur la base de principes partagés et d'un contrat définissant les objectifs à atteindre, une grande liberté peut être laissée à l'individu pour exercer le rôle confié, tirer parti des opportunités et nouer les coopérations nécessaires à l'atteinte de ses objectifs. « Sans aucunement remettre en cause le statut de salarié des télétravailleurs, il convient d'envisager la mise en place d'un régime spécifique qui prenne en compte l'autonomie consubstantielle au télétravail à domicile et au télétravailleur nomade »²²⁹⁸. Comme le relève le rapport du Conseil Général de l'Industrie, de l'Énergie et des Technologies, « les deux critères de réussite [du télétravail] sont l'autonomie du télétravailleur et la capacité de la hiérarchie à fixer des objectifs clairs et mesurables. Le télétravail n'est pas fait pour tout le monde et repose sur une relation de confiance. Aussi, pour qu'une situation de télétravail fonctionne bien, [...] la mise en place du télétravail doit être accompagnée par un management par objectifs »²²⁹⁹. Le Centre d'analyse stratégique corrobore cette analyse « le critère principal, outre l'usage des TIC, réside dans le degré

²²⁹⁵ J.-P. Bouchet, « Au nom de qui parle-t-on de « qualité de vie » ? », *op. cit.*, p. 155.

²²⁹⁶ M.-A. Moreau, « Temps de travail et charge de travail », *op. cit.*, p. 263.

²²⁹⁷ G. Lyon-Caen, « Considérations intempestives sur le temps », *Dr. soc.*, 2000, p. 236.

²²⁹⁸ D. Denis, *Dynamiser le télétravail : un enjeu décisif pour la croissance et l'emploi*, *op. cit.*, p. 20.

²²⁹⁹ FRANCE et Conseil général de l'industrie, de l'énergie et des technologies, *Perspectives de développement du télétravail dans la fonction publique*, Ministère de la fonction publique, 2011, p. 47.

d'autonomie dans son activité professionnelle »²³⁰⁰. Certains pays ont déjà intégré cette autonomie dans la définition même du télétravail. Ainsi, au Japon, « le télétravail est une méthode d'organisation qui, grâce à l'utilisation des moyens d'information et de télécommunication, n'est pas soumise à des conditions d'exercice liées au lieu et à la durée du travail »²³⁰¹. Au demeurant, en France, la loi adapte la réglementation du temps de travail à l'autonomie organisationnelle de certains travailleurs. Ainsi, les Voyageurs Représentants Placiers sont soumis aux dispositions du Code du travail sous réserve de certaines exceptions ou adaptations rendues nécessaires par la nature de leur activité²³⁰².

777. Un droit présentéiste - L'autonomie conférée par les outils numériques implique le basculement vers une culture du résultat. Les pays anglo-saxons sont beaucoup plus sensibles à la rémunération au résultat qu'à la rémunération au temps²³⁰³. En France, nous avons un rapport au temps différent et notre droit protège une certaine culture du présentéisme. Nous ne jugeons pas les gens sur les résultats, mais plutôt sur les efforts qu'ils font pour atteindre ces résultats. Un salarié doit ainsi justifier systématiquement son absence. Faute de réponse de la part du salarié, l'employeur peut le sanctionner, soit par un avertissement soit par un licenciement qui peut prendre la forme de la faute grave²³⁰⁴. Inversement s'agissant des résultats, c'est à l'employeur de justifier par des éléments objectifs que la non atteinte des objectifs est imputable au salarié, afin d'échapper au paiement des primes contractuellement fixées. Que les objectifs soient en nombre d'heures de formation, en chiffre d'affaires ou en résultat net, pour opposer des résultats insuffisants à un salarié, il incombe à l'employeur de faire la preuve qu'ils lui sont imputables et que les objectifs étaient réalistes²³⁰⁵. Dans une organisation du travail numérique et mobile il est essentiel d'inverser cette logique. En effet, les salariés doivent essentiellement travailler en mode projet, en fonction d'objectifs²³⁰⁶. La non atteinte de ces objectifs n'est pas en soi une cause de licenciement, car ils doivent, pour être opposables au salarié, satisfaire trois conditions : être réalistes, être adaptés à la capacité professionnelle du travailleur, à la fois en termes de formation et de moyens

²³⁰⁰ FRANCE et Centre d'analyse stratégique, *Le développement du télétravail dans la société numérique de demain*, op. cit., p. 23.

²³⁰¹ *Ibid.*, p. 16.

²³⁰² La réglementation relative à la durée du travail ne s'applique pas au VRP. Il n'a donc pas droit à une rémunération des heures supplémentaires sauf convention ou accord particulier. *Cass. soc.*, 8 juin 2011, pourvoi n°09-41.000, *Bull. civ.*, V, n°149.

²³⁰³ T. Lissitzky, « Harcèlement numérique : le droit à la déconnexion », op. cit. (en ligne).

²³⁰⁴ *Cass. soc.*, 6 avril 2011, 10-10.479, *Inédit*.

²³⁰⁵ *Cass. soc.*, 24 oct. 2012, pourvoi n°11-23843, *Inédit*.

²³⁰⁶ « Télétravail : les accords doivent réguler la demande » - *actuEL-RH.fr*, <http://www.actuel-rh.fr/ressources-humaines/duree-du-travail-et-remuneration/a-195094/teletravail-les-accords-doivent-reguler-la-demande.html>, consulté le 6 octobre 2014.

d'action ; et enfin il faut que soit caractérisée une faute du salarié qui n'est pas parvenu à les atteindre. Cette jurisprudence est tout à fait conforme aux principes mêmes de la direction par objectifs, qui visent à purger le pouvoir patronal de toute trace d'arbitraire. Au-delà de la difficulté particulière qu'elle tranche, elle exprime une règle de portée beaucoup plus générale : il n'est pas, du point de vue juridique, de critère « objectif » qu'on puisse prétendre faire échapper au principe du contradictoire²³⁰⁷.

778. Charge de travail et forfait - Compte tenu de l'aménagement flexible et autonome de son temps de travail, le télétravailleur et le salarié au forfait jours bénéficient d'une surveillance spécifique dont l'esprit se rapproche des travaux de Peter Drucker²³⁰⁸. L'autonomie dont jouissent les salariés force l'employeur à évaluer ce qu'ils ont réellement fait²³⁰⁹. L'employeur doit organiser un entretien au minimum une fois par an avec le salarié sous forfait jours²³¹⁰. Durant ces entretiens, doivent être abordées la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, ainsi que la rémunération du salarié. Dans un arrêt du 24 avril 2013, la Cour de cassation a jugé que les accords collectifs doivent « garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé »²³¹¹. Ainsi, le non-respect par un employeur du dispositif de suivi de la charge de travail prévu par un accord collectif prive d'effet une convention de forfait annuel en jours, ce qui est une avancée au regard du droit à la santé. Concernant la possibilité de conclure une convention de forfait, l'employeur est tenu de consulter le Comité d'entreprise, chaque année, sur le recours aux conventions de forfait ainsi que sur les modalités de suivi de la charge de travail des salariés concernés²³¹².

779. Sécurisation du forfaits jours - Pour tenir compte des exigences posées par la Cour de cassation depuis 2011, la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016²³¹³ sécurise le recours aux forfaits jours, il appartient ainsi aux partenaires sociaux de déterminer dans l'accord les modalités d'évaluation et de suivi régulier, par l'employeur, de la charge de

²³⁰⁷ A. Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *op. cit.*, p. 65.

²³⁰⁸ « Peter Drucker », dans *Wikipédia*, 2015, .

²³⁰⁹ Farhad Manjoo, « Le travail à domicile peut être une très bonne chose, pour les employés comme pour les employeurs », *op. cit.*

²³¹⁰ C. trav. art. L. L. 3121-65, nouveau.

²³¹¹ *Cass. soc.*, 24 avr. 2013, *pourvoi n°11-28.398*, *Bull. civ.*, V, n° 117, *op. cit.*

²³¹² C. trav. art. L. 2323-29.

²³¹³ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », *op. cit.*

travail, ainsi que les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié échangent périodiquement sur la charge de travail, sur l'articulation activité professionnelle-vie personnelle, sur la rémunération et sur l'organisation du travail dans l'entreprise²³¹⁴. Toutefois, la loi travail précise que même si l'accord ne comporte pas de telles dispositions, l'employeur a la possibilité de conclure valablement une convention individuelle de forfait jours²³¹⁵ (ou de sécuriser les conventions individuelles préexistantes), sous réserve : d'établir un document de contrôle du nombre de jours travaillés (document pouvant être rempli par le salarié mais sous la responsabilité de l'employeur) ; de s'assurer que la charge de travail est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires ; d'organiser un entretien annuel avec le salarié « pour évoquer sa charge de travail, qui doit être raisonnable, l'organisation de son travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle ainsi que sa rémunération ». Autrement dit, l'employeur peut unilatéralement combler les carences de l'accord collectif, ce que la jurisprudence actuelle n'admettait pas²³¹⁶. De manière plus générale, l'employeur doit s'assurer régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail²³¹⁷. Cette disposition concerne cette fois tous les salariés.

780. Mesurer la charge de travail - Afin d'éviter un stress important dû à une surcharge de travail, il est nécessaire de prévoir des dispositifs de contrôle du temps de travail adaptés au travail numérique. S'agissant du télétravail, la CFDT recommande que « chaque télétravailleur (puisse) négocier et mesurer son temps et sa charge de travail ». Elle ajoute : « comme l'expérience montre que la mesure du temps de travail est parfois difficile à réaliser, une attention particulière doit être attachée par l'entreprise à la mesure de la charge de travail et des horaires induits par cette charge, en particulier dans le cas de gestion par objectifs »²³¹⁸. Ainsi, afin d'encadrer la charge de travail, il est conseillé de convenir d'un commun accord avec le salarié des objectifs à atteindre et ensuite d'évaluer les résultats. Le système de contrôle des prestations, le pointage par exemple, ordinairement adopté dans les entreprises, est à proscrire car inutilisable.

²³¹⁴ C. trav. art. L. 3121-64.

²³¹⁵ C. trav. art. L. 3121-65.

²³¹⁶ Cass. soc., 31 janv. 2012, pourvoi n°10-19.807, Bull. civ., V, n° 43, op. cit.

²³¹⁷ C. trav. art. L. 3121-58.

²³¹⁸ Proposition n°7, 15 propositions de la CFDT Cadres sur le télétravail du 15 janvier 2007.

781. L'évaluation individualisée qualitative - « Il est plus utile de mesurer la charge de travail ressentie, c'est-à-dire la combinaison de la fatigue physique, de la fatigue mentale, du stress, mais aussi du plaisir induit par le travail. C'est cette combinaison qu'il faut apprendre à mesurer, pour donner la possibilité à chacun d'équilibrer ses temps, entre le temps familial, les temps sociaux et le temps de travail. Cependant, cet équilibre n'est pas le même pour tous »²³¹⁹. Les salariés pourraient faire l'objet d'un contrôle spécifique de leur charge de travail, par exemple à travers la mise en place d'un entretien trimestriel qualitatif. La négociation d'un accord collectif d'entreprise apparaît comme le meilleur moyen pour adapter ce principe à la situation de travail réelle dans l'entreprise. Selon la Dares, les entretiens individuels d'évaluation, lorsqu'ils sont fondés sur des « critères précis et mesurables » sans être liés à des objectifs chiffrés, sont associés à une moindre exposition à la plupart des risques psychosociaux : le manque d'autonomie, de soutien et de reconnaissance, les conflits éthiques sont minorés en présence de tels entretiens. Si les critères sont jugés par le salarié « précis et mesurables », l'évaluation individualisée peut être un espace de débat sur le travail afin de renforcer certaines ressources (autonomie, soutien, reconnaissance...) ²³²⁰.

2) *La reconnaissance juridique de la porosité*

782. Quand s'arrête le travail - Pendant longtemps, la réglementation du temps de travail s'est montrée indifférente à la personne du salarié. À la fin du XIXe et au cours du XXe siècle, la question du temps de travail était abordée d'un point de vue quantitatif sur la base du seul horaire collectif²³²¹. Avec la montée en puissance du travail intellectuel, créatif, la question de la durée du travail perd une partie de son sens²³²². « Qui connaît le temps de travail d'un chercheur, d'un enseignant, d'un journaliste, d'un cadre supérieur, d'un responsable de communication ? Tous les intéressés vous diront que leur temps de présence n'est pas l'essentiel, que seul l'investissement intellectuel (et affectif) est décisif, et que ce dernier n'est pas mesurable en temps... En fait, dans bien des activités conceptuelles, il devient impossible de savoir où commence et s'arrête le

²³¹⁹ J. Barthélémy, *Évolution du droit social*, op. cit., p. 202.

²³²⁰ « Il importe donc pour la prévention de distinguer entre la fixation d'objectifs chiffrés et l'utilisation de critères d'évaluation du travail « précis et mesurables », plutôt d'ordre qualitatif : au contraire des premiers, les seconds semblent pouvoir jouer un rôle protecteur concernant l'exposition des salariés aux risques psychosociaux et donc la préservation de leur santé » *Pilotage du travail et risques psychosociaux*, Dares, 2015.

²³²¹ F. Favennec-Hery, « Qualité de vie au travail et temps de travail », op. cit., p. 113.

²³²² *Le travail au XXIe siècle : mutations de l'économie et de la société à l'ère des autoroutes de l'information*, op. cit., p. 172.

travail »²³²³. Ces questions ne sont naturellement pas ignorées du droit du travail qui les encadre ponctuellement, par la distinction entre « vie personnelle » et « vie professionnelle », par l'existence de différents congés permettant l'éclosion de projets personnels, par l'octroi de droits spécifiques. Une nouvelle réglementation est à constituer pour couvrir toutes les formes de travail, quel que soit le statut du travailleur et les lieux de travail²³²⁴. Alors que des formes de résistances individuelles se mettent en place, notamment parmi la nouvelle génération, qui refuse désormais des responsabilités trop élevées, se connecte au travail à son environnement personnel, aspire à se rendre au travail seulement lorsque c'est nécessaire²³²⁵, la qualité de vie au travail doit intégrer des aspects liés à la personne du salarié, à son ressenti, à son « bien-être »²³²⁶. Les employés veulent ainsi à la fois être reconnus en tant que personnes (a) et souhaitent davantage de flexibilité (b).

a. *L'individu dans l'organisation numérique*

783. L'organisation du travail et la santé - On présente parfois l'entreprise comme un lieu de souffrance²³²⁷, alors que le travail peut aussi être considéré comme une source de bonne santé. « Il faut se garder d'une approche trop négative et trop malade du travail, faite de risques psychosociaux et de maladies professionnelles. Car si le travail peut rendre malade, c'est un fait, il est aussi ce qui maintient en forme, parfois en vie ; il est davantage du côté de la santé que de la maladie »²³²⁸. Stress, risques psychosociaux... ne prennent pas toute la mesure de l'introduction du numérique²³²⁹. En effet, les modes d'organisation ont un impact fort sur la qualité de vie au travail. Ils donnent, ou ils ne donnent pas, aux collaborateurs les outils et les moyens de faire un « travail de qualité »²³³⁰, dimension essentielle au regard de la définition de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) qui définit la santé mentale en tant qu'« état de bien être dans lequel

²³²³ J.-Y. Boulin, G. Cette et D. Taddéi, « Le temps de travail : une mutation majeure. Une introduction générale », *Futuribles*, n° 165-166, 1993, p. 17.

²³²⁴ P. Vendramin et G. Valenduc, « Le travail flexible à l'aube du 21ème siècle : un défi pour les politiques publiques », *op. cit.*, p. 62.

²³²⁵ J. Camacho, *Les scénarios de rupture : Nouveaux espaces, nouvelles temporalités, nouveaux contenus au travail*, http://reseau_fing.org/blog/view/126347/les-scenarios-de-rupture-nouveaux-espaces-nouvelles-temporalites-nouveaux-contenus-au-travail, consulté le 11 juin 2014.

²³²⁶ S. Tournaux et A. Cristau, « Évaluations et qualité de vie au travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 124.

²³²⁷ Le travail vient d'ailleurs du latin *tripalium*.

²³²⁸ *Discours de François Rebsamen, colloque de l'INRS « Cancers professionnels : nouveaux enjeux pour la prévention », 28 novembre 2014*, <http://travail-emploi.gouv.fr/actualite-presse/42/discours/2142/colloque-de-l-inrs-cancers.18263.html>.

²³²⁹ Selon le BIT, le coût du stress dans les pays industrialisés s'élève entre 3 et 4 % du PIB.

²³³⁰ Il s'agit de ne pas confondre produit de bien-être dont pourrait s'emparer le comité d'entreprise pour le proposer dans son catalogue, au même titre que des vacances ou des spectacles, et véritable stratégie d'amélioration de la qualité de vie au travail.

l'individu réalise ses propres capacités, peut faire face aux tensions ordinaires de la vie, et est capable de contribuer à sa communauté ». La santé n'est pas seulement l'absence de maladie mais surtout « un état complet de bien-être sur le plan physique, psychique et sociale »²³³¹. A travers la définition de l'OMS, on demande désormais au travail de produire de la santé, du bien-être. Avec cet objectif l'entreprise doit mettre en place des outils qui permettent de renforcer le lien, le travail collaboratif, la recherche collaborative, etc.

784. Absence de définition juridique du bien-être - Le bien-être dont les déterminants ont été posés par des sociologues est une notion difficile à définir pour un juriste. Indépendamment des textes qui parlent du bien-être et qui prévoient des moyens pour y parvenir, le bien-être est appréhendé comme un critère de cohésion des sociétés et comme le marqueur du lien social. Le bien-être se réfère au bien-être évalué par les personnes elles-mêmes (satisfaction à l'égard de sa vie, des affects positifs et peu d'affects négatifs)²³³². Le problème c'est que l'appréciation du bien-être est susceptible d'évoluer dans le temps et qu'il est défini d'abord comme un sentiment. On connaît en droit la compensation du préjudice, mais est-ce qu'il existe une obligation de rendre ses salariés heureux ?

785. Bien-être au travail - Des nombreux rapports d'experts sur le sujet²³³³ à l'ANI du 19 juin 2013²³³⁴, la qualité de vie au travail est finalement devenue un défi social incontournable pour les entreprises et a pris un sens extrêmement précis. « Le bien-être figure de plus en plus dans des textes de droit dur, alors qu'il a pu être considéré pendant longtemps comme une idée issue du droit souple, un simple objectif programmatique s'apparentant à la recherche du bonheur ou plus généralement à la qualité de la vie »²³³⁵. Le bien-être est notamment un objectif fondamental des politiques de l'Union européenne, l'article 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne stipule que

²³³¹ 10 faits sur la santé mentale, http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/fr/, consulté le 13 janvier 2015.

²³³² FRANCE, Présidence de la République, Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, A. Sen, J. Stiglitz et J.-P. Fitoussi, *Rapport de la Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social*, Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, 2009, p. 45.

²³³³ Voir par exemple : S. Brunet, *La prévention des risques psychosociaux*, *op. cit.*, p. 149 ; FRANCE, P. Nasse, P. Légeron et X. Bertrand, *Rapport sur la détermination, la mesure et le suivi des risques psychosociaux au travail*, Ministère du travail, des relations sociales et de la solidarité, Rapport public, 2008, p. 42 ; P. Vendramin, *Enquête Temps et travail : Temps, rythmes de travail et conciliation des temps sociaux*, *op. cit.*, p. 56 ; FRANCE et H. Lachmann, *Bien-être et efficacité au travail - 10 propositions pour améliorer la santé psychologique au travail*, *op. cit.*, p. 19 ; *Pilotage du travail et risques psychosociaux*, *op. cit.*, p. 10.

²³³⁴ « ANI, 19 juin 2013, relatif à la qualité de vie au travail », *op. cit.*

²³³⁵ « Le bien être et le droit, Colloque organisé par l'UMR de droit comparé, Paris 1 », 2015.

l'objectif de l'Union est de promouvoir « le bien-être de ses peuples ». Le droit du travail doit désormais appréhender une notion a priori non juridique, éminemment subjective, et qui dépasse finalement la sphère individuelle. Alors que la transformation numérique renforcerait le bien-être professionnel de 50%²³³⁶, comment pourraient se traduire juridiquement les déterminants du bien-être numérique ?

786. Approche individuelle du travail - Les mutations du travail engendrées par le passage de la civilisation de l'usine à celle du savoir exigent probablement un nouveau droit de la santé au travail. Comment en effet développer sinon l'esprit et les bonnes pratiques d'innovation et de performance, et en même temps le sens de la sécurité et de la qualité de vie au travail ? L'autonomie est un déterminant important des conditions de travail²³³⁷. « En tendance sur quinze ans, et selon les enquêtes Conditions de travail de 1991, 1998 et 2005, on observe une augmentation de l'autonomie face aux prescriptions : diminution des salariés devant appliquer strictement les consignes (de 41,6 % à 35,2 %) et légère augmentation des salariés n'ayant ni ordres, ni consignes, ni modes d'emploi (de 17,4 % à 20,9 %) »²³³⁸. Pour l'ancienne présidente du Medef, Laurence Parisot, « l'organisation optimale doit aujourd'hui se concentrer sur l'individu. Or notre conception du droit du travail est à l'opposé : nous raisonnons par catégories de salariés. Les mêmes règles, les mêmes droits et devoirs pour tous les salariés d'une catégorie donnée. Le numérique impliquera une massification de l'approche individuelle du travail. La logique sera comparable à ce que l'on voit déjà émerger dans les relations entre l'entreprise et ses clients ou entre l'entreprise et ses fournisseurs »²³³⁹. L'accord national interprofessionnel du 19 juin 2013 précise dans son introduction que « la performance d'une entreprise repose à la fois sur des relations collectives constructives et sur une réelle attention portée aux salariés en tant que personnes ». L'individuel et le collectif... Au-delà du caractère protéiforme, incertain et vulgarisé du concept de qualité de vie au travail, c'est la personne du salarié qui est ici centrale : la prise en compte de sa vie personnelle d'une part, l'épanouissement de sa personne au travail grâce à une saine organisation collective d'autre part. La qualité de vie au travail n'est pas

²³³⁶ *Du rattrapage à la transformation*, Roland Berger Strategy Consultants, 2014, p. 28.

²³³⁷ FRANCE, T. Klein, D. Ratier, Centre d'analyse stratégique et Direction générale du travail, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, op. cit., p. 94.

²³³⁸ DARES, « Conditions de travail : une pause dans l'intensification du travail », *Premières Synthèses Informations*, n° 01, 2007, p. 7.

²³³⁹ « L'arrivée du numérique rend notre droit du travail complètement obsolète », estime Laurence Parisot, <http://www.usine-digitale.fr/article/l-arrivee-du-numerique-rend-notre-droit-du-travail-completement-obsolete-estime-laurence-parisot.N321665>, consulté le 1 avril 2015.

uniquement l'envers des troubles psychosociaux. Elle suppose une démarche positive, qualitative, personnalisée ²³⁴⁰. Cette démarche pourrait conduire à construire de nouveaux droits au profit des salariés.

787. Faciliter le travail des salariés - Visé par l'article 17 de l'accord interprofessionnel du 19 juin 2013, l'utilisation de la messagerie électronique, des ordinateurs portables, des Smartphones ou des réseaux sociaux fait aujourd'hui de plus en plus partie intégrante de l'environnement de travail et sont indispensables au fonctionnement de l'entreprise. Ces outils doivent se concevoir comme un outil facilitant le travail des salariés. L'accord prend en compte la dimension individuelle inhérente au travail intellectuel : « selon les situations et les individus, ces évolutions sont perçues comme des marges de manœuvre libérant de certaines contraintes ou comme une intrusion du travail dans la vie privée. Leur utilisation ne doit pas conduire à l'isolement des salariés sur leur lieu de travail. Elle doit garantir le maintien d'une relation de qualité et de respect du salarié tant sur le fond que sur la forme de la communication et le respect du temps de vie privé du salarié. Les signataires proposent aux entreprises de prendre en compte cette question, en identifiant les avantages et les inconvénients de ces évolutions. 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 » ²³⁴¹. Si l'accord d'entreprise ne saurait être un passage imposé pour avancer sur le chemin de la qualité de vie au travail, l'accord d'entreprise peut être un moyen de cadrer les priorités d'action, définir les ressources mobilisables.

788. Encourager et favoriser l'expression des salariés sur leur travail – Le droit d'expression des salariés institué en 1982 est resté quasiment lettre morte. Revigoré par l'émergence des réseaux sociaux, l'article 12 de l'ANI sur qualité de vie au travail encourage l'expression directe des salariés. « Si l'organisation du travail est de la seule responsabilité de l'employeur, la possibilité donnée aux salariés de s'exprimer sur leur travail, sur la qualité des biens et services qu'ils produisent, sur les conditions d'exercice du travail et sur l'efficacité du travail, est l'un des éléments favorisant leur

²³⁴⁰ F. Favennec-Hery, « Qualité de vie au travail et temps de travail », *op. cit.*, p. 113.

²³⁴¹ Art. 17, promouvoir une gestion intelligente des technologies de l'information et de la communication au service de la compétitivité des entreprises, respectueuse de la vie privée des salariés, « ANI, 19 juin 2013, relatif à la qualité de vie au travail », *op. cit.*

perception de la qualité de vie au travail et du sens donné au travail (...) Les restitutions issues des espaces d'expression peuvent fournir à l'employeur, des éléments de réflexion sur, d'une part, d'éventuelles évolutions de l'organisation du travail tournée vers davantage d'autonomie et d'autre part, sur le rôle et les moyens du management »²³⁴². Les modalités d'exercice du droit d'expression²³⁴³ ne doivent pas faire obstacle aux attributions des institutions représentatives du personnel ni au pouvoir hiérarchique du management. Ils ne doivent en aucun cas se traduire par la diffusion sur les réseaux sociaux d'éléments visant à discréditer l'entreprise²³⁴⁴. Au sein du Crédit Agricole, un accord de branche a été signé le 15 février 2011. Parmi les sept thématiques déclinées localement au sein des 39 caisses régionales figure notamment le système d'information et l'intégration des salariés dans le développement des outils de travail. « Le diagnostic a mis en lumière des constats autour du manque de performance technique et fonctionnelle du système d'information par rapport aux usages, générant un déplacement de la centralité du travail sur la maîtrise du système d'information. En réponse, les Caisses régionales s'engagent à promouvoir des innovations technologies et des outils informatiques constituant un soutien à l'activité des salariés : intégrer l'analyse des usages des outils pour concevoir et développer de nouveaux outils de travail ; associer l'utilisateur finale dans la conduite des projets »²³⁴⁵. Alors que l'évaluation professionnelle est un attribut patronal, l'évaluation de la qualité de vie au travail repose en grande partie sur le salarié et doit donc laisser une large part à la technique de l'auto-évaluation comme méthode individuelle d'évaluation²³⁴⁶.

789. **Veille sociale** - Suivant l'article L. 2323-27 du Code du travail, l'employeur prévoyant dans son entreprise une réorganisation ayant des possibles répercussions sur les conditions de travail, est tenu de suivre une procédure d'information-consultation du Comité d'Entreprise (de compétence générale) d'une part, et du CHSCT (en matière d'hygiène, sécurité, conditions de travail) d'autre part. Pour autant cette démarche relativement statique n'apparaît pas réellement satisfaisante au regard de toutes transformations à l'œuvre dans les organisations. Certaines évolutions sont parfois subies par les entreprises, c'est le cas avec l'introduction des outils personnels²³⁴⁷. Parce

²³⁴² Art. 12, encourager et favoriser l'expression des salariés sur leur travail, *Ibid.*

²³⁴³ C. trav. art. L. 2281-5.

²³⁴⁴ *Supra*. Partie 2, titre 1, chapitre 2 : « la pondération de la liberté d'expression en ligne ».

²³⁴⁵ Crédit Agricole, « Accord sur les conditions de travail au sein des caisses régionales du 15 février 2011 ».

²³⁴⁶ *Réinventer le travail - Comment saisir les opportunités de l'ère digitale ?*, *op. cit.*, p. 14.

²³⁴⁷ *Ibid.*, p. 15.

que les nouveaux modes de travail fragilisent quotidiennement certains équilibres, notamment entre « vie professionnelle et personnelle », les entreprises devraient également mettre en place des systèmes de veille à travers par exemple le suivi de la satisfaction des collaborateurs ou l'identification de risques psychosociaux. Il s'agit d'évaluer les préoccupations des salariés et leur perception de la vie dans l'entreprise²³⁴⁸. C'est pour répondre à ce type de questions que la direction des Ressources humaines de Total a créé, en septembre 2008, un Observatoire social. Tous les deux ans, le Groupe conduit également une large enquête auprès de ses collaborateurs, baptisée Total Survey. « Il permet de comprendre le climat social de l'entreprise, d'évaluer l'importance, la nature du sentiment d'appartenance des salariés et de mesurer l'appréciation de certaines thématiques »²³⁴⁹ comme la reconnaissance, la rémunération, les conditions de travail, la sécurité, le partage d'information, etc. Alors que le CHSCT se place comme un outil encore essentiellement dévolu à la sécurité physique dans l'entreprise, il conviendrait pour le législateur d'encourager ce type de démarche proactive qui s'inscrit dans le temps et englobe tout la sphère personnelle et professionnelle de l'individu dans l'entreprise.

b. Autonomiser le salarié

790. **Adapter le travail à l'homme** - Le 4^{ème} principe de prévention de l'article L4121-2 du Code du travail est particulièrement riche, il dispose en effet qu'il faut : « Adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé ». A partir de ce principe « il convient de repenser l'architecture juridique du temps de travail à partir de droits structurants : la sauvegarde de la santé au travail²³⁵⁰, le droit de mener une vie familiale normale »²³⁵¹.

²³⁴⁸ Le « baromètre social », un outil prisé des DRH mais qui laisse les salariés sceptiques, http://www.lemonde.fr/economie/article/2011/06/27/le-barometre-social-un-outil-prise-des-drh-mais-qui-laisse-les-salaries-sceptiques_1541304_3234.html, consulté le 18 février 2015.

²³⁴⁹ Dialogue social, <http://www.total.com/fr/candidats/sengager/engagements-sociaux/favoriser-le-dialogue-social?%FFbw=kludge1%FF>.

²³⁵⁰ CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-151-02, *op. cit.*

²³⁵¹ F. Favennec-Hery et M. Miné, « Faut-il abroger la durée légale du travail ? », *op. cit.*, p. 282.

791. **Articulation adaptée des temps et des lieux** - L'article 11 de l'accord sur la qualité de vie au travail esquisse comment favoriser une meilleure conciliation entre vie personnelle et vie professionnelle à travers une articulation adaptée des temps : « A l'occasion notamment de l'entretien professionnel prévu par l'accord national interprofessionnel du 5 octobre 2009 sur le développement de la formation tout au long de la vie professionnelle, le salarié pourra demander que soient examinées les possibilités d'aménagements horaires, compatibles avec ses missions qui lui permettraient une meilleure articulation entre sa vie personnelle et sa vie professionnelle pour une période limitée »²³⁵². L'article 20 de l'accord précise toutefois que « la conciliation des temps comprend les questions d'horaires de l'entreprise, les horaires et éloignement des lieux d'accueil des enfants, les rythmes scolaires, les moyens de transport, les capacités de logement, de restaurations et les commerces »²³⁵³. La réponse temporelle (i) et spatiale (ii) n'appartient donc pas aux seuls acteurs de l'entreprise.

i. Le droit à la conciliation des temps

792. **La relativité du temps de travail** - « Pendant plus d'un siècle, la pensée dominante a accepté comme « naturelles » les atteintes à la santé du fait du travail (...). La société civile revendique aujourd'hui une plus grande reconnaissance des individus par le corps social et appelle, pour ce faire, à la prise en considération plus forte de certains principes et droits fondamentaux tels que le droit à l'information, l'autonomie de décision ou le droit au respect de la vie privée »²³⁵⁴. A travers les outils de communication, le temps de travail devient relatif. Les murs de la maison ne protègent pas le salarié du monde professionnel, parallèlement les murs de l'entreprise ne protègent pas l'entreprise de l'environnement personnel du salarié. Les réseaux numériques concourent en réalité à organiser une étroite articulation entre le temps personnel et le temps dévolu à l'entreprise. « L'aspiration des salariés se dirige vers la possibilité de « choisir son temps », de façon flexible et réversible. Les salariés sont prêts à travailler le week-end pourvu que l'entreprise leur permette de chercher leurs enfants à l'école en semaine... Les revendications croissantes d'un meilleur équilibre entre la vie professionnelle et la vie privée pourraient ainsi conduire à une

²³⁵² Art. 11, favoriser une meilleure conciliation entre vie personnelle et vie professionnelle par une articulation adaptée des temps, « ANI, 19 juin 2013, relatif à la qualité de vie au travail », *op. cit.*

²³⁵³ Art. 20, le rôle des différents acteurs sur le territoire, *Ibid.*

²³⁵⁴ B. Dorémus, « Penser la relation « santé-travail » : remarques sur l'émergence d'un nouveau paradigme », *op. cit.*, p. 706.

diversification plus importante des modes de travail²³⁵⁵. Cette recherche d'une grande souplesse dans l'organisation du temps, qui s'oppose à une approche simplement quantitative, bouscule le concept même de travail puisque les contours et limites de ce dernier tendent ainsi à devenir plus flous et plus individuels »²³⁵⁶.

793. Articulation ou équilibre - Si l'on se contente souvent, en anglais, de parler de *Work-Life*, la traduction en français est plus complexe. Pour les entreprises françaises, cette approche évoque la conciliation entre la « vie professionnelle » et la « vie personnelle », l'équilibre des temps de vie ou encore la qualité de vie. Tout d'abord, le terme d'« équilibre » est critiquable. En effet, il semble indiquer qu'une répartition équilibrée des temps est souhaitable pour tous les salariés, indépendamment des préférences individuelles et des contraintes et ressources de chacun. Or on sait qu'il y a autant de définitions de l'équilibre que de personnes. Par ailleurs, le terme « conciliation » ne prend pas en compte l'enrichissement entre le entre travail et le hors-travail et suppose au contraire leur opposition. En réalité, le travail et le non travail sont « deux sphères qui s'interpénètrent et sont en autonomie relative : autonomie, car chaque sphère est soumise à ses propres lois »²³⁵⁷. Il s'agit de tendre vers une convergence inédite : « Une vie où, par-delà de vieilles malédictions, se rejoindrait l'action, l'œuvre et le loisir – la création et la contemplation »²³⁵⁸.

794. Nouvel espace de liberté individuelle - Le corollaire naturel de ces modes de management est la souplesse dans la gestion du temps de travail²³⁵⁹. La mesure du temps s'efface progressivement : les badgeuses, qui avaient succédé aux pointeuses, se font rares. Nous assistons à l'émergence progressive dans notre système juridique d'un nouvel espace de liberté individuelle. « Ce dernier offre à chaque salarié la possibilité d'opérer des choix pour le présent ou la perspective de pouvoir le faire dans l'avenir, au travers, d'une part, de droits individuels à déterminer la durée de son temps de travail et son

²³⁵⁵ Au Japon, la chaîne nipponne d'habillement Uniqlo propose à ses salariés de ne travailler que quatre jours par semaine pour pouvoir notamment consacrer les trois autres à leurs jeunes enfants ou à leurs parents âgés par exemple. En échange, les salariés devront allonger leur durée de travail à 10 heures contre 8 heures actuellement. *Japon: plus de congés pour lutter contre la pénurie de main-d'oeuvre*, <http://www.latribune.fr/entreprises-finance/japon-plus-de-conges-pour-lutter-contre-la-penurie-de-main-d-oeuvre-499628.html>, consulté le 29 septembre 2015.

²³⁵⁶ J.-Y. Boulou, G. Cette et D. Taddéi, « Le temps de travail : une mutation majeure. Une introduction générale », *op. cit.*, p. 165.

²³⁵⁷ A. Ollier-Malaterre, *Gérer le hors-travail?*, *op. cit.*, p. 72.

²³⁵⁸ D. Sallenave, « Le travail âme du monde », *Le 1*, n° 4, avril 2014.

²³⁵⁹ J.-C. Sciberras, « Temps de travail et qualité de vie au travail », *op. cit.*

aménagement et, d'autre part, de droits de créance »²³⁶⁰. La loi « Aubry 2 » sur les 35 heures du 19 janvier 2000 a ainsi eu l'audace de remettre radicalement en cause le décompte du temps à l'heure pour les cadres autonomes pour lui substituer un contrôle des temps de repos. Depuis la loi du 20 août 2008, le législateur a même admis que, par accord de branche, les forfaits jours pouvaient s'adresser à des non-cadres pourvus d'autonomie²³⁶¹. Le mouvement vers plus d'autonomie des salariés devrait permettre de voir se rejoindre les pratiques des entreprises et les exigences juridiques des juges. La Cour de cassation veille cependant à ce que la condition d'autonomie soit remplie par un contrôle scrupuleux des accords. Des salariés responsables de magasin soumis à un horaire de base correspondant aux heures d'ouverture du magasin ne disposent d'aucune autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps autorisant le recours à un forfait annuel²³⁶². L'idée de choix individuel se retrouve également dans le régime du repos compensateur obligatoire en cas d'heures supplémentaires, avec la possibilité reconnue au salarié de choisir la « formule » de son repos, voire, sous certaines conditions, les dates de prise du repos. C'est avec la loi du 25 juillet 1994²³⁶³, instaurant le mécanisme du compte épargne-temps, que cette idée de capitalisation individuelle a trouvé sa première expression significative dans notre droit du travail. « Aujourd'hui, certaines entreprises vont jusqu'à supprimer la demande d'autorisation de congés pour les cadres en forfait jours, les systèmes d'information se bornant à fournir à l'entreprise le nombre de jours de congés pris, ce qui permet de s'assurer que les jours qui doivent légalement être pris sur la période le sont bien et que les dépassements du nombre de jours de congés pris sont contrôlés. Ce qui s'appliquait aux seuls cadres dirigeants s'étend désormais progressivement aux autres cadres »²³⁶⁴. Il est important cependant de veiller à ce qu'il s'agisse de véritables dispositifs de conciliation et non d'un simple envahissement du temps privé par le temps professionnel. « Le message des salariés par rapport à ces petits arrangements avec le temps est une demande de davantage de souplesse et de flexibilité partagée entre salarié et employeur, avec une acceptation d'interférences entre le monde privé et le monde professionnel, mais au profit d'une meilleure qualité de vie »²³⁶⁵. Le constructeur automobile BMW a passé un accord avec

²³⁶⁰ A. Gardin, « La prise en compte de la vie familiale du salarié dans les normes légales et conventionnelles du travail », *Dr. soc.*, 2002, p. 854.

²³⁶¹ C. trav. art. L. 3121-58.

²³⁶² *Cass. soc.*, 23 juin 2004, pourvoi n°02-14.861, inédit.

²³⁶³ « Loi n° 94-640 du 25 juillet 1994 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise » (JO, n° 172, 27 juillet 1994).

²³⁶⁴ J.-C. Sciberras, « Temps de travail et qualité de vie au travail », *op. cit.*, p. 121.

²³⁶⁵ P. Vendramin, *Enquête Temps et travail : Temps, rythmes de travail et conciliation des temps sociaux*, *op. cit.*, p. 47.

les représentants des salariés prévoyant que les heures de travail effectué hors du bureau seront organisées et comptabilisées dans le temps de travail contractuel²³⁶⁶. Ces dispositions sont associées à un droit à la « non accessibilité », autorisant les salariés à ne pas répondre à une sollicitation en dehors du bureau au-delà d'une certaine limite.

795. Le recours au principe de proportionnalité – « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché »²³⁶⁷. Améliorer qualitativement les conditions de travail, c'est créer de la flexibilité au profit du travailleur. « La qualité de vie au travail est ainsi assurée par une personnalisation des temps et par une prise en compte de la volonté du salarié »²³⁶⁸. Cela exige, en contrepartie, une forme de sécurité pour l'entreprise qui doit s'assurer que son salarié travaille²³⁶⁹. « Au fur et à mesure que, grâce aux progrès des techniques de l'information et de la communication, les droits et libertés fondamentaux du citoyen peuvent de plus en plus aisément franchir les frontières de l'entreprise, se pose avec de plus en plus d'acuité la question d'assurer leur permanence »²³⁷⁰. Si le libre choix constitue un progrès des libertés des salariés, il doit être conciliée avec les intérêts de l'entreprise. S'il s'agit d'exiger du salarié un comportement fidèle et loyal à l'entreprise, la vie professionnelle ne se limite pas nécessairement au seul temps de travail, ni au lieu d'exécution du contrat²³⁷¹. Réciproquement, selon Jacques Barthelemy le recours au principe de proportionnalité mentionné à l'article L. 1121-1 du Code du travail²³⁷² pourrait permettre de corriger soit sur le terrain de l'abus de pouvoir²³⁷³, soit sur celui d'application déloyale²³⁷⁴, d'une clause du contrat la conciliation entre vie personnelle et « vie professionnelle » les effets d'une clause du contrat de travail autorisant l'employeur à faire effectuer plus d'heures de travail à un salarié, ou à modifier la

²³⁶⁶ Cette initiative collective du comité d'entreprise et de la direction reconnaît le travail mobile comme partie intégrante du travail normal et permettra à 79000 salariés de choisir eux-mêmes de façon autonome comment organiser leur temps de travail. Les serveurs du groupe permettront au salarié de déclarer des heures travaillées en dehors des créneaux habituels, en soirée ou le week-end. Cette initiative vise à profiter du gain de flexibilité des TIC sans nuire à la qualité de vie des salariés en leur permettant de compenser les heures de travail à distance par des congés et des horaires aménagés.

²³⁶⁷ C. trav. art. L. 1121-1.

²³⁶⁸ F. Favennec-Hery, « Qualité de vie au travail et temps de travail », *op. cit.*, p. 113.

²³⁶⁹ FRANCE, Conseil d'analyse économique, J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social*, *op. cit.*, p. 92.

²³⁷⁰ J. Barthélémy, *Évolution du droit social*, *op. cit.*, p. 312.

²³⁷¹ *Cass. soc.*, 2 déc. 2003, pourvoi n°01-43.227, *Bull. civ.*, V, n°304.

²³⁷² C. trav. art. L. 1121-1 : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

²³⁷³ Le refus de prendre en compte des « obligations familiales impérieuses » peut aussi faire partie d'un processus de harcèlement que le juge doit prendre en compte. *Cass. soc.*, 20 mars 2013, pourvoi n°11-27.601, *inédit*.

²³⁷⁴ La clause de mobilité portait une atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale alors qu'elle faisait valoir qu'elle était veuve et élevait seule deux jeunes enfants. *Cass. soc.*, 13 janv. 2009, pourvoi n°06-45.562, *Bull. civ.*, V, n°4.

répartition de ses horaires²³⁷⁵. Il existe de nombreuses règles qui illustrent la prise en compte par le droit du travail du droit à la vie familiale et sociale. Suivant l'article L. 1225-9 du Code du travail, la salariée en état de grossesse médicalement constaté ou ayant accouché, qui travaille de nuit est affectée sur sa demande à un poste de jour pendant la durée de sa grossesse et pendant la période du congé postnatal. L'employeur est également tenu d'accorder le temps nécessaire à l'exercice de diverses fonctions ou activités : membre du conseil général ou municipal, conseiller ou défenseur prud'homme, conseiller du salarié, juré d'assises (ou témoin) lors d'un procès, participation à des instances de la formation professionnelle, conseil d'administration d'une caisse de Sécurité sociale ou d'Allocations familiales, représentation d'une association ou d'une mutuelle²³⁷⁶.

796. Télétravailleur émancipé – Certes, le télétravail est, par essence, une modification du contrat de travail qui nécessite l'accord du salarié²³⁷⁷. L'accord national interprofessionnel sur le télétravail du 19 juillet 2005 prévoit que le télétravail « revêt un caractère volontaire pour le salarié et l'employeur concernés ». Le salarié prend l'initiative de lever une option qui lui est offerte et il ne peut pas être sanctionné en cas de refus²³⁷⁸. La demande formulée par écrit par le salarié permet, d'une part, de vérifier que le salarié est à l'origine du projet, qu'il a exprimé sa volonté de lever, et d'autre part, d'encadrer la décision de l'employeur. Cet enchaînement d'actes fait émerger le libre choix du salarié. Par ailleurs, d'après l'article L. 1222-10 du Code du Travail, l'employeur est tenu, à l'égard du salarié en télétravail : « de fixer, en concertation avec lui, les plages horaires durant lesquelles il peut habituellement le contacter ».

797. Prise en compte de la volonté du salarié - « L'autonomie constitue une dimension critique, sinon la dimension critique, du processus intrapreneurial. Or, elle se heurte aux priorités à court terme, aux structures de pouvoir en place, aux activités routinières et aux procédures de l'entreprise »²³⁷⁹. C'est pourquoi il est important de créer des espaces protégés dans lesquels les employés bénéficieront d'une plus grande liberté d'action et accéderont aux moyens nécessaires à la réalisation de projets

²³⁷⁵ J. Barthélémy, *Évolution du droit social*, op. cit., p. 290.

²³⁷⁶ C. trav. art. L. 1232-8.

²³⁷⁷ Cass. soc., 7 avr. 2010, pourvois n°08-44.865, 08-44.866, 08-44.867, 08-44.868, 08-44.869, Bull. civ., V, n° 86, op. cit.

²³⁷⁸ C. trav., art. L. 1222-9 : « le refus d'accepter un poste de télétravailleur n'est pas un motif de rupture du contrat de travail ».

²³⁷⁹ V. Bouchard et A. Fayolle, « Comment mettre en œuvre l'intrapreneuriat ? », *Gestion*, vol. 36, n° 4, 10 janvier 2012, p. 11.

innovants ou divergents²³⁸⁰. Pour penser et créer, on peut se contenter de ressources financières minimales ou de ressources techniques approximatives, mais il est impossible de se passer de temps. La « règle du temps libre » est officiellement appliquée dans des entreprises telles que 3M et Google (la règle des 15 % chez 3M et la règle du cinquième jour chez Google), mais elle est officieusement appliquée dans la plupart des entreprises misant sur le capital intellectuel. Ce levier a un fort impact sur les moyens d'action, mais il peut également avoir un effet important sur les représentations, dès qu'on lui accorde une place de choix, comme chez 3M ou Google²³⁸¹. Plus classiquement, il appartient à l'employeur de décider s'il entend recourir au travail de nuit, au travail dominical, au forfait, aux astreintes... et ensuite d'identifier les salariés affectés à ces modalités particulières. L'agrément intervient lors de cette opération de sélection des salariés placés en situation de concurrence²³⁸². L'employeur va devoir identifier les salariés qui souhaitent travailler le dimanche ; il va rechercher ceux qu'on appelle aujourd'hui des « volontaires »²³⁸³. Le recours au volontariat s'est fortement développé au cours de ces dernières années. Les conventions collectives organisent parfois le volontariat pour le travail de nuit, le travail un jour férié, les astreintes. Dans l'article 21 ter de la convention collective des vétérinaires : « il est expressément prévu par les parties que l'affectation d'un salarié à un poste de nuit tel que défini par le présent article ne peut se faire que sur la base du volontariat »²³⁸⁴. Le salarié peut ainsi développer une stratégie personnelle, arbitrer entre rémunération et repos, articuler vie professionnelle et vie personnelle, du moins tant que sa santé ne semble pas menacée²³⁸⁵.

798. Émancipation suspecte - La prise en considération de la volonté du salarié suppose de lever les suspicions qui l'entourent. Il s'agit de s'assurer de l'intégrité du consentement d'un salarié subordonné en exigeant par exemple une volonté exprimée par écrit²³⁸⁶ ou encore en organisant un dispositif de rétractation²³⁸⁷. Mais le législateur va encore au-delà en s'intéressant à la pérennité de la volonté du salarié pendant toute la

²³⁸⁰ V. Bouchard et C. Bos, « Dispositifs intrapreneuriaux et créativité organisationnelle », *op. cit.*, p. 95.

²³⁸¹ V. Bouchard et A. Fayolle, « Comment mettre en œuvre l'intrapreneuriat ? », *op. cit.*, p. 11.

²³⁸² C. Mathieu, « Volonté du salarié et temps de travail », *op. cit.*, p. 677.

²³⁸³ C. trav., art. L. 3132-25-4.

²³⁸⁴ « Convention collective nationale des cabinets et cliniques vétérinaires du 5 juillet 1995 ; Etendue par arrêté du 16 janvier 1996 JORF 24 janvier 1996 ; Avenant n° 53 du 6 octobre 2011 relatif au travail de nuit ».

²³⁸⁵ Les limites posées par le législateur sont parfois insuffisantes, v. l'exemple du forfait jour.

²³⁸⁶ C. trav. art. L. 1222-9 : « le contrat de travail ou son avenant précise les conditions de passage en télétravail et les conditions de retour à une exécution du contrat de travail sans télétravail ».

²³⁸⁷ C. trav. art. L. 1222-10 : « de lui donner priorité pour occuper ou reprendre un poste sans télétravail qui correspond à ses qualifications et compétences professionnelles et de porter à sa connaissance la disponibilité de tout poste de cette nature ».

période où il est soumis à un régime dérogatoire en matière de temps de travail. L'article L. 3121-65 du Code du travail prévoit ainsi un entretien annuel individuel pour les salariés ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année. S'agissant du télétravailleur, l'article L. 1222-10 prévoit également « un entretien qui porte notamment sur les conditions d'activité du salarié et sa charge de travail ». En définitive, si le temps de travail est resté longtemps un terrain étranger à toute prise en compte de la volonté du salarié, face à un pouvoir de l'employeur trouvant ses seules limites dans la détermination de règles légales impératives, le développement de règles dérogatoires puis supplétives sur le temps de travail, conjugué avec celui d'un souci de donner une place croissante à la volonté du salarié dans la détermination des conditions de travail et d'emploi, conduit à reconnaître une place à l'expression de choix pour le salarié²³⁸⁸.

ii. Le droit à la « mobilité »

799. Déspatisation du travail – Au XIX^{ème} siècle, la ville s'est organisée comme une grille, avec des lieux destinés à l'habitation, d'autres destinées aux loisirs, d'autres encore réservés au travail. L'émergence des nouvelles capacités de communication entraîne une déspatisation progressive des espaces de consommation, de production et de loisir. On assiste au basculement même de la notion d'espace destiné à un usage particulier. Avec la multiplication des espaces de coworking et le développement du télétravail, il n'y aura peut-être même plus d'espaces uniquement tournés vers l'activité professionnelle. Dans les entreprises numériques comme chez Google par exemple, l'interpénétration entre vie publique et vie privée est permanente. Ces entreprises revisitent un concept ancien appelé phalanstère²³⁸⁹ imaginé par Charles Fourier²³⁹⁰. Le succès des tiers-lieux traduit des évolutions nettes dans les attentes des salariés et annonce des transformations importantes de l'organisation du travail²³⁹¹. Dans un certain nombre de situations la faculté de pouvoir travailler à distance devrait constituer un droit.

²³⁸⁸ C. Mathieu, « Volonté du salarié et temps de travail », *op. cit.*, p. 277.

²³⁸⁹ Charles Fourier considérait que l'attrance naturelle des humains pour l'activité et la vertu était entravée et pervertie par le travail. Il invente une sorte d'exploitation agricole avec des bâtisses pour le logement et l'amusement. *Définitions : phalanstère - Dictionnaire de français Larousse*, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/phalanst%C3%A8re/60090>, consulté le 16 mars 2015.

²³⁹⁰ Charles Fourier promeut plusieurs idées innovantes dont la création de crèches. P. Mercklé, *Le Phalanstère*, <http://www.charlesfourier.fr/spip.php?article328>.

²³⁹¹ Infra. Partie 1, titre 2, chapitre 1, section 1, I : « l'espace de travail du travailleur numérique ».

800. Handicap – Le travail à distance constitue-t-il un aménagement nécessaire à la préservation de la santé ou une adaptation indispensable à la prise en compte de la situation du salarié ? ²³⁹² Alors que le handicap est appréhendé comme une limitation, l'innovation par le travail à distance est envisagée au contraire comme son dépassement. Le Code du travail vise notamment aux articles L. 5211-1 et suivant différentes obligations à la charge de l'employeur en faveur de l'emploi des personnes handicapées. Le législateur vise notamment une obligation d'emploi de travailleurs handicapés ²³⁹³ dans la proportion de 6% de l'effectif total de ses salariés ²³⁹⁴. Si l'on ne dispose pas actuellement de données chiffrées relatives au nombre de télétravailleurs handicapés, cette forme de travail peut constituer une réponse adaptée, facilitant certains types d'emploi de personnes handicapées qui rencontrent principalement des difficultés de déplacement ou de forte fatigabilité ou encore reçoivent des soins à domicile. Il convient de rappeler que l'obligation de l'employeur à l'égard du travail handicapé est doublée d'une obligation d'adaptation du poste de travail visée par l'article L. 5211-1, déjà mentionnée, mais également d'une obligation générale qui s'applique à tous les salariés. Suivant les recommandations du Fonds pour l'Insertion Professionnelle des Personnes Handicapées (AGEFIPH) qui intervient au travers du dispositif « Accessibilité des situations de travail », le premier motif du recours au télétravail est la prise en compte de la fatigabilité de la personne ²³⁹⁵. Les fonctions exercées sont celles qui peuvent être assumées grâce à l'appui essentiel des TIC, mais aussi celles qui comportent des composantes managériales d'animation d'équipes et de projets. L'organisation est, la plupart du temps, de type mixte, requérant un temps de présence en entreprise, avec une répartition adéquate et optimale des temps de travail entreprise/domicile. Elle doit tenir compte de la nature de la fonction exercée, du nécessaire maintien du lien social avec le collectif de travail ainsi que des recommandations du médecin du travail et de l'ergonome, et des souhaits du salarié handicapé. Il faut également relever des évolutions issues de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 pour faciliter le travail à distance ²³⁹⁶. Après le premier alinéa de l'article L. 5213-6 du Code du travail, il est inséré un alinéa ainsi rédigé : « L'employeur s'assure que les logiciels installés sur le poste de travail des personnes handicapées et nécessaires à leur exercice professionnel

²³⁹² M. Richer, *Innovation en entreprise : les opportunités du handicap*, http://www.metiseurope.eu/handicap-une-source-d-innovation-dans-l-entreprise_fr_70_art_30075.html.

²³⁹³ Employeurs assujettis à l'obligation d'emploi, RF Social, Cahier juridique N°92, Décembre 2009, p. 18-20.

²³⁹⁴ C. trav. art. L. 5212-2.

²³⁹⁵ Consolider l'emploi des travailleurs handicapés, RF Social, Cahier juridique N°92, Décembre 2009, p. 59-61.

²³⁹⁶ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », *op. cit.* (JO n°0184, 9 août 2016).

sont accessibles. Il s'assure également que le poste de travail des personnes handicapées est accessible en télétravail ». Le présent article entrera en vigueur à une date fixée par décret, et au plus tard trois ans après la promulgation de la loi.

801. Réduction du temps de présence dans l'entreprise en fonction de l'âge – A l'instar des dispositifs existants pour les handicapés, le maintien en activité de salariés à des âges plus avancés nécessiterait également de reconfigurer le travail pour réussir à maintenir dans leur emploi des salariés qui connaissent plus de contraintes pour se déplacer. Dans un environnement dominé par les TIC, préserver des conditions de travail décentes pour les travailleurs plus âgés et maintenir des taux d'activité élevés parmi ceux-ci nécessitent de réduire certains aspects de la pénibilité du travail liés à la pression du temps. Il est notamment possible de développer des formes progressives de réduction du temps de travail dans l'entreprise en fonction de l'âge²³⁹⁷.

802. Favoriser l'égalité entre les hommes et les femmes - Le travail à distance pourrait également permettre de promouvoir l'employabilité et la carrière de nombreux jeunes parents et constituer un dispositif d'égalité entre les hommes et les femmes²³⁹⁸. Si la productivité des salariés numériques ne rime pas avec temps de présence, les femmes souffrent particulièrement du manque de flexibilité horaire et spatiale de leur travail²³⁹⁹. Le mal-être lié à l'impossibilité de concilier les temps accordés à la vie privée et à la vie professionnelle reste peu pris en considération. En se focalisant sur la réduction des inégalités par le biais de la flexibilité horaire ou spatiale, les entreprises favoriseraient le bien-être des femmes salariées et leur employabilité. En juillet 2016, un amendement dans le cadre de la loi travail²⁴⁰⁰, proposait d'enrichir l'article L. 1222-10 du Code du travail : « 6° Les femmes enceintes qui en font la demande peuvent effectuer du télétravail, tel que défini au premier alinéa de l'article L. 1222-9, pendant la période comprise entre la déclaration de grossesse et le début de maternité dans les conditions définies par la convention collective ou l'accord d'entreprise ». Il n'était aucunement question ici de remettre en cause le code du travail et son article L1225-1 qui interdit

²³⁹⁷ P. Vendramin et G. Valenduc, *Technologies de l'information et de la communication, emploi et qualité du travail*, op. cit., p. 117.

²³⁹⁸ « Non seulement l'égalité entre les femmes et les hommes est un droit fondamental et une valeur commune de l'Union européenne, mais aussi une condition nécessaire pour la réalisation des objectifs de croissance, d'emploi et de cohésion sociale de l'UE » F. Milewski, « Combattre les inégalités entre les femmes et les hommes. Idées simples, réalités complexes », *Revue de l'OFCE*, n° 102, mars 2007, coll. « Presses de Sciences Po », p. 243.

²³⁹⁹ M. Maruani, *Travail et emploi des femmes*, La Découverte, 2011, p. 97.

²⁴⁰⁰ « Projet de loi relatif au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, Amendement n°463, 1er juillet 2016 ».

toute forme de travail pendant le congé de maternité mais bien de préserver la santé des femmes enceintes en limitant les transports et la fatigue des futures mères qui sont parfois contraintes à cause des transports d'arrêter de travailler de manière anticipée.

803. Prévenir les épidémies par le travail à distance - L'employeur doit assurer la sécurité et la santé des travailleurs, et mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour assurer cette sécurité. Aussi depuis quelques années, on est en droit de se demander si l'employeur doit également les prémunir préventivement contre les épidémies, telle que la grippe aviaire ou plus récemment encore à travers l'épisode de la fameuse grippe A, qui, à défaut d'entraîner la désorganisation des entreprises, a eu le mérite de remettre au goût du jour le dispositif du télétravail. Le ministère du travail incite fortement les entreprises à prévoir, dans leur plan de continuité d'activité, un dispositif de télétravail, afin de contrer les effets d'une situation de pandémie grippale et éviter une paralysie progressive de l'activité économique du pays. Ainsi dans une fiche pratique à la disposition des entreprises, il indique : « le travail à distance, notamment le télétravail, lorsqu'il a été organisé au préalable, est une modalité particulièrement efficace dans la mesure où elle permet la continuité de l'activité de l'entreprise tout en protégeant les salariés. Elle limite les déplacements et les contacts et réduit d'autant le risque redouté de contaminations supplémentaires sur le lieu de travail »²⁴⁰¹. L'article L. 1222-11 du Code du travail également prévoit qu'en cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, ou en cas de force majeure, la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail. La rédaction actuelle de cet article n'interdit pas le recours au télétravail en cas de pic de pollution déclaré, mais elle ne l'encourage pas non plus. En mai 2016, un amendement prévoyait de faciliter le télétravail en cas de pollution²⁴⁰². A l'article L.1222-11 du code du travail, les mots : « ou en cas de force majeure » auraient été remplacés par les mots : « en cas de force majeure ou en cas de pic de pollution mentionné à l'article L.223-1 du code de l'environnement ». Si cet amendement n'a pas été retenu, le gouvernement, lorsqu'il prendra le décret d'application relatif à l'article L. 1222-11 (attendu depuis 2012) reste toutefois à même de prévoir des dispositions relatives aux pics de pollution.

²⁴⁰¹ Circulaire DGT 2007/18 du 18 décembre 2007 relative à la continuité de l'activité des entreprises et aux conditions de travail et d'emploi des salariés du secteur privé en cas de pandémie grippale disponible sur le site interministériel : www.grippeaviaire.gouv.fr

²⁴⁰² Ainsi, la facilitation du télétravail en cas de pollution apparaît comme une mesure réactive et efficace, en ce sens que le télétravail défini à l'article L.1222-9, prévoit qu'un travail qui aurait pu « être exécuté dans les locaux de l'employeur » soit « effectué par un salarié hors de ces locaux ». « Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections, Amendement n° COM-334, 27 mai 2016, commission des affaires sociales ».

Il s'agirait tout à la fois de préserver la santé des salariés et de lutter contre l'aggravation des phénomènes de pollution atmosphérique²⁴⁰³.

804. **Le droit au télétravail** – « Il faut que cette flexibilité soit partagée : lorsque le salarié demandera de travailler ponctuellement à son domicile pour des raisons personnelles, une réponse positive devrait être la règle : c'est ce droit que sont en train de mettre en place les Pays-Bas »²⁴⁰⁴. En réalité, aux Pays-Bas et en Grande-Bretagne, les travailleurs peuvent faire une demande de télétravail et en cas de refus, c'est à l'employeur de motiver sa décision. Au sens strict, il s'agit plutôt d'un droit à demander du télétravail. Il oblige les employeurs à inventorier et à évaluer les risques. Tous les employeurs doivent engager un dialogue sur l'environnement du travail avec les employés et leurs représentants. La conséquence de ces dispositifs, c'est que les salariés pratiquant le télétravail sont beaucoup plus nombreux qu'en France²⁴⁰⁵. La Suède obtient également de très bons résultats dans de nombreux indicateurs du bien-être et figure d'ailleurs parmi les pays les plus performants sur de nombreux critères de l'Indicateur Vivre mieux développé par l'OCDE²⁴⁰⁶.

805. **Une réponse à la problématique des transports** - La problématique des transports ne relève pas uniquement de la sphère privée des salariés²⁴⁰⁷. Si le temps que le salarié met pour se rendre de son domicile à son lieu d'exécution du contrat de travail n'est pas un temps de travail effectif²⁴⁰⁸, ce temps de transport est en effet fortement contraint. On relèvera d'ailleurs qu'à l'article L. 411-1 du CSS, « est considéré comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise ». Or, aujourd'hui dans un certain nombre de métiers, il n'est pas nécessaire de se rendre au travail pour effectuer un travail qui peut être réalisé à distance et beaucoup de salariés

²⁴⁰³ Selon l'Organisation Mondiale de la Santé, la pollution atmosphérique a été la conséquence de 600 000 décès en Europe rien qu'en 2010. *Maladies et mortalité : selon une nouvelle étude de l'OMS, la pollution de l'air coûte aux économies européennes 1,6 billion d'USD par an*, [http://www.euro.who.int/fr/media-centre/sections/press-releases/2015/04/air-pollution-costs-european-economies-us\\$-1.6-trillion-a-year-in-diseases-and-deaths,-new-who-study-says](http://www.euro.who.int/fr/media-centre/sections/press-releases/2015/04/air-pollution-costs-european-economies-us$-1.6-trillion-a-year-in-diseases-and-deaths,-new-who-study-says), consulté le 9 août 2016.

²⁴⁰⁴ J.-E. Ray, « Métamorphoses du droit du travail », *op. cit.*, p. 1162.

²⁴⁰⁵ 91% des Néerlandais s'estiment satisfaits de leur environnement de travail, et ils ne sont que 54% à se rendre tous les matins dans leur entreprise. *Enquête Europe ACTINEO/CSA 2014*, <http://www.actineo.fr/article/enquete-europe-actineocsa-2014>, consulté le 4 novembre 2014.

²⁴⁰⁶ *L'initiative du vivre mieux : mesurer le bien-être et le progrès*, <http://www.oecd.org/fr/statistiques/initiative-vivre-mieux.htm>, consulté le 30 septembre 2015.

²⁴⁰⁷ M. Bouéroux, B. Pellé et G. Rimbart, *Etude d'impact des transports en commun de Région Parisienne sur la santé des salariés et des entreprises*, Technologia, 2010.

²⁴⁰⁸ C. trav. art L. 3121-4.

vivent en effet de plus en plus mal les déplacements pendulaires quotidiens domicile-travail, qui représentent une perte de temps et d'argent, et qui engendrent de la pollution et de la fatigue²⁴⁰⁹. 72,6% des salariés reconnaissent que la fatigue accumulée durant leur journée de travail les a déjà empêchés de faire l'amour le soir. Cela revient à donner au travail un pouvoir sur la vie personnelle, la vie amoureuse et sexuelle²⁴¹⁰. A défaut d'une révolution majeure dans les modes de transport, le travail à distance apparaît comme une solution pour faire gagner du temps au salarié²⁴¹¹, mais aussi une solution pour fluidifier les transports²⁴¹², à condition que les entreprises autorisent leurs salariés à travailler à distance²⁴¹³. Si nul ne peut porter atteinte aux droits cités (santé, vie privée...), par extension l'employeur ne devrait pas interdire au salarié de travailler à son domicile ou le sanctionner pour arriver plus tard²⁴¹⁴ à partir du moment où ces derniers n'entravent pas la bonne marche de l'entreprise²⁴¹⁵. Si l'exercice occasionnel d'activités professionnelles à domicile ne peut pas conférer le statut de télétravailleur qui est matérialisé par un avenant au contrat de travail, rien n'empêche les entreprises d'encadrer ce type de pratique dans un accord sur le travail à distance. Cette démarche a été entreprise par Renault : « Exécuté de façon exceptionnelle par le personnel, en accord avec sa hiérarchie, le travail à domicile occasionnel a vocation à répondre à des situations inhabituelles ou d'urgence. Tel peut notamment être le cas d'une grève des transports publics, de la dégradation des conditions climatiques, d'une indisponibilité temporaire du véhicule personnel, d'une situation de pandémie ou encore d'une blessure sans arrêt de travail (...). Cette situation est ouverte aux salariés disposant déjà d'outils de travail à distance mis à disposition par l'entreprise. Elle ne donne pas droit au

²⁴⁰⁹ *Les tiers-lieux, espaces de travail, d'émulation et de vie*, Conseil général des Hauts-de-Seine, coll. « Les entretiens Albert Khan », p. 22.

²⁴¹⁰ *Les effets du travail sur la vie privée*, *op. cit.*, p. 57-58.

²⁴¹¹ Pour 90 % des personnes concernées, il a des effets positifs sur la qualité de la vie personnelle. Selon 83 % des télétravailleurs, il génère des marges de liberté dans la gestion du temps, pour 81 %, il diminue le stress lié aux transports. B. Sarazi, « Télétravail : codes et enjeux d'une organisation hors les murs », *op. cit.*, p. 7.

²⁴¹² Dans le métro new-yorkais, il n'y a plus d'heure de pointe en début et en fin de journée, R. Perlin, *These Are The New Rules of Work*, <http://www.fastcompany.com/3046127/the-new-rules-of-work/these-are-the-new-rules-of-work>, consulté le 22 mai 2015.

²⁴¹³ Un salarié témoigne « les cadres pratiquent le télétravail et sont autorisés à le faire. Nous avons des ordinateurs et des téléphones qui nous permettent de bosser de chez nous mais c'est vraiment exceptionnel. C'est par exemple quand l'après-midi j'ai une réunion sur Paris, le matin je reste travailler chez moi pour éviter de perdre du temps. Cela est possible voire toléré mais ce n'est pas officiel. Ce n'est pas rentré dans les mœurs encore. Une personne vient de Nantes et fait des allers retours tous les jours. La Direction lui a permis de rester une journée par semaine chez elle et d'adopter le télétravail. Une journée seulement ! ». M. Bouéroux, B. Pellé et G. Rimbart, *Etude d'impact des transports en commun de Région Parisienne sur la santé des salariés et des entreprises*, *op. cit.*, p. 63.

²⁴¹⁴ Contre l'engorgement de son réseau aux heures de pointe, la SNCF a proposé en 2013 aux entreprises d'adopter de nouveaux horaires. *Trains saturés : et si on travaillait en décalé ?*, <http://www.leparisien.freconomie/trains-satures-et-si-on-travaillait-en-decale-28-03-2013-2677835.php>, consulté le 18 février 2015.

²⁴¹⁵ FRANCE et P. Lemoine, *La nouvelle grammaire du succès - La transformation numérique de l'économie française*, *op. cit.*, p. 116-117.

versement des aides financières instituées au profit des télétravailleurs à domicile et ne nécessite pas la réalisation préalable d'un diagnostic électrique »²⁴¹⁶.

806. **Réduction de la mobilité « inutile »** - « La généralisation des outils numériques permet d'envisager le développement de nouvelles formes de travail (télétravail, bureaux mobiles, tiers lieux). Cela peut être une source de réduction de la mobilité « inutile » et en particulier des déplacements aux heures de pointe, et cela même si les personnes concernées utiliseront en partie leur temps libéré à se déplacer pour des motifs personnels »²⁴¹⁷. Les entreprises peuvent faire évoluer les pratiques de mobilité qu'elles génèrent, notamment en adaptant leur organisation et leur fonctionnement. Avec le numérique, les entreprises ont désormais la possibilité d'utiliser de manière différente leurs ressources (véhicules, espaces, locaux, horaires) aujourd'hui consacrées à la mobilité. Parmi les sujets à examiner, figure celui du Versement transport, qui constitue aujourd'hui leur principale implication financière dans la mobilité²⁴¹⁸. Mais d'autres politiques innovantes permettraient de meilleures régulations du système des mobilités, moyennant la prise en compte concertée des externalités du transport, ce qui conduirait à transformer le Versement transport en système de « bonus-malus » en valorisant les entreprises les plus vertueuses en termes de mobilité²⁴¹⁹.

807. **Conclusion de section** - Il est possible d'établir un lien entre innovation, qualité de vie au travail et développement économique. « Le nouveau paradigme de la relation santé-travail s'installe dans une dimension éthique où le travail et la santé sont des valeurs complémentaires et indispensables à la constitution d'un état de bien-être des individus dans la société. La finalité du nouveau paradigme est donc le « bien-être » individuel et collectif au travail et par le travail »²⁴²⁰. La qualité de vie au travail est source d'innovation et l'innovation est source de qualité de vie au travail. Elles concourent à la performance économique de l'entreprise et à la bonne santé des salariés. Il s'agit là d'un sujet relativement consensuel, mais difficile à appréhender qui

²⁴¹⁶ Art. 5, travail à domicile occasionnel à la demande du salarié, Renault, « Avenant à l'accord relatif au télétravail à domicile du 22 janvier 2007 », *op. cit.*, p. 4.

²⁴¹⁷ B. Duchemin et O. Marembaud, *Révolution numérique et évolutions des mobilités individuelles et collectives (transport de personnes)*, Conseil économique, social et environnemental (CESE), 2015, p. 26.

²⁴¹⁸ *La mobilité refondée avec le numérique*, *op. cit.*, p. 20.

²⁴¹⁹ Dans le même ordre d'idées, la mise en place de l'indemnité kilométrique pour se rendre au travail à vélo, dite « indemnité kilométrique vélo », a été pérennisée par la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015. Les entreprises mettant gratuitement à disposition de leurs salariés pour leurs déplacements domicile-travail une flotte de vélos peuvent déduire 25 % des coûts de cette flotte du montant de leur impôt sur les sociétés. X. Delpech, « L'encadrement juridique des nouvelles mobilités », *JT*, n° 182, 2016, p. 24.

²⁴²⁰ B. Dorémus, « Penser la relation « santé-travail » : remarques sur l'émergence d'un nouveau paradigme », *op. cit.*, p. 709.

représente l'enjeu central d'un nouveau contrat social. « le travail reste central dans la vie des Européens, mais sa signification a changé. Le réinventer, en France et en Europe, consisterait à prendre vraiment au sérieux les attentes exprimées »²⁴²¹. Les moins convaincus par leur espace de travail aspirent ainsi à être deux fois plus souvent en télétravail²⁴²².

Conclusion partie

808. **Rythmes numériques** - L'imbrication des temps et des lieux de travail est un phénomène profond. Pendant très longtemps, et notamment sous l'effet de l'industrialisation, la vie sociale fut structurée à partir du temps de travail, celui-ci tendant à se caler sur un mode unique : tous au travail à la même heure et au même endroit. Plusieurs tendances nouvelles se dessinent : la diversification des durées du travail, la désynchronisation des horaires, l'imbrication croissante entre lieux et horaires de travail et de non-travail, notamment sous l'effet des nouvelles formes d'organisation et d'emploi²⁴²³. Ce processus ne fait que commencer. Nul ne doute cependant qu'il devrait se développer et nous conduire progressivement à entretenir avec le temps et l'espace des relations très différentes de celles que nous avons connues à une époque où tous travaillaient au même moment et au même endroit. La solution à ces pratiques n'est pas individuelle, mais collective et nécessite de réécrire des règles plus souples et plus fonctionnelles. L'esprit de Taylor, bien installé dans les activités de service, semble peu compatible avec des concepts comme la société de la connaissance et l'idée d'apprendre tout au long de la vie²⁴²⁴. Il convient de promouvoir l'émergence d'un nouveau modèle de mobilité domicile-travail avec une meilleure acceptation par les employeurs du travail à distance, et corrélativement le développement des outils de télétravail et la création de tiers lieux, mais celui-ci tarde à se matérialiser en droit du travail. En effet, il n'y a pas de définition juridique du tiers lieu, les espaces de « coworking » n'existent pas en droit. Pour le moment la seule protection prévue par le droit est celle du télétravail. C'est tout le champ de la relation sociale et de la relation salariale qui est en cause. La promotion de la santé de *l'Homo numericus* nécessite passer d'une flexibilité

²⁴²¹ P. Vendramin, « Réinventer le travail », *Alternatives Economiques*, n° 99, décembre 2013, p. 81-83.

²⁴²² Enquête réalisée par l'institut CSA pour JLL, auprès de 609 salariés franciliens travaillant sur des sites de plus de 100 personnes. *Enquête salariés 2015*, <http://www.jll.com/france/fr-fr/france/fr-fr/etudes/enquete-salaries-2015>, consulté le 16 août 2016.

²⁴²³ J.-Y. Boulin, « Pour une urbanistique des temps. La désynchronisation des temps sociaux », *Futuribles*, p. 5.

²⁴²⁴ P. Vendramin et G. Valenduc, *Technologies de l'information et de la communication, emploi et qualité du travail*, op. cit., p. 41.

imposée à une flexibilité négociée, de développer une approche intégrée de l'organisation de l'espace-temps de travail.

PARTIE 2. LES RELATIONS COLLECTIVES NUMERIQUES

809. **Confronter les points de vue** - Dans *La société ouverte et ses ennemis*²⁴²⁵, Karl Popper oppose une « société ouverte » à la société « close, magique ou tribale ». Dans la première, l'on pratique systématiquement l'esprit critique et l'on est capable de séparer ce qui est conventionnel de ce qui ne l'est pas. Dans la deuxième, l'on est incapable de distinguer les lois créées par l'homme de celles créées par la nature. La société close ignore l'individu, tandis que la société ouverte est, au contraire, différenciée et repose sur l'interdépendance de ses membres et leur communication. Aussi, grâce à cette distinction, Popper récuse l'idée d'acquis, promeut l'esprit critique, et voit l'erreur comme un signe de progression, d'évolution. Prôner l'esprit critique, c'est éviter de tomber dans la violence qu'entraîne l'absence de discussion. Confronter des points de vue, c'est empêcher qu'ils se combattent²⁴²⁶.

810. **Rapports collectifs et individuels** - Le droit du travail n'a longtemps concerné que la relation du salarié et de son employeur née du contrat de travail : c'est la dimension individuelle. Mais au fil du temps, des relations collectives se sont nouées entre la collectivité des salariés et les employeurs, voir la collectivité des employeurs donnant au droit sa dimension collective. Désormais, le droit du travail n'est pas seulement le droit des relations individuelles du travail. L'entreprise est aussi le lieu de rapports collectifs entre l'employeur et l'ensemble des salariés. Or face à l'hétérogénéité croissante des situations de travail, la standardisation réglementaire que propose le droit ne suffit plus et devient source de conflits plus que de solutions. La négociation collective apparaît ainsi plus approprié pour accepter les inévitable transformation du monde du travail²⁴²⁷. Mais encore faut-il trouver les interlocuteurs en mesure d'appréhender ce nouveau monde. Alors que les salariés et les structures sont inévitablement mis en difficultés par la circulation omnidirectionnelle de l'information, le dialogue social est-il également affecté par ces nouvelles circulations de l'information ? Il conviendra de déterminer comment le droit du travail s'applique ou

²⁴²⁵ K.R. Popper, *La société ouverte et ses ennemis*, Seuil, 1979.

²⁴²⁶ M. Redon, *La liberté d'expression des cadres*, Mémoire Master 2 « Droit social et relations professionnelles », sous la direction de F. Guiomard, Université Paris X Nanterre, 2014, p. 6.

²⁴²⁷ H. Ouaisi, *Le travail de demain*, op. cit., p. 56.

s'adapte aux usages numériques des salariés, des employeurs, des syndicats et plus largement des collectifs de travail dans les entreprises, ou en dehors, sur les réseaux sociaux.

811. **Redynamiser la démocratie sociale** – « Le numérique peut-il réinventer de nouvelles formes de solidarités, de dialogue et d'expression au travail ? »²⁴²⁸. Alors que l'emploi a fait face à de profondes mutations découlant de la mondialisation et de l'introduction des nouvelles technologies, la nature des relations sociales est demeurée relativement stable au cours des trente dernières années²⁴²⁹. Les nouvelles pratiques numériques remettent en question le fondement du dialogue social français, qui repose sur l'existence d'une représentation stable et structurée des collectifs de travail²⁴³⁰. Si, au sens strict, les relations collectives de travail désignent la représentation des salariés par un certain nombre d'acteurs, au sens large, elles peuvent également désigner les relations qui se nouent entre un ou plusieurs employeurs et un groupe organisé ou non de salariés²⁴³¹.

812. **Le sacre de l'amateur** - En droit du travail, la liberté d'expression s'est d'abord exprimée au niveau collectif, notamment au travers des institutions représentatives du personnel, lesquelles avaient pour objet premier de permettre l'expression des réclamations et revendication des salariés²⁴³². Or, il convient de constater que les monopoles sur les informations, les données, et les renseignements sont de moins en moins acceptés. « L'accès aux médias traditionnels – presse écrite, radio, télévision – repose sur des filtres, en ce sens que n'importe qui ne peut décider quand bon lui semble de s'y exprimer. Mais n'importe quel internaute peut, dès lors qu'il dispose du matériel informatique idoine, se projeter à la face du monde. C'est « le sacre de l'amateur », plein de promesses pour la circulation de l'information et le développement de la culture contemporaine, mais le juriste, lui, est naturellement porté à en redouter les

²⁴²⁸ E. Prouet et C. Jolly, *L'avenir du travail*, op. cit., p. 6.

²⁴²⁹ FRANCE, Centre d'analyse stratégique et O. Quintin, *Le travail et l'emploi dans vingt ans*, Paris, la Documentation française, 2011, p. 81.

²⁴³⁰ « Les canaux de représentation des salariés, via les institutions représentatives du personnel ou les syndicats, sont parfois perçus comme vieillissants. A cet égard, le faible taux de syndicalisation est en grande partie une conséquence du modèle particulier de négociation collective qui a cours en France. Du fait de l'extension des avantages négociés aux travailleurs non syndiqués, il n'est pas nécessaire d'être inscrit dans un syndicat pour en bénéficier. Il semble également qu'on observe certaines limites du modèle représentatif dans le dialogue social. Ces limites sont notamment dues à l'individualisation du travail qui peut avoir pour conséquence une relative déréliction des sentiments collectifs d'appartenance. Mais elles procèdent également d'un décalage grandissant entre les attentes des salariés et les modes de représentation traditionnel ». FRANCE et Conseil national du numérique, *Travail, emploi, numérique : les nouvelles trajectoires*, op. cit., p. 167.

²⁴³¹ A. Supiot, « Les relations collectives de travail », dans *Que sais-je ?*, 2016, vol.6e éd., p. 81.

²⁴³² G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, op. cit., p. 690.

dérives »²⁴³³. Alors que le droit à l'information semble « s'affermir face au droit sur l'information »²⁴³⁴, les pratiques du dialogue social sont affectées de deux manières par les évolutions liées au numérique. D'une part, les nouveaux outils numériques rendent possible une modification profonde de la structuration du dialogue social dans l'entreprise. « Ils renouvellent le cadre traditionnel, en créant de nouveaux lieux de dialogue et de mobilisation, et de nouvelles méthodes de participation pour les salariés »²⁴³⁵. Le numérique peut être considéré en tant qu'objet du dialogue social, au service d'une actualisation des outils du dialogue social et plus généralement au service de la revitalisation de la démocratie sociale (Titre 1). D'autre part, les possibilités laissées aux salariés-citoyens de s'exprimer en ligne aboutissent à une nouvelle forme de dialogue social (Titre 2).

TITRE 1 LE DROIT NUMERIQUES DES INTERMEDIAIRES

813. **Polysémie du dialogue** - Qu'est-ce que le dialogue social ? La notion de dialogue social est aujourd'hui couramment utilisée mais rarement définie avec précision. L'Organisation internationale du travail (OIT) la définit ainsi : « Le dialogue social désigne la participation des travailleurs, des employeurs et des gouvernements aux décisions relatives à l'emploi et à toute question afférente au lieu de travail. Il englobe toutes les formes de négociation, de consultation et d'échange d'informations entre les représentants des trois groupes susmentionnés qui portent sur les politiques économiques et sociales et les politiques du travail. Le dialogue social est à la fois un moyen de réaliser des progrès sociaux et économiques et un objectif en soi puisqu'il donne à la population l'occasion de se faire entendre et d'exercer une influence sur la société et le lieu de travail »²⁴³⁶. Les différents acteurs peuvent dès lors lui donner des significations éminemment variables. « Dans la mesure où elle ne désigne, a priori, ni une forme identifiée, ni un niveau précis (information, consultation, concertation, négociation), chacun peut y mettre le contenu qu'il souhaite, avec les questions de

²⁴³³ C. de cassation FRANCE, *Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation. Le droit de savoir*, La Documentation française, 2011, p. 80.

²⁴³⁴ M.-C. Piatti, *Les libertés individuelles à l'épreuve des nouvelles technologies de l'information*, Presses Universitaires Lyon, 2001, p. 101.

²⁴³⁵ FRANCE et Conseil national du numérique, *Travail, emploi, numérique : les nouvelles trajectoires*, op. cit., p. 163.

²⁴³⁶ *Dialogue social : discussion récurrente en vertu de la Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*, Genève, BIT, 2013, p. 5.

méthode et tous les risques de malentendus que cela induit quant au degré d'implication des interlocuteurs dans la décision »²⁴³⁷.

814. **Le dialogue social en France** - Si le terme de dialogue social recouvre une acception large, la négociation collective revêt un caractère juridique. « Le dialogue social comprend au sens de la loi du 31 janvier 2007, des procédures de concertation, de consultation et d'information des partenaires sociaux pouvant donner lieu à une négociation collective et, le cas échéant, à la signature d'un accord collectif de travail préalablement à l'adoption d'un projet de loi ou à l'édiction d'un texte réglementaire »²⁴³⁸. En France, le dialogue social institué s'est construit dans les usines du XIX^e siècle. « L'émergence de la représentation par des syndicats au moyen de la négociation collective (...) a permis de conjuguer, dans une certaine mesure, la prise de parole ouvrière et l'efficacité organisationnelle, enrichissant ainsi la qualité de la démocratie dans les sociétés industrielles »²⁴³⁹. Les salariés d'un atelier désignaient quelques-uns en leur sein pour représenter le groupe. La prééminence du collectif sur le contrat de travail individuel a été par la suite inscrite dans la loi sur les conventions collectives de 1919²⁴⁴⁰. Depuis, le dialogue social a pris une place croissante et les partenaires sociaux sont devenus un interlocuteur incontournable du gouvernement²⁴⁴¹. Le Préambule de la constitution de 1946 consacre d'ailleurs un droit à la participation des salariés qui, à la différence de la liberté syndicale, impose l'organisation d'une représentation collective des salariés dans les entreprises. Ainsi, « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail, ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Ceci devrait créer les conditions d'un dialogue social sain et aisé à mobiliser. Or, voilà maintenant plusieurs années que la question est discutée : « il faut moderniser le dialogue social dans les entreprises, jusqu'ici trop complexe, lourd, formaliste »²⁴⁴².

²⁴³⁷ J. Gautier et P. Aurelli, *Consolider le dialogue social*, Conseil économique et social, 2006, p. 5.

²⁴³⁸ N. Maggi-Germain, « Sur le dialogue social », *Dr. soc.*, 2007, p. 798.

²⁴³⁹ C. Brunelle, A. Hayden et G. Murray, « Les systèmes de représentation au travail : à la mesure des réalités contemporaines ? », *Relations industrielles*, vol. 66, n° 4, 2011, p. 494.

²⁴⁴⁰ La loi du 19 mars 1919 apporte un premier cadre institutionnel aux conventions collectives et constitue alors une étape décisive dans la construction du droit de la négociation collective. A. Gazier, « Le retour aux conventions collectives », *Revue économique*, vol. 1, n° 2, juillet 1950, p. 157.

²⁴⁴¹ Les quatre branches de la protection sociale ont été institutionnalisées et leur gestion a été confiée aux partenaires sociaux ; les conventions collectives se sont généralisées ; la Cour de cassation a étendu le régime du salariat pour permettre à un nombre croissant de personnes de bénéficier du régime de la sécurité sociale et des conventions collectives. A. Supiot, « Les relations collectives de travail », *op. cit.*, p. 83.

²⁴⁴² C. Nicod, « La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration », *RDT*, 2015, p. 549.

815. **Des fondements du dialogue social balayés par le numérique** – L'ère de mondialisation et les nouvelles technologies de l'information ont apporté de profonds changements dans la configuration des milieux de travail, dans la composition et les aspirations de la main-d'œuvre, et dans la gestion des ressources humaines, alors que les entreprises sont à la recherche d'avantages concurrentiels dans un environnement de plus en plus compétitif. Le monde du travail change et cela a des conséquences importantes sur les systèmes de représentation. « Protéiformes, les milieux de travail évoluent sous l'influence des nouvelles technologies, de la transnationalisation de la production et des services, de la mondialisation de l'économie et de la crise financière »²⁴⁴³. Ces transformations posent de réels défis aux institutions traditionnelles relatives à la représentation des travailleurs, institutions au cœur du système français. Elles heurtent de front la notion traditionnelle de représentation au travail²⁴⁴⁴. Selon une enquête réalisée par la DARES 47,2 % des salariés indiquent que « les syndicats font passer leurs mots d'ordre et leurs intérêts avant ceux des salariés »²⁴⁴⁵.

816. **Problématique** - Le dialogue social est engagé dans un cercle vicieux où la défiance est alimentée par le corporatisme et l'étatisme du modèle social français. « Le déficit de confiance des Français entrave leur capacité de coopération, ce qui conduit l'État à réglementer les relations de travail dans leurs moindres détails. En vidant de son contenu le dialogue social, ces interventions entretiennent la défiance entre les travailleurs, les entreprises et l'État »²⁴⁴⁶. La question de l'efficacité de ce système, de son accessibilité, de son adéquation se pose aujourd'hui. « La transition numérique n'est pas réductible à son aspect technique. Elle bouleverse l'ensemble des dimensions du travail, depuis ses organisations jusqu'à ses finalités, en passant par les manières de le réaliser et par les conditions dans lesquelles il s'exerce. Elle ouvre des perspectives de transformation sociale des rapports au travail et des organisations de travail sur la base d'un renouvellement des usages, des capacités et des relations, dont les acteurs sociaux

²⁴⁴³ C. Brunelle, A. Hayden et G. Murray, « Les systèmes de représentation au travail : à la mesure des réalités contemporaines ? », *op. cit.*, p. 493.

²⁴⁴⁴ Parmi les pays industrialisés, la France se singularise par la mauvaise qualité des relations sociales au sein du monde du travail. Le sentiment de cette mauvaise qualité est partagé par les travailleurs et par les chefs d'entreprise. Au sein de l'Union européenne des 27 et même au sein de l'OCDE, la France est le pays qui connaît le plus faible taux de syndicalisation des salariés : environ 8 % dans la décennie 2000 contre une moyenne d'environ 25 % dans l'Union européenne selon la Commission européenne. Cette faible syndicalisation est encore accentuée dans le seul secteur privé, où le taux de syndicalisation n'est que d'environ 5 %. J. Barthélémy et G. Cette, « Droit social : pourquoi et comment le refonder ? », *Dr. soc.*, 2012, p. 763.

²⁴⁴⁵ B. Giraud, J. Pélisse et E. Pénissat, *Gérer, négocier, résister*, Dares, 2014, p. 49.

²⁴⁴⁶ Y. Algan et P. Cahuc, *La société de défiance : Comment le modèle social français s'autodétruit ?*, Paris, Rue d'Ulm, 2007, p. 48.

commencent à se saisir comme enjeux de régulation collective »²⁴⁴⁷. Comment la digitalisation de l'économie peut-elle devenir un objet du dialogue social ?²⁴⁴⁸ Comment peut-on concevoir des modalités de représentation sociale dans des contextes organisationnels désormais éclatés ?²⁴⁴⁹ Au cœur de ces enjeux, les technologies de l'information et de la communication sont tout à la fois les artisans de la reconfiguration du dialogue social (chapitre 2) et un objet de négociation : la matière du dialogue dans les entreprises (chapitre 1).

Chapitre 1 Le numérique objet du dialogue social

817. **Nouvelles pratiques de travail** - L'usage des technologies numériques a des effets sur l'organisation, le management, la culture, le rapport au travail, les échanges, les compétences de l'ensemble des acteurs de la chaîne de valeur de l'entreprise, mais aussi chez ses fournisseurs et clients²⁴⁵⁰. Du fait des modifications des conditions de travail liées au numérique, se pose la question de la modification des objets du dialogue social. En effet les nouveaux enjeux, en termes de pénibilité, de transparence, d'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des individus ne peuvent être traités uniquement par des options managériales, mais doivent faire l'objet d'une discussion élargie avec les salariés et leurs représentants²⁴⁵¹. Afin de rendre effectif le dialogue social avec les institutions représentatives du personnel sur ces nouveaux objets (section 1), les représentants du personnel doivent recevoir une information de qualité qui se matérialise par la mise en place de la base de donnée unique et l'assistance d'experts (section 2).

Section 1 Attributions numériques des IRP

818. **L'innovation organisationnelle** - La transformation numérique peut notamment être une opportunité pour actionner des leviers d'amélioration de la prévention des

²⁴⁴⁷ Anact-Aract, « Numérique et conditions de travail: les enjeux d'une transformation en marche », *Travail & Changement*, n° 362, janvier 2016, p. 1.

²⁴⁴⁸ E. Prouet et C. Jolly, *L'avenir du travail*, *op. cit.*, p. 6.

²⁴⁴⁹ F. Pichault, B. Rorive et M. Zune, *Etude « TIC et métiers en émergence »*, *op. cit.*, p. 179.

²⁴⁵⁰ Anact-Aract, « Numérique et conditions de travail: les enjeux d'une transformation en marche », *op. cit.*, p. 1.

²⁴⁵¹ FRANCE et Conseil national du numérique, *Travail, emploi, numérique : les nouvelles trajectoires*, *op. cit.*, p. 166.

risques psycho-sociaux. Le dialogue social, plus que les dispositifs législatifs ou réglementaires, est remis au centre dans la construction des conditions de santé au travail²⁴⁵². En effet, l'introduction de toute innovation, y compris dans l'organisation de la production, dès lors que celle-ci a suffisamment de conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail du personnel, pour pouvoir être considérée comme une innovation technologique, passe désormais par une consultation préalable du comité d'entreprise (I) et du CHSCT (II)²⁴⁵³. Cette information consultation peut être l'occasion pour les syndicats de conclure un accord d'entreprise permettant de gérer les conséquences de l'innovation organisationnelle sur les salariés (III).

I. Information et consultation du CE

819. **L'expression collective des salariés** - Le comité d'entreprise a été créé par l'ordonnance du 2 février 1945. Son existence trouve son fondement juridique dans le principe de participation, garanti par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Sa présence est obligatoire dans les entreprises d'au moins 50 salariés. Élu par les salariés, il a pour mission d'assurer une expression collective des salariés, afin de permettre la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, ainsi qu'aux conditions de travail et d'emploi²⁴⁵⁴. Il a également pour mission de gérer le budget des activités sociales et culturelles²⁴⁵⁵. La question des nouvelles technologies dans l'entreprise recouvre différentes compétences du CE. Avec l'objectif affiché de favoriser « un dialogue social plus stratégique dans les entreprises », la loi Rebsamen a regroupé les informations/consultations périodiques du comité d'entreprise (A). La loi Rebsamen conserve également les informations/consultations ponctuelles du CE spécifiques aux TIC dans l'entreprise (B).

²⁴⁵² B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, p. 36.

²⁴⁵³ M. Richevaux et B. Wallon, « Innovation et droits des travailleurs, quelles obligations pour l'employeur ? », *op. cit.*, p. 131.

²⁴⁵⁴ C. trav. art. L. 2323-1 et s.

²⁴⁵⁵ C. trav. art. L. 2323-83.

A. Consultations annuelles

820. **Consultations annuelles obligatoires** - Il existe des consultations obligatoires qui peuvent constituer autant d'occasion d'apprécier un dispositif informatique. Le comité est, selon l'article L. 2323-6 du code du travail, consulté sur « les orientations stratégiques de l'entreprise » (1) ; « la situation économique et financière de l'entreprise » (2) et « la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi » (3).

1) Les orientations stratégiques

821. **Consultation sur les orientations stratégiques** – La révolution numérique impacte les organisations au risque de menacer leur compétitivité ou leur pérennité. Il convient de mettre l'accent sur la transformation numérique dans le dialogue social interne à l'entreprise, à l'occasion notamment du dialogue annuel sur les orientations stratégiques²⁴⁵⁶. Pour l'essentiel assuré par l'intervention du comité d'entreprise au titre de ses attributions économiques, la participation des salariés à la stratégie de l'entreprise reste encore, dans une large mesure, à construire. En application de l'alinéa 1er de l'article L. 2323-10 du code du travail, le comité d'entreprise est consulté, chaque année, « sur les orientations stratégiques de l'entreprise, définies par l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise, et sur leurs conséquences sur l'activité, l'emploi, l'évolution des métiers et des compétences, l'organisation du travail, le recours à la sous-traitance, à l'intérim, à des contrats temporaires et à des stages ». Cette disposition comporte deux volets. Outre les orientations stratégiques de l'entreprise, doivent lui être soumises leurs conséquences sociales (la GPEC et les orientations de la formation professionnelle).

822. **Consultation limitée** - Le dispositif existant est porteur d'un transfert de responsabilité limité vers les salariés et leurs représentants, exclusif de tout transfert de pouvoir. En effet, le comité d'entreprise n'est pas véritablement associé à l'élaboration de la stratégie : lui sont soumises les orientations stratégiques « définies » par l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance. « On a ici l'impression que le comité

²⁴⁵⁶ Conseil économique, social et environnemental (CESE), *Les nouveaux rapports industrie/services à l'ère du numérique*, Paris, La Documentation Française, 2015, p. 10.

est, en quelque sorte, mis devant le fait accompli, en méconnaissance des prescriptions de l'article L. 2323-2 du code du travail, dont on sait qu'il impose le caractère préalable de la consultation »²⁴⁵⁷. Cette limitation est d'autant plus regrettable que l'entreprise du futur devra être capable d'articuler à la fois des défis économiques²⁴⁵⁸, sociaux²⁴⁵⁹ et sociétaux²⁴⁶⁰ pour anticiper et cerner les besoins, y répondre par une personnalisation de masse. Son efficacité ne sera pas principalement liée à sa capacité à faire des économies en agissant sur les coûts mais surtout à créer de la valeur, à sa capacité à explorer son environnement, à inventer des produits utiles, améliorer leurs caractéristiques et leurs procédés de fabrication²⁴⁶¹. Dans ce nouveau paradigme productif la mobilisation de tous les acteurs de l'entreprise s'avère essentielle. Le rapport Lemoine insiste en particulier pour « mettre l'accent sur la transformation numérique dans le dialogue social interne à l'entreprise, à l'occasion notamment du dialogue annuel sur les orientations stratégiques institué par la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi »²⁴⁶².

823. Renouveau du modèle coopératif – Il convient de s'interroger sur le renouveau du modèle coopératif. Les entreprises coopératives poursuivent aujourd'hui leur développement, faisant la preuve de l'efficacité de leur gouvernance²⁴⁶³. Les Scic²⁴⁶⁴, coopératives multi-sociétaires permettant d'associer salariés, usagers, entreprises, collectivités autour d'un projet entrepreneurial d'intérêt collectif, sont de plus en plus visibles. « Au-delà de la typologie et de la diversité des coopératives, se pose la question de l'actualité du modèle coopératif, tant au niveau de son poids socio-économique croissant, que de l'actualité de ses valeurs dans de nouveaux domaines d'actualité ; répondant à l'exigence d'une intégration contextuelle des besoins et des enjeux du nouveau millénaire »²⁴⁶⁵. Le principe du partage de la gouvernance mène à établir une vision commune, appelée « projet coopératif », qui fonde la stratégie de l'entreprise. Il

²⁴⁵⁷ G. Auzero, « La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise », 2015, p. 1006.

²⁴⁵⁸ Par ex. la raréfaction des ressources naturelles, une dynamique de l'industrie sur le territoire et à l'export, le développement d'une économie de la qualité...

²⁴⁵⁹ Par ex. la décrue du chômage, l'élévation des qualifications, la cohésion sociale, la démocratie participative...

²⁴⁶⁰ Par ex. les changements de comportements et l'appétence à consommer et produire autrement, la prise de conscience des enjeux climatiques...

²⁴⁶¹ Conseil économique, social et environnemental (CESE), *Les nouveaux rapports industrie/services à l'ère du numérique*, *op. cit.*, p. 41.

²⁴⁶² FRANCE et P. Lemoine, *La nouvelle grammaire du succès - La transformation numérique de l'économie française*, *op. cit.*

²⁴⁶³ C. Bouchon, B. Michard, A. Plasse et B. Paraque, « Coopératives et Gouvernance : modernité ou archaïsme ? », *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2012, p. 317.

²⁴⁶⁴ Créées par la « Loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel » (JO n° 164, 18 juillet 2001).

²⁴⁶⁵ R. Holcman, *Économie sociale et solidaire*, Dunod, 2015, p. 9.

s'agit, dans une certaine mesure, de la prise en compte des intérêts des parties prenantes aux activités de l'entreprise²⁴⁶⁶.

2) *La situation économique et financière de l'entreprise*

824. Consultation annuelle sur la situation économique et financière de l'entreprise – La transformation digitale concerne tous les métiers et fonctions de l'entreprise, pas seulement les savoir-faire numériques²⁴⁶⁷. « À la croissance quantitative d'hier pilotée dans l'optique de création de valeur pour l'actionnaire se substitue une croissance-transformation, à la recherche de modèles de valeur partagée »²⁴⁶⁸. C'est tout l'écosystème économique qui se trouve bousculé par cette mutation. Suivant le nouvel article L. 2323-12 du Code du travail « la consultation annuelle sur la situation économique et financière de l'entreprise porte également sur la politique de recherche et de développement technologique de l'entreprise ». L'avis du comité d'entreprise est transmis à l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise. Ces dispositions viennent recodifier l'ancien article L. 2323-12 qui disposait que « chaque année, le comité d'entreprise est consulté sur la politique de recherche et de développement technologique de l'entreprise ». Par ailleurs, « en vue de la consultation prévue à l'article L. 2323-12, l'employeur met à la disposition du comité d'entreprise, dans les conditions prévues à l'article L. 2323-9 : (...) les informations relatives à la politique de recherche et de développement technologique de l'entreprise »²⁴⁶⁹. Un décret en Conseil d'État devra préciser le contenu des informations, qui pourra varier selon que l'entreprise compte plus ou moins de trois cents salariés²⁴⁷⁰. Il convient à ce titre de préciser les liens entre la technologie, le numérique et l'innovation. Le numérique est désormais au cœur des processus d'innovation, car il est la principale source d'idées nouvelles. Mais toutes les innovations numériques ne sont pas forcément des innovations technologiques, elles peuvent s'appuyer sur des processus connus depuis longtemps mais mis en œuvre de façon différente ou appliqué à de nouveaux

²⁴⁶⁶ J. Defourny, « L'émergence du concept d'entreprise sociale », *Reflets et perspectives de la vie économique*, Tome XLIII, n° 3, 1 septembre 2004, p. 3.

²⁴⁶⁷ FRANCE et P. Lemoine, *La nouvelle grammaire du succès - La transformation numérique de l'économie française*, op. cit., p. 90.

²⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 12.

²⁴⁶⁹ C. trav. art. L. 2323-13.

²⁴⁷⁰ C. trav. art. L. 2323-14.

environnements²⁴⁷¹. L'effet important vient de l'intensité d'utilisation, pas simplement de la présence de la technologie dans l'entreprise. Contrairement à l'innovation technologique pure, une partie du processus d'innovation numérique repose sur une modification de l'organisation sociale²⁴⁷².

825. Former et faire évoluer le dialogue social – Selon le rapport Lemoine, « pour innover à grande échelle, il faut s'émanciper des pressions court-termistes des marchés financiers pour financer l'innovation et l'acquisition d'entreprises. Les GAFAs sont libérés de toute obligation de verser des dividendes à leurs actionnaires et peuvent consacrer leur trésor de guerre à l'innovation »²⁴⁷³. Parce qu'ils sont les représentants des salariés, et qu'ils doivent donc veiller à la pérennité des emplois, les membres du comité d'entreprise peuvent apparaître comme les garants de cette vision de long terme à condition d'en connaître toutes les articulations. Afin de rendre la consultation effective, il convient de former les dirigeants, les administrateurs des entreprises et les responsables syndicaux à la transformation numérique et à sa « grammaire » : « une transformation numérique réussie ne peut souffrir une approche pointilliste, faite par touches successives, sans cohérence d'ensemble. Elle devra s'inscrire dans un cadre cohérent, touchant aux trois piliers d'une organisation : l'expérience client, l'efficacité opérationnelle, et le modèle économique »²⁴⁷⁴.

3) *La politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi*

826. Consultation annuelle sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi - L'introduction des TIC peut avoir des conséquences importantes sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail qu'il convient d'anticiper. La prise en compte des relations entre TIC et conditions de travail dans les entreprises est encore imparfaite. « Ce manque de considération pour le facteur humain n'a pas seulement des conséquences sociales, il est aussi à l'origine de nombreux échecs de projets informatiques. Son impact économique

²⁴⁷¹ B.A. Aubert, P. Cohendet, R. Le Roux, B. Montreuil, Centre francophone d'informatisation des organisations et CIGREF (Organisme), *Indice de l'innovation par les TIC l'innovation dans l'entreprise numérique: résultats d'une enquête menée auprès des grandes entreprises françaises*, Québec, CEFRIQ, 2013, p. 10.

²⁴⁷² Par ex. le niveau de centralisation ou de décentralisation de la gestion, la présence d'une culture d'expérimentation, la tolérance au risque, le recours à des fournisseurs externes et le niveau d'utilisation du travail à distance.

²⁴⁷³ Anact-Aract, « Numérique et conditions de travail: les enjeux d'une transformation en marche », *op. cit.*, p. 143.

²⁴⁷⁴ FRANCE et P. Lemoine, *La nouvelle grammaire du succès - La transformation numérique de l'économie française*, *op. cit.*, p. 142.

pour les entreprises est lourd »²⁴⁷⁵. Selon une jurisprudence établie, il est nécessaire d'anticiper ces conséquences même si la technologie utilisée n'est pas nouvelle par rapport aux techniques de programmation en vigueur²⁴⁷⁶. L'introduction de nouvelles technologies a nécessairement des liens avec la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et sur la formation professionnelle dans l'entreprise²⁴⁷⁷. Les interlocuteurs syndicaux évoquent des enjeux de réorganisation interne de l'entreprise menaçant certains postes de travail (filialisation d'activités informatiques, automatisation d'activités auparavant par des salariés peu qualifiées)²⁴⁷⁸. L'article L. 2323-15 du code du travail regroupe opportunément la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi. Cette consultation porte également sur le bilan social lorsque l'entreprise compte plus de 300 salariés. L'employeur met à disposition les données relatives au bilan social dans la BDES²⁴⁷⁹. Afin d'étudier l'incidence sur les conditions de travail des problèmes généraux résultant de l'organisation du travail, de la technologie, des conditions d'emploi, de l'organisation du temps de travail, des qualifications et des modes de rémunération, le comité d'entreprise bénéficie du concours du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans les matières relevant de la compétence de ce dernier²⁴⁸⁰.

827. Bilan sur les usages des TIC dans l'entreprise chaque année - En vue de la consultation prévue à l'article L. 2323-15, l'employeur met à la disposition du comité d'entreprise, dans les conditions prévues à l'article L. 2323-9, les informations relatives à la politique de recherche et de développement technologique de l'entreprise. Si cette mention établie par l'article L. 2323-1 est relativement exhaustive, elle apparaît toutefois incomplète au regard des enjeux autour de l'usage des TIC dans l'entreprise car elle se concentre sur la technique. L'analyse des usages apparaît très peu répandue dans les entreprises, en dépit de l'importance de la question²⁴⁸¹. Il apparaîtrait opportun

²⁴⁷⁵ FRANCE, T. Klein, D. Ratier, Centre d'analyse stratégique et Direction générale du travail, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, op. cit., p. 4.

²⁴⁷⁶ Cass. soc., 28 oct. 1996, pourvoi n°94-15.914, Bull. civ., V, n°352.

²⁴⁷⁷ Selon une étude publiée par Citigroup sur la « Disruption numérique », les agences et les effectifs associés constituent 65% de la base de coût des activités de détail d'une grande banque, et une large partie de ces coûts peut être supprimée via l'automatisation. Citi, *Digital disruption : how hintech is forcing banking to a tipping point*, Citigroup, coll.« Citi GPS: Global Perspectives & Solutions », 2016, p. 80.

²⁴⁷⁸ S. Bérout, Y. Karel, M. Dressen, M. Gantois, C. Guillaume et D. Kesselman, « La loi du 20 août 2008 et ses implications sur les pratiques syndicales en entreprise : sociologie des appropriations pratiques d'un nouveau dispositif juridique. », *HAL Id: halshs-00609506*, p. 202.

²⁴⁷⁹ C. trav. art. L. 2323-20.

²⁴⁸⁰ C. trav. art. L. 2323-16.

²⁴⁸¹ Les entreprises investissent dans le déploiement des outils et technologies dont elles ont besoin pour s'adapter aux mutations constantes imposées par les technologies digitales. Pour atteindre ces objectifs ambitieux, cependant, les entreprises les plus

d'établir chaque année un bilan sur les usages des TIC dans l'entreprise qui permettrait de prendre connaissance des problèmes existants, notamment de ceux qui ne relèvent pas du domaine technique, des besoins en formation ou en accompagnement du changement. Ce bilan rendrait également possible une vision rétrospective de l'évolution des usages et des changements qui l'ont provoquée²⁴⁸².

B. Consultations ponctuelles

828. **Attributions générales** - En dehors de la consultation annuelle, le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle, lorsque ces questions ne font pas l'objet des consultations prévues à l'article L. 2323-6²⁴⁸³. Elle vise en particulier la consultation sur l'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise (1) ainsi que le plan d'adaptation en vue de mettre en œuvre des mutations technologiques importantes et rapides (2), mais également le contrôle de l'activité des salariés (3).

1) Introduction de « nouvelles technologies »

829. **Recodification à droit constant** - Suivant l'article L. 2323-29 du Code du travail (anciennement L. 2323-13), le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à tout projet important d'introduction de nouvelles technologies, lorsque celles-ci sont susceptibles d'avoir des conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail. Les membres du comité reçoivent, un mois avant la réunion, des éléments d'information sur ces projets et leurs conséquences sur chacun des sujets mentionnés au premier alinéa. La lecture comparative de ces dispositions et des anciennes dispositions laisse apparaître une recodification à droit constant. La difficulté du texte vient du fait que le « projet important » d'introduction de « nouvelles

clairvoyantes ont réalisé qu'il leur fallait se recentrer sur un facteur trop souvent négligé : leurs employés. Ces entreprises envisagent les nouvelles technologies non seulement comme un facteur de disruption, mais aussi comme un catalyseur de transformation qui leur permettra de devenir une organisation agile et hautement évolutive. P. Daugherty, M. Carrel-Billiard et M.J. Biltz, *Technology Vision 2016*, Accenture, 2016, p. 26.

²⁴⁸² FRANCE, T. Klein, D. Ratier, Centre d'analyse stratégique et Direction générale du travail, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, *op. cit.*, p. 211.

²⁴⁸³ C. trav. art. L. 2323-1.

technologies » n'est pas défini ce qui peut être source d'insécurité juridique pour l'entreprise conduisant un tel projet. Ceci est d'autant plus vrai que l'appréciation des contours de ce concept revient à des professionnels du droit dont la culture est parfois très éloignée des préoccupations opérationnelles des responsables informatiques²⁴⁸⁴.

830. La notion relative de nouveauté - « L'innovation technologique est appréhendée par le droit, notamment en ce qui concerne l'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise. Cette notion est susceptible d'une interprétation très large pouvant aller jusqu'à couvrir aussi les innovations organisationnelles, voir toutes les formes d'innovation »²⁴⁸⁵. Selon une circulaire ministérielle du 30 novembre 1984²⁴⁸⁶, les « nouvelles technologies » doivent être entendues dans le sens le plus large : comprenant l'automatisation, l'informatisation, la robotisation même si une telle technologie est déjà répandue dans les secteurs d'activité considérés. Il importe peu que la technologie utilisée soit réellement nouvelle²⁴⁸⁷. En raison de l'impact de l'introduction du nouveau système informatique auprès des personnels, il convient de consulter le comité d'entreprise lors de l'extension à d'autres services d'un système informatique déjà utilisé par certains services. Le principe est que l'appréciation de la notion de « nouvelle technologie » doit se faire de façon concrète, subjective, c'est à dire par référence à l'entreprise dans laquelle les nouvelles technologies s'appliquent, et non de manière générale²⁴⁸⁸.

831. La notion de « projet important » - La notion d'importance est difficile à évaluer²⁴⁸⁹. Si la loi n'a pas défini la notion d'importance, celle-ci s'apprécie nécessairement en fonction des modifications que le projet apporte dans l'organisation et la marche de l'entreprise et de ses conséquences sur la situation du personnel²⁴⁹⁰. Pour ce faire, la jurisprudence utilise certains critères comme, par exemple, l'effectif des salariés affectés²⁴⁹¹, la nature du projet, ses répercussions sur les conditions de travail des

²⁴⁸⁴ L. Boncourt, « L'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise dans le nouveau Code du travail », *Gaz. Pal.*, n° 299, 25 octobre 2008, p. 3.

²⁴⁸⁵ M. Richevaux et B. Wallon, « Innovation et droits des travailleurs, quelles obligations pour l'employeur ? », *op. cit.*, p. 131.

²⁴⁸⁶ Circ. min. DRT, n° 12 du 30 novembre 1984.

²⁴⁸⁷ *Cass. soc.*, 28 oct. 1996, pourvoi n°94-15.914, *Bull. civ.*, V, n°352, *op. cit.*

²⁴⁸⁸ *Cass. soc.*, 9 juil. 1997, pourvoi n°95-20.294, *inédit*.

²⁴⁸⁹ F. Signoretto, « La consultation du comité d'entreprise n'implique pas toujours celle du CHSCT », *RDT*, 2014, p. 768.

²⁴⁹⁰ D. Jourdan et M. Morand, « Les experts du comité d'entreprise, les experts du CHSCT », *Liaisons sociales, numéros juridiques*, n° 15721, octobre 2010, p. 64.

²⁴⁹¹ *Cass. crim.*, 3 mai 1994, pourvoi n°93-80.911, *Bull. crim.*, 1994, n°164.

salariés²⁴⁹², le caractère expérimental ou temporaire de la mesure envisagée²⁴⁹³. Ainsi, la commercialisation d'un nouveau produit d'assurance qui affecte globalement le mode de rémunération et les conditions de travail du personnel chargé de le commercialiser doit donner lieu à information et consultation préalable du comité d'entreprise²⁴⁹⁴. La mise en œuvre du télétravail constitue une autre mesure de nature à affecter les conditions de travail²⁴⁹⁵. L'installation d'un nouveau système informatique plus moderne et mieux adapté affectant six cent postes de travail et impliquant une nouvelle formation est considérée comme constituant un « projet important »²⁴⁹⁶. En revanche, n'a pas été qualifiée de « projet important » l'installation d'un micro-ordinateur au service comptable d'une entreprise, la réorganisation n'ayant pour effet que la suppression ponctuelle d'un emploi²⁴⁹⁷. En somme, les tribunaux apprécient le caractère important du projet par rapport aux modifications que ledit projet apporte dans l'organisation et la marche de l'entreprise ainsi que par rapport aux conséquences sociales du projet envisagé.

2) *Mutations technologiques importantes et rapides*

832. **Mutations technologiques** – A l'instar de l'introduction de nouvelle technologie dans l'entreprise, le législateur a opéré une recodification à droit constant s'agissant des mutations technologiques. Suivant l'article L. 2323-30 du Code du travail, lorsque l'employeur envisage de mettre en œuvre des mutations technologiques importantes et rapides, il établit un plan d'adaptation. Ce plan est transmis, pour information et consultation, au comité d'entreprise en même temps que les autres éléments d'information relatifs à l'introduction de nouvelles technologies. Le comité d'entreprise est régulièrement informé et consulté sur la mise en œuvre de ce plan. Dès lors, « la tentation est grande de considérer que l'adoption de nouvelles technologies n'a pas d'incidence sur la situation du personnel »²⁴⁹⁸. La mise en place du logiciel faisant partie d'un vaste projet de réorganisation de l'entreprise donne nécessairement lieu à de fréquentes consultations du comité d'entreprise²⁴⁹⁹. Il s'agit d'une source de difficultés

²⁴⁹² Cass. soc., 28 oct. 1996, pourvoi n°94-15.914, Bull. civ., V, n°352, op. cit.

²⁴⁹³ Cass. soc., 18 juin 2014, pourvoi n°13-11.341, inédit.

²⁴⁹⁴ Cass. soc., 28 nov. 2000, pourvoi n°98-19.594, Bull. civ., V, n°398.

²⁴⁹⁵ L. Flament, « Le télétravail : un jeu croisé d'obligations », JCP S, n° 7, 2011, p. 18.

²⁴⁹⁶ Cass. soc., 28 oct. 1996, pourvoi n°94-15.914, Bull. civ., V, n°352, op. cit.

²⁴⁹⁷ Cass. soc., 29 mars 1994, pourvoi n°93-80.962, inédit.

²⁴⁹⁸ L. Boncourt, « L'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise dans le nouveau Code du travail », op. cit., p. 3.

²⁴⁹⁹ Cass. soc., 7 fév. 1996, pourvois n°93-18.756, 93-18.757, 93-18.758, Bull. civ., V, n°47.

opérationnelles car le parcours juridique de la mise en œuvre du projet de « mutations technologiques importantes et rapides » est lent, comme comportant certaines étapes et délais incompressibles. Même dans le cadre de consultations multiples et périodiques abordant les nombreuses facettes d'un seul projet de grande ampleur, chacune d'entre elles doit respecter les règles qui prévalent en la matière.

833. Information du comité - La question de l'introduction d'un nouvel outil informatique fixée à l'ordre du jour du comité d'entreprise doit être précédée d'informations précises et écrites transmises par l'employeur, qui ne peut se contenter d'une simple communication au cours de la réunion. Les membres du comité doivent recevoir un mois avant la réunion les éléments d'information sur ces projets et leurs conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail⁶. Une appréciation et une objection formulées par le comité d'entreprise à l'issue de cette réunion ne peuvent s'analyser comme un avis motivé²⁵⁰⁰.

834. Plan d'adaptation - A l'instar de l'accord du 16 octobre 2002 relatif aux mutations technologiques issues de la convention collective nationale de l'industrie pharmaceutique ce plan est destiné à rechercher toutes les mesures, au besoin individualisées, de nature à : « faciliter l'adaptation du personnel aux nouvelles technologies ou aux nouveaux modes d'organisation du travail en résultant ainsi que, le cas échéant, le reclassement des salariés dont la mutation serait rendue nécessaire ; ouvrir de nouvelles perspectives de carrière pour les intéressés. Il doit comprendre l'énumération précise des mesures envisagées pour permettre les adaptations nécessaires en temps utile »²⁵⁰¹. À défaut de dispositions conventionnelles de branche, le plan d'adaptation doit s'inspirer notamment du plan de sauvegarde de l'emploi devant être soumis au comité d'entreprise ou d'établissement en cas de licenciement d'au moins dix salariés sur une même période de trente jours et permettre les adaptations nécessaires dans les meilleurs délais. Ce plan s'impose ensuite à l'employeur, en cas de changement d'emploi ou de modification du contenu de l'emploi occupé²⁵⁰².

²⁵⁰⁰ Cass. crim., 27 mars 2012, pourvoi n°11-80.565, Bull. crim., 2012, n°83.

²⁵⁰¹ « Convention collective nationale de l'industrie pharmaceutique du 6 avril 1956. Etendue par arrêté du 15 novembre 1956 JORF 14 décembre 1956. Textes Attachés : Accord du 16 octobre 2002 relatif aux mutations technologiques ».

²⁵⁰² P. Guillaux, « Négociation collective et adaptation professionnelle des salariés aux évolutions de l'emploi », *Dr. soc.*, 1990, p. 818.

835. **Non-respect du plan** - L'établissement et le respect du plan d'adaptation sont essentiels. L'enjeu étant la possible remise en cause du bien-fondé du licenciement intervenu consécutivement à des mutations technologiques. « Attendu que l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois (...) les salariés auraient pu être conservés dans l'entreprise sous réserve d'une formation complémentaire », et que leur licenciement était en conséquence dénué de cause réelle et sérieuse²⁵⁰³.

3) *Contrôle de l'activité des salariés*

836. **Techniques permettant un contrôle** – La loi confie au comité d'entreprise un rôle important sur le contrôle de l'activité des salariés dans la mesure où une procédure d'information ou de consultation préalable de cette institution représentative du personnel doit être respectée avant de mettre en œuvre tout moyen ou technique permettant de contrôler l'activité des salariés. Selon l'article L. 2323-47 du code du travail : « le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés ». La consultation s'impose même si le but principal des techniques ainsi mises en place n'est pas le contrôle des salariés²⁵⁰⁴. Le comité d'entreprise « peut donner son avis sur la pertinence et sur la proportionnalité entre les moyens techniques utilisés et le but recherché par l'entreprise »²⁵⁰⁵. À défaut de consultation, la preuve est irrecevable²⁵⁰⁶. Constitue ainsi un moyen de preuve illicite l'enregistrement du salarié par le système de vidéo surveillance de la clientèle mis en place par l'employeur qui est également utilisé par celui-ci pour contrôler ses salariés sans information et consultation préalables du comité d'entreprise²⁵⁰⁷.

837. **Règlement intérieur** - L'employeur a tout intérêt à anticiper l'obtention, le moment venu, de preuves licites et loyales, opposables aux salariés²⁵⁰⁸. En effet, les mesures doivent non seulement faire l'objet d'une consultation du comité d'entreprise

²⁵⁰³ Cass. soc., 6 avr. 1994, pourvoi n°92-41.075, inédit.

²⁵⁰⁴ E. Walle, « À nouvelles technologies, nouvelles causes de licenciement », *Gaz. Pal.*, n° 113, avril 2011, p. 20.

²⁵⁰⁵ « Circulaire DRT n° 93-10, relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles, 15 mars 1993 : BOMT n° 93/10, 5 juin 1993, texte n° 412 ».

²⁵⁰⁶ Cass. soc., 15 mai 2001, pourvoi n°99-42.219, *Bull. civ.*, V, n°167, *op. cit.*

²⁵⁰⁷ Cass. soc., 7 juin 2006, pourvoi n°04-43.866, *Bull. civ.*, V, n°206.

²⁵⁰⁸ J. Berenguer-Guillon et A. Gallier, « Informatique et droit du travail », *Gaz. Pal.*, n° 109, 18 avril 2000, p. 6.

mais également d'une information de chaque salarié concerné à travers le règlement intérieur²⁵⁰⁹. De fait, les dispositions de l'article L. 2323-47 et L. 1321-4 se superposent. En effet, le code du travail prévoit à nouveau la consultation des représentants du personnel : « le règlement intérieur ne peut être introduit qu'après avoir été soumis à l'avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ainsi que, pour les matières relevant de sa compétence, à l'avis du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail »²⁵¹⁰. Le cas échéant, le CHSCT pourra également être consulté, n'étant pas exclu que certains modes de surveillance se révèlent « stressants » pour les salariés²⁵¹¹.

838. **Information relative aux recrutements** - Par ailleurs, le comité d'entreprise est informé (et non pas consulté) préalablement à l'introduction dans l'entreprise des traitements automatisés de gestion du personnel et sur toute modification desdits dispositifs ainsi que sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi et sur toute modification y afférente²⁵¹². L'objectif est d'assurer une plus grande transparence à l'égard du comité d'entreprise sur les méthodes de recrutement²⁵¹³. On peut s'étonner de cette seule information, ce n'est pas parce que les candidats ne figurent pas dans les effectifs de la société qu'ils ne méritent pas d'être représentés (même indirectement) par le collectif institutionnalisé de l'entreprise.

839. **Sanction** - La jurisprudence a élaboré un ensemble de sanctions efficaces afin de contraindre l'employeur à respecter les procédures d'information et de consultation du comité d'entreprise. La non-consultation constitue un délit d'entrave au sens de l'article L. 2328-1 du Code du travail. Elle peut donner lieu à une peine d'emprisonnement d'un an au plus et/ou d'une amende de 3 750 euros au plus ainsi qu'à une action civile en réparation du préjudice. Lorsque l'employeur n'a pas consulté le comité d'entreprise et que la restructuration n'a pas encore eu lieu, les membres du comité peuvent demander au juge des référés de suspendre la réorganisation en attendant la consultation²⁵¹⁴.

²⁵⁰⁹ Infra. Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 1, I, C, 4 : les procédures d'informations « vis-à-vis des salariés ».

²⁵¹⁰ C. trav. art. L. 1321-4.

²⁵¹¹ L. Casaux-Labrunée, « Vie privée des salariés et vie de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2012, p. 331.

²⁵¹² C. trav. art. L. 2323-47.

²⁵¹³ « Circulaire DRT n° 93-10 du 15 mars 1993 relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles ».

²⁵¹⁴ *Cass. soc.*, 24 juin 2008, pourvoi n°07-11.411, *Bull. civ.*, V, n°140.

II. Information et consultation du CHSCT

840. **Missions générales** - Le CHSCT a pour mission de contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure, ainsi qu'à l'amélioration des conditions de travail. Il doit veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières. Dans les établissements de moins de 50 salariés, « lorsque les salariés ne sont pas rattachés à un CHSCT », les délégués du personnel sont investis des fonctions du CHSCT²⁵¹⁵. Le comité est consulté sur les conditions de travail, et notamment sur leurs conséquences sur la sécurité et la santé²⁵¹⁶. Ce sera le cas en particulier en raison de l'introduction des technologies de l'information et de la communication²⁵¹⁷. La question de la régulation de la diffusion et des usages de ces technologies se pose au sein des entreprises. « Il s'agit d'éviter certaines dérives comme peut en causer le courriel, ou de se prémunir des risques issus de combinaisons d'organisations et d'outils nocives pour les conditions de travail. Pour cela, le renforcement de la mobilisation des institutions représentatives du personnel et des responsables de la gestion des ressources humaines paraît nécessaire »²⁵¹⁸. Le CHSCT doit être consulté au titre de ses compétences générales lorsque l'introduction de ces nouvelles technologies constitue un « aménagement important modifiant les conditions de travail, de santé et de sécurité »²⁵¹⁹ (A). Il doit également être consulté dans le cadre d'une consultation spécifique sur le projet, et lors de l'introduction de nouvelles technologies, sur les conséquences de ce projet ou de cette introduction sur la santé et la sécurité des travailleurs (B).

A. Compétence générale du CHSCT

841. **Conditions de travail, de santé et de sécurité** - Suivant l'article L. 4612-8-1 du code du travail, le CHSCT doit être consulté avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail. Il en est notamment ainsi avant toute transformation importante des postes de travail découlant de la modification de l'outillage, d'un changement de produit ou de

²⁵¹⁵ C. trav. art. L. 4611-3.

²⁵¹⁶ C. trav. art. L. 4612-8.

²⁵¹⁷ Infra. Partie 1, titre 2, chapitre 2 : « le droit à la santé dans l'environnement numérique ».

²⁵¹⁸ FRANCE, T. Klein, D. Ratier, Centre d'analyse stratégique et Direction générale du travail, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, op. cit., p. 224.

²⁵¹⁹ C. trav. art. L. 4612-8-1.

l'organisation du travail, avant toute modification des cadences et des normes de productivité liées ou non à la rémunération du travail. Il doit donner en outre son avis sur les documents se rattachant à sa mission, notamment sur le règlement intérieur²⁵²⁰. La Cour de cassation a indiqué, qu'en cas de projet de l'employeur d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, le CHSCT est consulté avant le comité d'entreprise²⁵²¹. L'avis du CHSCT doit être transmis au CE pour que celui-ci puisse se prononcer d'une manière éclairée.

842. Incidences des TIC sur le travail - Sur le fondement de l'article L. 4612-8-1 la consultation préalable du CHSCT doit être appréhendée largement. En effet, les technologies de l'information et de la communication ne sont pas réductibles à leur aspect technique. « Elles bouleversent l'ensemble des dimensions du travail, depuis ses organisations jusqu'à ses finalités, en passant par les manières de le réaliser et par les conditions dans lesquelles il s'exerce »²⁵²². Si leur pratique peut offrir aux salariés plus de flexibilité, d'autonomie et de coopération, elle peut aussi générer des troubles pour du point de vue des conditions de travail et de la santé²⁵²³. « Sous l'effet de la multiplication des outils issus des TIC et de leur diffusion massive, les risques correspondants se sont diversifiés : l'intensification du travail ou l'immédiateté des demandes qui l'alimentent ; la réduction des marges de manœuvre du salarié pouvant mener à l'affaiblissement de son engagement au travail ; le renforcement du contrôle, préjudiciable à l'autonomie ; la formalisation excessive des échanges entre les salariés ; l'érosion des collectifs de travail qui peut conduire à l'isolement et à la perte du soutien social ; le brouillage des frontières entre vie professionnelle et vie privée, au détriment de cette dernière ; l'augmentation des horaires atypiques et du travail en débordement »²⁵²⁴.

843. Incidence sur la santé mentale - La Cour de cassation confirme le CHSCT dans son rôle d'acteur incontournable en matière de technologie. La chambre sociale impose ainsi la consultation du CHSCT préalablement à la mise en œuvre de dispositifs d'évaluation professionnelle, motif pris que l'application des mesures de ces dispositifs

²⁵²⁰ C. trav. art. L 4612-12.

²⁵²¹ Cass. soc., 10 juil. 2013, pourvoi n°12-17.196, Bull. civ., V, n°187.

²⁵²² Anact-Aract, « Numérique et conditions de travail: les enjeux d'une transformation en marche », *op. cit.*, p. 2.

²⁵²³ Infra. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 1 : « le numérique facteur de risque santé ».

²⁵²⁴ FRANCE, T. Klein, D. Ratier, Centre d'analyse stratégique et Direction générale du travail, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, *op. cit.*, p. 223.

peut générer du stress et avoir une incidence sur la santé physique du salarié²⁵²⁵. La participation du CHSCT au processus décisionnel de l'employeur ne peut dès lors que progresser à mesure que la sensibilité aux questions de santé au travail ou à l'instabilité des conditions d'exercice de l'activité professionnelle progresse elle-même.

844. **Rapport annuel** – Dans le cadre de ses attributions, le CHSCT doit procéder à l'analyse des conditions de travail et des risques professionnels auxquels sont exposés les salariés. C'est à partir de cette analyse et de celle réalisée dans le cadre du document unique par l'employeur que celui-ci élabore le rapport et le programme annuels qui sont soumis pour avis au CHSCT²⁵²⁶. Un arrêté du 12 décembre 1985 précise les informations devant figurer dans ce rapport. Compte tenu de ces exigences, il devra nécessairement faire état des évolutions technologiques et de leur impact sur les conditions de travail. Disposant là d'un outil de réflexion, les représentants du personnel au CHSCT peuvent ainsi mesurer les évolutions sur plusieurs années. Ils peuvent également vérifier si les mesures annoncées ainsi que celles supplémentaires exigées par le CHSCT ont été effectivement réalisées²⁵²⁷. Ne pas remettre ce document constitue un délit d'entrave au CHSCT²⁵²⁸.

845. **Atteinte portée aux prérogatives du CHSCT** - Le CHSCT reçoit du chef d'établissement l'ensemble des « informations qui lui sont nécessaires pour l'exercice de ses missions »²⁵²⁹ et que la rétention de ces informations par l'employeur peut constituer un délit d'entrave²⁵³⁰. Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui a pour mission de contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des salariés de l'entreprise ainsi qu'à l'amélioration de leurs conditions de travail, et qui est doté dans ce but de la personnalité morale, est en droit de poursuivre contre l'employeur la réparation d'un dommage que lui cause l'atteinte portée par ce dernier à ses prérogatives²⁵³¹.

²⁵²⁵ Cass. soc., 28 nov. 2007, pourvoi n°06-21.964, Bull. civ., V, n°201.

²⁵²⁶ C. trav. art. L. 4612-16.

²⁵²⁷ C. Soudry, « Le bilan annuel d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail », *Travail et sécurité*, n° 631, juillet-août 2003, p. 12.

²⁵²⁸ Cass. crim., 14 nov. 2006, pourvoi n°05-87.554, Bull. crim. 2006, n°284.

²⁵²⁹ C. trav. art. L. 4614-9.

²⁵³⁰ C. trav. art. L. 4742-1.

²⁵³¹ Cass. soc., 3 mars 2015, pourvoi n°13-26.258, en cours de publication.

B. Consultation spécifique sur un projet informatique

846. Introduction de nouvelles technologies – Outre sa compétence générale, la compétence du CHSCT en matière de technologies de l'information et de la communication est expressément prévue par la loi. Suivant l'article L. 4612-9 du Code du travail, « le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est consulté sur le projet d'introduction et lors de l'introduction de nouvelles technologies mentionnés à l'article L. 2323-29 sur les conséquences de ce projet ou de cette introduction sur la santé et la sécurité des travailleurs. Dans les entreprises dépourvues de comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, les délégués du personnel ou, à défaut, les salariés sont consultés ».

847. Plan d'adaptation – Au titre de l'article L. 4612-10 du Code du travail, « le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est également consulté sur le plan d'adaptation établi lors de la mise en œuvre de mutations technologiques importantes et rapides prévues à l'article L. 2323-30 ». Le plan de formation doit contenir des mesures de formation permettant aux salariés de maîtriser leurs nouveaux outils de travail et de s'adapter parfaitement au nouvel environnement informatique.

848. Réunions communes – La double consultation CE/CHSCT est explicitement prévue par les textes pour tout projet important d'introduction de nouvelles technologies²⁵³². L'employeur peut organiser des réunions communes de plusieurs IRP, y compris le CHSCT, lorsqu'un projet nécessite leur information ou leur consultation²⁵³³. Créée par la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, cette disposition est essentielle puisqu'elle permet à l'employeur de décider seul de réunir le CE et le CHSCT et d'éviter ainsi des consultations successives pour gagner du temps. Ainsi, les questions relevant à la fois des attributions du comité d'entreprise et du CHSCT donnent lieu à un avis unique. Pareillement, le recours à l'expertise sur des sujets relevant des attributions des deux institutions s'effectuera dans le cadre d'une expertise unique, dont un décret doit préciser les modalités. Ces règles

²⁵³² C. trav. art. L. 2323-16 et L. 4612-9.

²⁵³³ C. trav. art. L. 23-101-1.

rationalisent la gestion des compétences de chacune des deux institutions, le dédoublement des réunions pouvant n'être pas dénué d'une certaine artificialité²⁵³⁴.

849. **Place de l'utilisateur** – Trop souvent les outils informatiques sont discutés dans l'entreprise sans prendre en compte l'avis de leurs utilisateurs. « Le pilotage du système d'information ne prend pas suffisamment en compte la notion d'usage et la place centrale qui doit revenir à l'utilisateur »²⁵³⁵. Afin d'améliorer l'intégration des TIC et leur maîtrise dans le monde de l'entreprise, il convient de faire travailler conjointement les utilisateurs directs des TIC, les institutions représentatives du personnel et les directions des ressources humaines lorsqu'un nouveau projet doit être défini ou mis en œuvre. Des formations sont déjà requises pour siéger au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail²⁵³⁶, mais elles pourraient être complétées en définissant un référentiel de compétences numériques afin de les appréhender pleinement. Par ailleurs, ces savoir-être numériques pourraient être déclinés dans les formations des instances représentatives du personnel, tels que : « être acteur d'un changement des pratiques sociales dans une perspective de numérisation durable des métiers » ou « connaître et comprendre les principaux concepts et enjeux du numérique »²⁵³⁷.

III. Négociation avec les syndicats

850. **Anticiper les évolutions** - Comment les partenaires sociaux abordent-ils la question de l'analyse des données, de l'autonomisation, de la robotisation et *in fine* de la disparition programmée des nombreux métiers ? À l'horizon 2025, le numérique pourrait supprimer jusqu'à 3 millions d'emplois en France²⁵³⁸. Pour la première fois, la production de biens matériels n'est plus la seule concernée. Bigdata, digitalisation, machines apprenantes, représentent autant de tendances susceptibles de transformer profondément des activités intellectuelles, de services, qu'on croyait jusqu'ici protégées de l'automatisation. Une telle évolution déstabiliserait en profondeur notre modèle

²⁵³⁴ J. Porta et P. Lokiec, « Droit des relations professionnelles », *D.*, 2015, p. 2340.

²⁵³⁵ FRANCE, T. Klein, D. Ratier, Centre d'analyse stratégique et Direction générale du travail, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, *op. cit.*, p. 224.

²⁵³⁶ C. trav. art. L. 4614-14.

²⁵³⁷ FRANCE et Conseil national du numérique, *Travail, emploi, numérique : les nouvelles trajectoires*, *op. cit.*, p. 166.

²⁵³⁸ Comme toutes les vagues de gains de productivité, la prochaine tendra à accroître les besoins en emploi qualifié au détriment de l'emploi peu qualifié. De manière plus précise, les nouveaux profils valorisés seront différents de ceux que produit le système de formation actuel. Ce dernier sépare fortement les métiers de back-office et technologiques d'une part, de front-office et de relation commerciale d'autre part. Les nouveaux métiers mêleront de manière plus intime ces deux types de capacités. *Les classes moyennes face à la transformation digitale*, *op. cit.*, p. 11.

social. Or, les insuffisances du dialogue social pèsent lourd dans le retard pris par les entreprises françaises. « Rares sont en effet les exemples de dialogue avec les représentants du personnel sur la transformation à venir d'un métier, sur les nouveaux concurrents, sur les menaces, sur les savoir-faire qu'il faut développer, sur les actions à mettre en œuvre, sur l'évolution des principes d'organisation »²⁵³⁹.

851. Exclusivité de la négociation collective - « La loi fut longtemps perçue, tant par la puissance publique que par les interlocuteurs sociaux, comme la mieux à même d'asseoir de manière égalitaire les droits de tous les salariés, tout en les enfermant dans certaines limites. (...) Si l'on s'oriente vers une meilleure reconnaissance du rôle des corps intermédiaires dans la production normative, les voies à travers lesquelles cet objectif pourrait être atteint exigent d'être mûrement réfléchies »²⁵⁴⁰. L'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 consacre l'exercice de la représentation des salariés par les syndicats. Les syndicats professionnels ont vu le jour en tant qu'institution à travers la loi Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884 qui a consacré la liberté syndicale, permettant ainsi aux syndicats de se constituer librement. Aux termes de l'article L. 2132-2 du code du travail, les syndicats professionnels ont l'exclusivité de la négociation collective. Alors que les exemples étrangers montrent qu'un dialogue social de qualité est un facteur clé de la performance économique de l'entreprise ainsi que de sa performance sociale en termes de bonnes conditions de travail²⁵⁴¹, il convient d'appréhender la négociation sur le thème des relations numériques de travail. Les niveaux de négociation (A) se déplacent du secteur national vers l'entreprise qui devient l'espace de négociation privilégié en matière de nouvelles technologies (B).

A. Niveau de négociation

852. Reconnaissance timide des corps intermédiaires - Le droit tente de concilier deux principes antinomiques : celui de l'autonomie des différents niveaux de négociation puisqu'il est possible de négocier de tout (hormis des matières relevant de l'ordre public

²⁵³⁹ FRANCE et P. Lemoine, *La nouvelle grammaire du succès - La transformation numérique de l'économie française*, op. cit., p. 89.

²⁵⁴⁰ M.-A. Souriac et G. Borenfreund, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.*, 2003, p. 72.

²⁵⁴¹ J.-M. Daniel et F. Monlouis-Félicité, *France : la fin du déni ? Compétitivité, ce qu'en pensent les français*, Editions Eyrolles, 2014, p. 209.

absolu) à tous les niveaux ; celui d'une hiérarchisation des normes assurant la cohérence de l'ordre juridique²⁵⁴². La loi de modernisation sociale du 31 janvier 2007 redéfinit ainsi les rapports entre le Gouvernement et les partenaires sociaux en prenant en compte les exigences d'une meilleure concertation préalable et d'une information réciproque. Lorsque le gouvernement souhaite apporter des modifications dans des domaines tels que l'emploi, la formation professionnelle ou les relations individuelles et collectives de travail, il doit, avant toute réforme, mettre en place une procédure de concertation avec les syndicats patronaux et de salariés. Il conviendrait de renforcer le pouvoir des interlocuteurs sociaux au niveau national interprofessionnel, pour qu'ils puissent prendre, s'ils le souhaitent, le relais d'une initiative des pouvoirs publics dans leur champ de compétence²⁵⁴³.

853. **Trois niveaux de négociation** - Notre système de négociation collective se fonde encore très largement sur le contexte économique et social qui prévalait lors de son élaboration. On distingue trois niveaux de négociation donnant lieu à trois types d'accord. « Garant du système, le niveau national interprofessionnel doit assurer une cohérence d'ensemble. La branche joue un rôle structurant de solidarité, d'encadrement et d'impulsion de la négociation d'entreprise à travers l'existence de règles communes à la profession. La négociation d'entreprise permet de trouver et de mettre en œuvre des solutions prenant directement en compte les caractéristiques et les besoins de chaque entreprise et de ses salariés »²⁵⁴⁴.

854. **Expérimentation nationale** – « Avant de parler d'extension du champ de la négociation par rapport aux dispositions existantes du code du travail, il pourrait déjà être posé que les problématiques nouvelles des relations du travail, non encore traitées par le code du travail, soient en priorité traitées par la négociation »²⁵⁴⁵. Comme toute transformation majeure, le numérique comporte des risques qu'il convient d'anticiper, de prévenir, notamment via le dialogue social. De ce point de vue, la régulation des usages des outils numériques dans le nécessaire équilibre vie privée-vie professionnelle est une question centrale. C'est un domaine encore peu régulé par le code du travail, où la négociation collective peut trouver un champ privilégié d'application. L'existence de

²⁵⁴² É. Barriot, « Projet de loi travail : le renvoi à la négociation d'entreprise est généralisé », *Dalloz actualité*, février 2016.

²⁵⁴³ CFTD, MEDEF, CFE-CGC, CGPME, CFTC, UPA, CGT et FO, « Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective ».

²⁵⁴⁴ *Ibid.*

²⁵⁴⁵ FRANCE et J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, *op. cit.*, p. 83.

grandes confédérations syndicales a déjà permis la négociation d'accords collectifs qui ont été une source précieuse d'innovations législatives²⁵⁴⁶, reprises ou étendues par le législateur²⁵⁴⁷. La mission Mettling préconise à ce titre que les partenaires sociaux se saisissent d'une modification de l'accord national interprofessionnel sur le télétravail²⁵⁴⁸ pour viser à autoriser des expérimentations plus en adéquation avec l'état actuel des technologies²⁵⁴⁹.

855. Réflexion sociale et prospective – A partir de ce constat, l'article 57 de loi n° 2016-1088 du 8 août 2016²⁵⁵⁰ prévoit le lancement, avant le 1er octobre 2016, d'une concertation sur le développement du télétravail et du travail à distance avec les partenaires sociaux qui, s'ils le souhaitent, ouvriront une négociation sur le sujet. L'objectif est d'impliquer les partenaires sociaux en amont, afin d'anticiper l'adaptation du droit et de l'organisation du travail, de l'employabilité de développer et d'observer les nouvelles pratiques (télétravail, BYOD, etc.), mais également de faciliter une meilleure acceptabilité de la norme. Afin d'améliorer la représentation de tous les travailleurs, le conseil National du numérique propose d'impulser la création de syndicats représentant les startups et les jeunes entreprises dans les instances du dialogue social (conférence sociale, accords interprofessionnels, Assises de l'Entrepreneuriat, etc.)²⁵⁵¹. S'agissant des très petites entreprises (TPE), ces questions prennent encore plus d'importance car il n'existe pas ici de véritable interlocuteur du côté des salariés²⁵⁵².

856. Branches professionnelles – C'est au niveau de la branche d'activité appelée « branche professionnelle » que se sont définis les premiers accords sociaux²⁵⁵³. L'intérêt de la réglementation conventionnelle est d'assurer une égalisation des conditions de travail dans l'ensemble d'un secteur d'activité et d'éviter ainsi que ne se développe une concurrence inter-entreprises par le coût du travail. À l'heure où les pouvoirs publics

²⁵⁴⁶ Voir par exemple, l'article 17 de l'ANI du 13 juin 2013 : « Promouvoir une gestion intelligente des technologies de l'information et de la communication au service de la compétitivité des entreprises, respectueuse de la vie privée des salariés ». « ANI, 19 juin 2013, relatif à la qualité de vie au travail », *op. cit.*

²⁵⁴⁷ « Arrêté du 30 mai 2006 portant extension de l'accord national interprofessionnel relatif au télétravail ».

²⁵⁴⁸ « ANI, 19 juillet 2005, relatif au télétravail », *op. cit.*

²⁵⁴⁹ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, p. 56.

²⁵⁵⁰ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », *op. cit.* (JO n°0184, 9 août 2016).

²⁵⁵¹ FRANCE, Premier Ministre et Conseil national du numérique, *Ambition numérique : pour une politique française et européenne de la transition numérique*, *op. cit.*, p. 200.

²⁵⁵² FRANCE et J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, *op. cit.*, p. 39.

²⁵⁵³ S. Nadal, « La restructuration des branches professionnelles : réflexions sur une mutation forcée », *Dr. soc.*, 2016, p. 110.

privilégient le « dialogue social » pour la mise en œuvre de leurs politiques d'emploi et favorisent ainsi tant la négociation interprofessionnelle que la négociation d'entreprise, « la branche peine à trouver sa place »²⁵⁵⁴.

857. Champs professionnels - La notion de champs professionnels désigne « des ensembles d'interactions entre membres d'une même communauté professionnelle structurées en positions différenciées et où se définissent des ordres de légitimité »²⁵⁵⁵. Or, dans l'économie numérique, les champs professionnels sont davantage caractérisés par des mouvements itératifs de composition et de recomposition, au gré des évolutions techniques plutôt que par des chemins linéaires²⁵⁵⁶. A mesure que le numérique dévore le monde, on assiste à un glissement d'une logique métiers à de nouvelles logiques professionnelles à travers la convergence des filières (bâtiment, énergie et automobiles sont par exemple en train de s'intégrer à travers le numérique) et de nouvelles formes d'organisation caractérisées par des phénomènes d'externalisation d'activité et des liens hiérarchiques, ainsi que par une coopération entre des salariés relevant de politiques du personnel différenciées²⁵⁵⁷. En définitive, les champs professionnels autrefois considérés comme distincts, sont appelés à trouver une nouvelle modélisation ou à disparaître²⁵⁵⁸.

858. Des syndicats acteurs de la transformation numérique – « Peu à peu, c'est finalement une autre conception du système français des relations professionnelles qui se laisse à voir, système dans lequel la fonction normative exercée par les groupements professionnels à l'égard des entreprises s'entend sur un mode minimaliste »²⁵⁵⁹. Du même coup, la convention collective au niveau de l'entreprise, se révèle sous un jour assez inédit : « elle apparaît comme le vecteur privilégié d'une nouvelle forme d'exercice du pouvoir patronal, plus sophistiquée et plus légitime au moins en apparence, parfois même de nature à accroître l'autorité de l'employeur »²⁵⁶⁰. Au niveau de l'entreprise, les

²⁵⁵⁴ M. Tallard, « Les branches professionnelles sont-elles toujours un lieu pertinent de négociation des normes d'emploi ? », *Dr. soc.*, 2014, p. 212.

²⁵⁵⁵ F. Pichault, B. Rorive et M. Zune, *Etude « TIC et métiers en émergence »*, *op. cit.*, p. 38.

²⁵⁵⁶ En analyse numérique, une méthode itérative est un procédé algorithmique utilisé pour résoudre un problème, par exemple la recherche d'une solution d'un système d'équations ou d'un problème d'optimisation. En débutant par le choix d'un point initial considéré comme une première ébauche de solution, la méthode procède par itérations au cours desquelles elle détermine une succession de solutions approximatives raffinées qui se rapprochent graduellement de la solution cherchée. Les points générés sont appelés des itérés. « Méthode itérative », dans *Wikipédia*, 2015, .

²⁵⁵⁷ Cette porosité inédite est illustrée par des entreprises comme Tesla qui révolutionne à la fois le monde de l'énergie et de l'automobile.

²⁵⁵⁸ S. Nadal, « La fabrique des branches : à propos du rapport « Poisson » », *RDT*, 2009, p. 596.

²⁵⁵⁹ S. Nadal, « La restructuration des branches professionnelles : réflexions sur une mutation forcée », *op. cit.*, p. 110.

²⁵⁶⁰ M.-A. Souriac et G. Borenfreund, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *op. cit.*, p. 72.

organisations syndicales et les IRP doivent acquérir un niveau élevé de connaissances économiques, sociales et stratégiques pour exercer efficacement leur mandat et comprendre les intérêts de l'entreprise. Malheureusement, les représentants syndicaux ne sont pas toujours formés pour appréhender les nouvelles pratiques de travail et les mutations de l'emploi. Les négociations facultatives et obligatoires dans l'entreprise constituent néanmoins autant d'occasions de les sensibiliser et de concentrer sur ces thèmes les moyens d'expertise dont ils disposent. Le Conseil National du Numérique préconise à ce titre que soient développées des formations au numérique dans les entreprises à destination des élus syndicaux avec l'obligation de les réaliser²⁵⁶¹. L'enjeu est d'éviter les blocages, au moment où il devient indispensable de réformer plus rapidement les organisations²⁵⁶². Plus largement, les centrales syndicales ont également un rôle important à jouer pour sensibiliser aux enjeux numériques dans les entreprises les salariés syndiqués. Il s'agit de garantir l'accompagnement de la transformation numérique au sein des entreprises, en complément des formations réalisées par les pôles de formation ou les ressources humaines.

B. Décentralisation de la négociation

859. **Trois grandes négociations obligatoires en entreprise** - La négociation d'entreprise est de plus en plus source de droits pour les salariés. Lorsque la loi renvoie à l'accord d'entreprise, c'est parce qu'elle estime, avec raison, que le niveau le plus approprié de régulation est celui de l'entreprise et de ses salariés²⁵⁶³. Depuis leur création en 1982 dans le cadre des réformes sociales opérées par les lois Auroux, les obligations de négocier dans l'entreprise n'ont pas cessé de se multiplier. Dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur engage chaque année une négociation sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise, l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes et la qualité de vie au travail²⁵⁶⁴.

²⁵⁶¹ De la même manière que les formations au CHSCT comprennent des savoir-être relatifs à la représentation du personnel, des savoir-être numériques pourraient être déclinés dans les instances représentatives du personnel, tels que : « comprendre la stratégie numérique de l'entreprise » ; « être acteur d'un changement des pratiques sociales dans une perspective de numérisation durable des métiers » ; « connaître et comprendre les principaux concepts et enjeux du numérique », etc. FRANCE et Conseil national du numérique, *Travail, emploi, numérique : les nouvelles trajectoires*, *op. cit.*, p. 165.

²⁵⁶² A.-M. Idrac, « Tirer les réformes vers le haut », *Revue Projet*, n° 295, 1 décembre 2006, p. 62.

²⁵⁶³ FRANCE et J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, *op. cit.*, p. 42.

²⁵⁶⁴ Suivant l'article L. 2232-12, la validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des

L'employeur engage également, dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, une négociation tous les trois ans sur la gestion des emplois et des parcours professionnels²⁵⁶⁵. Chacun de ces thèmes de négociation est susceptible de porter un volet numérique.

860. Négociation annuelle sur la rémunération - La négociation annuelle sur la rémunération, le temps du travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise porte sur porte différents objets²⁵⁶⁶. S'agissant du numérique on peut en particulier mettre en exergue « la durée effective et l'organisation du temps de travail », car « aujourd'hui l'éducation, le travail et les loisirs s'entremêlent »²⁵⁶⁷. Au vu de l'intensification de la charge de travail induite par la transformation numérique, il convient d'intégrer par le dialogue social une mesure de la charge de travail plus adaptée que celle du temps de travail²⁵⁶⁸. En effet, les outils numériques, en faisant éclater la frontière entre travail et non travail peuvent apporter de la souplesse dans la gestion du temps en termes d'aménagement de travail mais aussi des contraintes supplémentaires. Un accord entre les partenaires sociaux de l'entreprise peut notamment prévoir des dispositifs de contrôle du temps de travail afin d'appréhender tous les temps correspondant à un travail pour l'entreprise.

861. Égalité professionnelle - La formalisation d'engagements sur les outils numériques avec les syndicats peut se faire dans le cadre des négociations sur l'égalité professionnelle pour s'assurer que les outils numériques ne viennent pas créer des inégalités entre les salariés mais également à travers l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle²⁵⁶⁹. Cette combinaison est logique : le développement du télétravail n'est pas uniquement dû à l'essor de l'informatique et des télécommunications mais aussi à l'exigence des salariés qui veulent concilier la vie professionnelle et la vie de famille²⁵⁷⁰. Il convient ainsi d'appréhender la qualité de vie au travail avec la montée des risques psychosociaux liés aux outils numériques, le travail en mobilité ou plus classiquement le télétravail, dont les conditions de mise en

délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, et à l'absence d'opposition d'une ou de plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants.

²⁵⁶⁵ C. trav. art. L. 2242-1.

²⁵⁶⁶ C. trav. art. L. 2242-5.

²⁵⁶⁷ C. Goldfinger, *Travail et hors-travail : vers une société fluide*, Odile Jacob, 1998, p. 30.

²⁵⁶⁸ Infra. Partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2, I : « la porosité du temps de travail ».

²⁵⁶⁹ C. trav. art. L. 2242-8.

²⁵⁷⁰ L.L. Douarin, « Les chemins de l'articulation entre vie privée et vie professionnelle », *Réseaux*, n° 140, 1 mai 2007, p. 101.

œuvre du travail doivent être précisées dans le cadre d'un accord d'entreprise. La loi n°2016-1088 du 8 août 2016²⁵⁷¹ institue un droit à la déconnexion, applicable à compter du 1er janvier 2018, dont les modalités d'exercice seraient définies dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail. À défaut d'accord, il reviendrait alors à l'employeur de fixer ces modalités qu'il devrait communiquer par tout moyen aux salariés. Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, ces modalités devraient être précisées dans une charte qui serait élaborée après avis du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel. A l'instar d'Areva²⁵⁷², certaines entreprises françaises ont déjà conclu ce type d'accord²⁵⁷³.

862. **Qualité de vie au travail** - Le « brouillage » entre le travail et la vie personnelle soulève des questions quant au rôle intermédiaire qui échoit à la communauté du fait que plusieurs « des problèmes liés à la qualité de vie au travail surgissent aux frontières de ces sphères d'activités, tels la garde des enfants, le transport, le temps de repos, et tous ces autres aspects où les individus se butent à des exigences contradictoires imposées par les différentes dimensions de leur vie professionnelle »²⁵⁷⁴. La place des instances représentatives du personnel est incontournable et importante dans une démarche de prévention et d'amélioration de la qualité de vie au travail. Pour être cohérente et efficace cette démarche doit adopter dans une approche anticipative, en lien avec la stratégie d'entreprise et prenant en compte l'impact humain²⁵⁷⁵. L'importance de ces nouveaux risques psychosociaux « devra s'accompagner d'une vigilance particulière à ce que le dialogue social puisse, au sein de l'entreprise, permettre de définir un cadre de travail ainsi que des pratiques et comportements qui sachent intégrer cet enjeu à l'organisation du travail »²⁵⁷⁶. L'accord d'entreprise relatif au télétravail au sein de Thales du 26 avril 2013 accorde une attention particulière au suivi de l'utilisation des TIC dans l'entreprise en aval de leur mise en place et à l'accompagnement des salariés. Un contrôle est prévu au travers notamment de la réalisation d'audits²⁵⁷⁷.

²⁵⁷¹ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », *op. cit.* (JO n°0184, 9 août 2016).

²⁵⁷² Au delà de l'interdiction de l'envoi des courriels en dehors des heures habituelles de travail, l'accord appelle à ce que les TIC ne deviennent pas le mode habituel de communication d'animation managériale. AREVA, « Accord pour le développement de la qualité de vie au travail du 31 mai 2012 », *op. cit.*

²⁵⁷³ *Infra*. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2, II, B, 2 : « la déconnexion des outils de communication à distance ».

²⁵⁷⁴ C. Brunelle, A. Hayden et G. Murray, « Les systèmes de représentation au travail : à la mesure des réalités contemporaines ? », *op. cit.*, p. 497.

²⁵⁷⁵ H. Landier, « Irritants sociaux et désengagement au travail », *Futuribles*, n° 390, octobre 2012, p. 51.

²⁵⁷⁶ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, p. 54.

²⁵⁷⁷ Extrait de l'accord cadre groupe relatif au télétravail au sein de Thales du 26 avril 2013 : « Afin de s'assurer du respect du droit à la déconnexion, il est prévu localement : la réalisation d'actions d'accompagnement, le soutien par des actions de

863. **Formations au numérique** - Le législateur complète le chapitre du Code du travail relatif aux négociations obligatoires dans l'entreprise par une section 4 intitulée : gestion des emplois et des parcours professionnels²⁵⁷⁸. Il convient de relever combien il est nécessaire de bâtir une GPEC dédiée aux métiers du numérique mais également d'intégrer dans la GPEC les impacts du numérique sur l'ensemble des métiers²⁵⁷⁹. Il est indispensable d'analyser les compétences déficientes soit pour les développer en interne, soit pour recruter. Une politique RH de reconversion peut notamment avoir pour objectif de renforcer la compétitivité des entreprises, l'employabilité et le développement professionnel des salariés quels que soient leurs âges ou leurs niveaux de qualification²⁵⁸⁰. Du fait de l'évolution rapide des technologies, il conviendrait de donner plus de souplesse à la négociation pour diminuer l'incertitude sur la GPEC. De ce point de vue, la négociation triennale n'apparaît d'ailleurs plus pertinente et pourrait être annualisée. On peut également regretter que le texte ne s'applique pas aux PME qui sont souvent moins armées pour affronter les mutations économiques et technologiques. Encourager les entreprises à anticiper l'évolution des métiers, des emplois et leurs besoins en ressources humaines pourraient constituer un avantage compétitif pour les entreprises françaises²⁵⁸¹.

864. **Liberté de négocier** - En dehors des négociations annuelles et triennales obligatoires, employeurs et syndicats ont toute liberté pour négocier sur des thèmes qu'ils choisissent. La négociation d'entreprise apparaît comme un levier essentiel au service de la compétitivité des entreprises. Elle peut notamment permettre de réguler l'utilisation des outils numériques, clarifier la question de l'imputabilité en cas d'accident du travailleur à distance, intégrer le paramètre numérique dans la mesure et la prévention des risques professionnels. Il pourrait également « être donné aux chefs d'entreprise en pointe dans l'économie digitale, la responsabilité, avec leurs salariés et syndicats, d'innover en la matière et d'inventer, à titre expérimental et dérogatoire, de nouveaux modes de relations sociales. Une loi pourrait prévoir, en l'encadrant, cette

formation / sensibilisation des salariés et du management concernés par l'utilisation des TIC, il a été ou sera adressé à l'ensemble des salariés une note relative à l'utilisation de ces nouvelles technologies (...) la direction pourra proposer à la Commission Centrale Qualité de Vie au Travail pendant la durée de cet accord, un audit sur l'usage des TIC. Les éléments constitutifs de cet audit seront discutés avec la Commission Centrale Qualité de Vie au Travail ».

²⁵⁷⁸ C. trav. art. L. 2242-13.

²⁵⁷⁹ F. Kerlan, *Guide pour la GPEC : Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences*, Editions Eyrolles, 2012, p. 5.

²⁵⁸⁰ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, op. cit., p. 45.

²⁵⁸¹ D. Fayon et M. Tartar, *Transformation digitale : 5 leviers pour l'entreprise*, Pearson, 2014, p. 115.

expérimentation en donnant la faculté à un ou deux secteurs volontaires, bien définis économiquement et socialement et directement concernés par le digital d'ouvrir des négociations. Les innovations, qui concerneraient tant la méthode que le fond, pourraient ensuite infuser dans de nombreux autres secteurs où l'utilisation du numérique se généralise également »²⁵⁸². Les compromis entre intérêts des entreprises et des salariés, qui naissent du dialogue social doivent permettre non seulement de mieux concilier efficacité économique et protection du travailleur, mais encore d'améliorer le climat social qui est un facteur économique essentiel. Une telle construction du droit du travail suppose un accroissement du taux de syndicalisation, une représentativité effective de 50 % pour que l'accord soit celui de la majorité du personnel, des règles de conduite de la négociation substantielles favorisant équilibre des pouvoirs, comportement loyal et exécution de bonne foi²⁵⁸³.

865. **Accords de méthode** - C'est en améliorant son fonctionnement et sa qualité au plus près du terrain qu'on peut espérer parvenir à sortir les relations sociales françaises de leur situation de blocage permanent. Plutôt que des discussions « à chaud », menées dans les pires conditions, les partenaires sociaux (direction, représentants du personnel, mais également management intermédiaire et collaborateurs) pourraient formuler ensemble des « accords de méthode », fixant des agendas précis et opposables de mesures visant à améliorer le climat social. De tels agendas auraient vocation à faire partie, au même titre que les objectifs financiers, de la stratégie et de la vision globale de l'entreprise, et à être portés, au premier chef, par le dirigeant, le conseil d'administration, les IRP et les organisations syndicales²⁵⁸⁴.

866. **Plateforme nationale** – Plus largement, il convient d'encourager tous les salariés et les instances représentatives du personnel à développer des réflexions prospectives sur les questions de bien-être au travail, l'évolution des métiers et des compétences à l'heure du numérique et à contribuer en ce sens à la stratégie numérique des entreprises²⁵⁸⁵. La création d'une plateforme nationale des travaux sur les pratiques existantes, avec un versant numérique grand public, pourrait être envisagée. « *A fortiori*

²⁵⁸² FRANCE et J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, op. cit., p. 88.

²⁵⁸³ J. Barthélémy, « Vers un droit du travail plus conventionnel et moins réglementaire ? », *Le mensuel Barthélémy*, n° 8, octobre 2015, p. 1.

²⁵⁸⁴ F. Monlouis-Félicité et R. Lucazeau, « Performance économique et dialogue social : l'entreprise en première ligne », *Sociétal*, n° 79, semestre 2013, p. 30.

²⁵⁸⁵ FRANCE, Premier Ministre et Conseil national du numérique, *Ambition numérique : pour une politique française et européenne de la transition numérique*, op. cit., p. 200.

au temps des TIC, tout salarié doit avoir un accès simple et direct aux accords collectifs qui lui sont applicables »²⁵⁸⁶. Afin de rendre le dialogue social des entreprises plus transparent, l'article 16 de la loi du 8 août 2016²⁵⁸⁷ intitulé originellement « un dialogue social adapté à l'ère du numérique » prévoit astucieusement la création d'un nouvel article L. 2231-5-1 relatif à la publicité des accords. Il est ainsi rédigé : « Les conventions et accords de branche, de groupe, interentreprises, d'entreprise et d'établissement sont rendus publics et versés dans une base de données nationale, dont le contenu est publié en ligne dans un standard ouvert aisément réutilisable. Après la conclusion de la convention ou de l'accord, les parties peuvent acter qu'une partie de la convention ou de l'accord ne doit pas faire l'objet de la publication prévue au premier alinéa. Cet acte, ainsi que la version intégrale de la convention ou de l'accord et la version de la convention ou de l'accord destinée à la publication, sont joints au dépôt prévu à l'article L. 2231-6. A défaut d'un tel acte, si une des organisations signataires le demande, la convention ou l'accord est publié dans une version rendue anonyme, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État ». Dans l'environnement numérique, la transparence devient une requête impérieuse, où elle est souvent associée à la libre circulation des idées, à la fin de l'opacité et du règne du secret²⁵⁸⁸. Ce dispositif simple pourrait permettre d'enrichir le dialogue social par « capillarité horizontale » en permettant aux entreprises de s'inspirer mutuellement.

867. L'expression oubliée des salariés – Finalement, *quid* de l'expression des salariés dans l'entreprise ? Il existe un risque de divergence de plus en plus grand entre le caractère collectif de l'accord et le besoin d'individualisation des conditions de travail de la part des jeunes générations. Cela implique une réflexion sur le contenu des accords qui devraient ouvrir des dispositifs individualisés ou individualisables plutôt que de poser systématiquement des règles uniformes²⁵⁸⁹. La négociation peut apparaître en voie de « ringardisation » tant par son contenu qui ne fait pas suffisamment place à l'individuel que par son mode collectif d'élaboration. « On imagine difficilement que les salariés d'une entreprise prennent part, dans leur ensemble, à l'élaboration de la stratégie qui la prend pour objet. Selon un schéma classique et, surtout, les prescriptions de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, cette participation des salariés se

²⁵⁸⁶ FRANCE et J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, op. cit., p. 66.

²⁵⁸⁷ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », op. cit. (JO n°0184, 9 août 2016).

²⁵⁸⁸ I. Compiègne, *La société numérique : la société numérique en question(s)*, Sciences Humaines, 2011, p. 81.

²⁵⁸⁹ FRANCE et J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, op. cit., p. 40.

réalisera par l'intermédiaire de leurs délégués »²⁵⁹⁰. Pourtant, la performance et l'innovation font appel à l'intelligence collective des salariés. Comme le soulignent fort justement les auteurs du rapport « *Bien-être et efficacité au travail* », les espaces de discussion et d'autonomie dans le travail tendent à se réduire alors même que « tout salarié veut être efficace et utile, c'est ce qui donne du sens et de la fierté à son travail. Il est souvent le mieux placé pour identifier les dysfonctionnements et proposer des pistes d'amélioration de l'efficacité »²⁵⁹¹. En pratique, un nombre très faible d'accords organise l'expression des salariés en dépit d'un engagement fort de l'ANI sur le stress au travail : « donner à tous les acteurs de l'entreprise des possibilités d'échanger à propos de leur travail »²⁵⁹². Certains accords ont repris ce propos mais, sans autres précisions. Il s'agit pourtant d'un axe structurant qui devrait être exploré à la fois lors du diagnostic par la participation directe des salariés et dans le programme d'actions selon des modalités qui devraient être définies pour le rendre opérationnel²⁵⁹³. Afin que l'entreprise ne redevienne pas « le lieu du bruit des machines et du silence des hommes »²⁵⁹⁴, il convient de développer l'expression des salariés sur leurs conditions de travail. A l'instar de Jean Auroux, le CESE propose de « réactiver le droit d'expression des salariés afin qu'il s'exerce prioritairement sur l'évaluation des risques professionnels, notamment des risques psychosociaux, et la mise en œuvre d'actions destinées à réduire ces risques »²⁵⁹⁵. Pour cela, chaque salarié pourrait notamment disposer d'un quota d'heures d'expression, par an et par salarié. Ce droit d'expression qui pourrait être comptabilisé comme du temps de travail, pourrait alors être utilisé pour débattre en ligne ou en présentiel, de son travail avec ses collègues, les prestataires, l'encadrement, les IRP et la médecine du travail sur des questions relatives à la qualité de vie au travail. « Avec le numérique, l'heure est venue de développer des processus décisionnels plus ouverts et partagés afin de mobiliser la créativité collective autour des enjeux de plus en plus complexes de l'entreprise »²⁵⁹⁶. Le défi est de rompre avec une vision de l'expertise verticale et cloisonnée et de développer des pratiques de co-construction des politiques de l'entreprise intégrant l'ensemble des acteurs de l'entreprise numérique.

²⁵⁹⁰ G. Auzero, « La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise », *op. cit.*, p. 1006.

²⁵⁹¹ FRANCE et H. Lachmann, *Bien-être et efficacité au travail - 10 propositions pour améliorer la santé psychologique au travail*, *op. cit.*, p. 8.

²⁵⁹² « ANI, 2 juillet 2008, sur le stress au travail », *op. cit.*

²⁵⁹³ FRANCE et Direction Générale du Travail, *Risques psychosociaux : synthèse des accords signés dans les entreprises de plus de 1000 salariés*, Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé, 2011, p. 5.

²⁵⁹⁴ Jean Auroux, ancien ministre du Travail, entretien réalisé par l'auteur en juillet 2014. M. Vakaloulis, *Le comité d'entreprise de demain*, Éditions de l'Atelier, 2015, p. 23.

²⁵⁹⁵ S. Brunet, *La prévention des risques psychosociaux*, *op. cit.*, p. 6.

²⁵⁹⁶ FRANCE, Premier Ministre et Conseil national du numérique, *Ambition numérique : pour une politique française et européenne de la transition numérique*, *op. cit.*, p. 98.

868. Conclusion - L'introduction de nouvelles technologies est un aspect de la stratégie de l'entreprise pour accroître sa compétitivité et sa valeur, ce qui explique qu'une fois qu'elles ont déterminé leur « business model » (choix de l'orientation technologique et identification du potentiel de création de valeur porté par les investissements), les directions sont pressées de mettre en œuvre leur projet. Or, il y a là une autre source de difficultés opérationnelles car le parcours juridique de la mise en œuvre du projet d'introduction d'une nouvelle technologie est lent, comme comportant certaines étapes et délais incompressibles principalement au travers de la consultation du comité d'entreprise et du CHSCT²⁵⁹⁷. Même si les tribunaux ont dégagé un certain nombre de principes, l'absence de définition législative de ces notions qui conditionnent les projets de l'employeur peut constituer une source d'insécurité. Dès lors que l'appréciation de ces notions doit se faire de manière concrète, c'est à dire par référence à l'entreprise dans laquelle les nouvelles technologies vont être implémentées, l'obligation d'informer et consulter les instances représentatives compétentes est soumise, en interne, à l'appréciation subjective des personnes habilitées et au final, en cas de contestation, à l'appréciation souveraine des tribunaux. La différence de culture numérique entre le juriste et le responsable des systèmes d'information, entre les syndicats et la direction, est susceptible d'alimenter les contentieux. Il est nécessaire que les différents acteurs de l'entreprise partagent une culture numérique commune. Il serait par ailleurs judicieux d'introduire de nouvelles formes de consultation des salariés qui sont les premiers concernés par la transformation de l'environnement de travail.

Section 2 Modalités de la consultation

869. Complexité des organisations numériques – « Une des faiblesses de notre code du travail est de regarder la cellule de base du droit du travail qu'est l'entreprise comme un ensemble stable et permanent »²⁵⁹⁸. Les technologies de l'information ont modifié la structure et la complexité des organisations²⁵⁹⁹. Les entités ont à la fois la capacité et le besoin d'avoir accès à plus d'informations pour appréhender les mutations. Mais cette

²⁵⁹⁷ L. Boncourt, « L'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise dans le nouveau Code du travail », *op. cit.*, p. 3.

²⁵⁹⁸ FRANCE et J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, *op. cit.*, p. 60.

²⁵⁹⁹ B. Ménard, *L'entreprise numérique*, CIGREF, nuvis, 2012, p. 19.

inflation documentaire rend également l'appréhension intellectuelle des informations plus difficile pour les individus²⁶⁰⁰. De nouveaux droits sont accordés aux représentants du personnel afin de les aider dans leur compréhension de la situation économique et sociale de l'entreprise²⁶⁰¹. Les institutions représentatives du personnel peuvent notamment se faire assister par des experts pour concevoir toutes les dimensions relatives au numériques dans les organisations (I). Pour faire face à l'inflation documentaire et gagner du temps, le législateur a également prévu la mise d'une base de données unique (II).

I. Les experts numériques des IRP

870. **L'expertise technologique** – Dans un environnement en perpétuelle mutation, l'expert est un acteur indispensable au dialogue social. Il est supposé rendre simple ce qui est complexe, aider à comprendre les processus de décision au sein de l'entreprise et permettre de cerner des aspects parfois négligés par le management. Afin de mieux appréhender les informations qui leurs sont transmises²⁶⁰², les élus CE des entreprises d'au moins 300 salariés se sont vu accorder, dès 1982, la possibilité de solliciter un expert en technologie, lorsque leur instance est informée et consultée au sujet d'un « projet important d'introduction de nouvelles technologies susceptible d'avoir des conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail du personnel ». Parallèlement est créé un droit de recours aux experts par le CHSCT. En matière numérique, le recours à l'expertise peut permettre d'identifier les dysfonctionnements et les conséquences de la mise en œuvre des systèmes informatiques sur conditions de travail. L'expertise numérique se situe sur deux frontières à la fois technologique et sociale. Les experts peuvent être tout aussi bien des psychologues, des sociologues que des informaticiens. Les TIC n'engendrent pas de « nouvelles » pratiques d'expertise dans l'entreprise mais, en raison de leurs

²⁶⁰⁰ S. Tietse, « De la médiation documentaire à la navigation numérique : vers une modélisation du comportement informationnel des médecins en contexte hospitalier », dans Christiane Volant (dir.), *L'information dans les organisations : dynamique et complexité*, Tours, Presses universitaires François-Rabelais, coll. « Perspectives Villes et Territoires », 2013, p. 235.

²⁶⁰¹ C. Frouin, « Aspects stratégiques et opérationnels de la loi Rebsamen », *LPA*, n° 256, 24 décembre 2015, p. 4.

²⁶⁰² P. Cristofalo, « Dynamiques et limites de l'autonomisation de l'expertise auprès des CHSCT », *La Revue de l'Ires*, n° 74, 1 septembre 2012, p. 127.

caractéristiques, révèlent et renforcent le besoin d'identité et de légitimité de l'expertise technologique et sociale tant auprès du CE (A) que du CHSCT (B)²⁶⁰³.

A. L'expertise numérique auprès du comité d'entreprise

871. **Cas de recours** - En matière informatique, le comité d'entreprise peut recourir à l'expertise afin de connaître les coûts du projet et ses bénéfices attendus, les impacts sur l'emploi et, en cas de risques, les conséquences pour la pérennité de l'entreprise. Mais les conditions de recours à l'expert vont dépendre de la nature des missions qui sont confiées au comité. Les premiers interviennent pour des missions institutionnelles : ce sont l'expert-comptable et l'expert technique (1). Leurs pouvoirs d'investigation sont larges, aussi bien à l'égard des documents que des locaux auxquels ils ont accès, et leur rémunération est acquittée par l'entreprise. Les seconds interviennent pour des missions strictement contractuelles, pour aider le comité dans la préparation de ses travaux (2).

1) L'expert technique

872. **Expertise technique** - La communication de dossiers solides et complets par l'employeur est un atout essentiel pour que les membres du comité d'entreprise puissent pleinement tenir leur rôle²⁶⁰⁴. Mais le législateur a voulu renforcer les moyens d'information du comité d'entreprise en multipliant les occasions de saisir un expert dans le cadre des procédures d'information-consultation²⁶⁰⁵. Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, le comité d'entreprise peut recourir à un expert technique à l'occasion de tout projet important dans les cas énumérés aux articles L. 2323-29 (tout projet important d'introduction de nouvelles technologies susceptibles d'avoir des conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail) et L. 2323-30 (lorsque l'employeur envisage de mettre en œuvre des mutations technologiques importantes et rapides)²⁶⁰⁶. Il convient de souligner que le seuil de 300 salariés apparaît toutefois comme une condition sans rapport avec les enjeux de l'expertise nécessaire pour prendre en compte les différents enjeux

²⁶⁰³ P.-Y. Verkindt, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles pratiques d'expertise », *Dr. soc.*, 2002, p. 54.

²⁶⁰⁴ Q. Urban, « Comité d'entreprise (Rôle et attributions en matière économique) », dans *Rép. trav.*, 2014, .

²⁶⁰⁵ D. Jourdan et M. Morand, « Les experts du comité d'entreprise, les experts du CHSCT », *op. cit.*, p. 53.

²⁶⁰⁶ C. trav. art. L. 2325-38.

(économiques, techniques, juridiques, sociaux, etc.) qui peuvent être concomitant à l'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise. Par ailleurs, le moment du recours à l'expert en technologie doit correspondre à la date à laquelle le projet d'introduction des technologies est suffisamment élaboré. Le fait que l'employeur ait demandé à un cabinet d'expertise d'étudier un projet ne suffit pas à établir l'existence d'un tel projet²⁶⁰⁷.

873. Obligations de secret et de discrétion - L'expert en technologie est tenu aux obligations de secret et de discrétion, définies à l'article L. 2325-5 du Code du travail : « Les membres du comité d'entreprise sont tenus au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication. Les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur ».

874. Étendue de la mission - L'étendue de la mission confiée à l'expert est fonction de la nature et de l'importance du projet, mais également des points sur lesquels le comité souhaite être éclairé, qu'il s'agisse des aspects strictement techniques du projet ou de ses conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail du personnel²⁶⁰⁸. Le Code du travail, comme la jurisprudence, ne sont pas très expansifs sur le contenu ou les modalités d'exécution de la mission de l'expert technique. Afin de pallier tout conflit entre la direction et le comité d'entreprise, il est fortement recommandé de déterminer dès le départ dans l'accord : le contenu de la mission, les modalités d'accès à l'entreprise et aux lieux nécessaires à la réalisation de la mission, les informations fournies à l'expert, l'établissement obligatoire d'un rapport, les dates du terme de la mission et de remise du rapport d'expertise, les honoraires de l'expertise. Le Code du travail ne prévoit pas la possibilité, pour l'expert technique, de s'entretenir, dans le cadre de sa mission, avec les membres du personnel de l'entreprise. S'il souhaite prendre contact avec des salariés parce qu'il l'estime utile pour sa mission, il doit préalablement demander l'autorisation à l'employeur. Il s'agit d'une limite importante à l'exercice de sa mission qui recouvre une dimension humaine importante. Enfin, lorsque les honoraires de l'expert n'ont pas été fixés dès l'origine, l'employeur

²⁶⁰⁷ Cass. soc., 3 mars 1988, pourvoi n°86-12.762, Bull. civ., V, n°152.

²⁶⁰⁸ D. Jourdan et M. Morand, « Les experts du comité d'entreprise, les experts du CHSCT », *op. cit.*, p. 66.

peut contester, après achèvement de la mission, le montant réclamé. Le président du tribunal de grande instance tranche et fixe, en tant que juge du fond, le montant des honoraires²⁶⁰⁹.

2) *L'expert libre*

875. L'expert libre – Suivant l'article L. 2325-41 du code du travail, le comité d'entreprise peut faire appel à tout expert rémunéré par ses soins pour la préparation de ses travaux. Sa mission s'inscrit dans le cadre des fonctions exercées par le comité en matière économique, professionnelle et sociale. Contrairement à l'expert-technique qui dispose de pouvoirs d'investigation élargis, l'expert libre a accès uniquement aux documents détenus par le comité d'entreprise et au local de ce dernier. Néanmoins, un usage ou un accord collectif peut prévoir un accès à d'autres locaux.

876. Contenu de la mission - Aucune condition n'est exigée de l'expert choisi par le comité pour l'aider dans la préparation de ses travaux. Il peut s'agir de toute personne ayant une compétence particulière dans les domaines où il aura à intervenir. La mission de l'expert libre doit simplement s'inscrire dans le cadre des fonctions exercées par le comité en matière économique et professionnelle, telles que ces fonctions sont définies par le code du travail. La mission de l'expert est toutefois conditionnée par la capacité de l'institution à financer sa rémunération sur le seul budget de fonctionnement²⁶¹⁰.

B. L'expertise numérique auprès du CHSCT

877. Cas de recours - Pour étudier les risques relatifs aux TIC (surcharge de travail, transferts de charge, impacts sur les métiers, conséquences sur l'autonomie et les RPS), le CHSCT peut faire appel à titre consultatif et occasionnel au concours de toute personne de l'établissement qui lui paraîtrait qualifiée. Parallèlement au recours aux compétences internes de l'entreprise, le CHSCT peut, tout comme le comité d'entreprise, faire appel à un expert extérieur pour l'aider dans l'exercice de ses missions.

²⁶⁰⁹ Cass. soc., 15 janv. 2013, pourvoi n°11-19.640, Bull. civ., V, n°12.

²⁶¹⁰ D. Jourdan et M. Morand, « Les experts du comité d'entreprise, les experts du CHSCT », *op. cit.*, p. 75.

878. **Concours consultatif et occasionnel** - Le CHSCT peut faire appel à titre consultatif et occasionnel au concours de toute personne de l'établissement qui lui paraîtrait qualifiée²⁶¹¹. La circulaire n° 93-15 du 25 mars 1993 relative à l'application de la loi sur les CHSCT indique : « A ce titre, le responsable de la formation, le conseiller du travail, l'assistant de service social, l'infirmière du travail ont chacun dans leur domaine de compétence, un rôle utile et positif d'information et de conseil à jouer et le comité peut avoir intérêt à s'entourer de leurs avis, en tant que de besoin, pour régler telle ou telle question particulière »²⁶¹². S'agissant de l'incidence d'un projet informatique la présence d'un chef de projet informatique mais également d'un panel d'utilisateurs est plus que souhaitable.

879. **Conditions d'intervention** - Deux conditions s'imposent. Tout d'abord, la personne invitée doit appartenir à l'établissement. Ainsi, le CHSCT ne saurait inviter un délégué syndical ou un salarié appartenant à un autre établissement de l'entreprise. L'invitation d'une personne extérieure à l'établissement n'est cependant pas interdite, elle doit simplement faire l'objet d'un accord entre la délégation du personnel et le président du CHSCT. Ensuite, la personne invitée doit « paraître qualifiée » au CHSCT²⁶¹³. Cette seconde condition doit être appréciée largement. En effet, le comité est seul juge de cette « qualification » ; l'employeur ne peut pas refuser la présence de la personne invitée en invoquant son défaut de qualification. Du moment que la décision de recours à ces personnes qualifiées est prise régulièrement, ne pas les convoquer constitue le délit d'entrave²⁶¹⁴. En outre, le CHSCT peut également s'appuyer sur les autres instances représentatives du personnel tels que les délégués du personnel ou le comité d'entreprise qui peuvent agir dans le cadre de leurs compétences propres.

II. La base de données économiques et sociales

880. **Socle du dialogue social** - La base de données économiques et sociales (BDES), également désignée sous le terme de base de données unique (BDU), constitue le socle du dialogue social. Elle a été imaginée par les partenaires sociaux signataires de l'accord

²⁶¹¹ C. trav. art. L. 4612-8-2.

²⁶¹² Art. 3.2 « Circulaire n° 93-15 du 25 mars 1993 relative à l'application de la loi sur les CHSCT » p. 15.

²⁶¹³ J.-B. Cottin, *Le CHSCT*, Wolters Kluwer France, 2010, p. 20.

²⁶¹⁴ *Cass. crim.*, 23 avr. 1981, pourvoi n°80-92.095, *Bull. crim.* 1981, n°119.

national interprofessionnel du 11 janvier 2013²⁶¹⁵. L'ensemble des données économiques et sociales que l'entreprise a l'obligation de communiquer, dans le cadre du dialogue social, aux différentes instances représentatives du personnel doivent désormais être mises à disposition dans la BDES. Il convient d'apprécier ses conditions de mise en œuvre (A) et les différents enjeux autour de cet outil au service du dialogue social (B).

A. Mise en œuvre

881. **Entreprises concernées** - Depuis le 1^{er} janvier 2016, la base de données économiques et sociales (BDES) est régie par les articles L. 2323-8 et L. 2323-9 du Code du travail. Afin de définir les modalités de mise en place de la base de données économiques et sociales, le Ministère du travail a publié une circulaire (DGT 2014/1) en date du 18 mars 2014²⁶¹⁶. La mise en place de la BDES est obligatoire pour les entreprises dont l'effectif est de plus de 50 salariés. Dans le cas d'une entreprise à établissements multiples, les effectifs sont calculés dans l'ensemble de l'entreprise, et non par établissement. La BDES comprend alors toutes les données collectées au niveau de l'entreprise, et non par établissement²⁶¹⁷.

882. **Niveau de mise en œuvre** – « À l'heure où la complexité des entités à structures multiples se confond entre les sites, les établissements distincts au sens de la mise en place des IRP, les filiales, les *business-unit*, etc., la stratégie de négociation du niveau de mise en place de la base de données est primordiale »²⁶¹⁸. Les groupes d'entreprises ne sont pas tenus de créer une base de données unique spécifique au groupe. Sans préjudice de l'obligation de mise en place d'une base de données économiques et sociales au niveau de l'entreprise, une convention ou un accord de groupe peut toutefois prévoir la constitution d'une base de données au niveau du groupe²⁶¹⁹. L'avantage est pour les représentants du personnel d'avoir une vision plus globale en ayant accès aux informations périodiques communiquées aux comités d'entreprise des autres sociétés du groupe. La convention ou l'accord devra alors déterminer précisément les personnes

²⁶¹⁵ « ANI, 11 janvier 2013, pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés ».

²⁶¹⁶ « Circulaire DGT 2014/1, 18 mars 2014, relative à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise. »

²⁶¹⁷ C. trav. art. R 2323-1-6.

²⁶¹⁸ P. Vivien et A.-L. Francis, « La base de données économiques et sociales : quels choix pour l'entreprise ? », *JCP S*, n° 14, avril 2014, p. 1134.

²⁶¹⁹ C. Frouin, « Fiche pratique 1 : L'information-consultation du comité d'entreprise », *Gaz. Pal.*, n° 321, 17 novembre 2015.

ayant accès à cette base ainsi que les modalités d'accès, de consultation et d'utilisation de celle-ci²⁶²⁰.

883. Destinataires et contenus - La BDES rassemble un ensemble d'informations que l'employeur met à la disposition des DS, du CE et, à défaut, des DP, ainsi que du CHSCT²⁶²¹. La BDES regroupe donc l'ensemble des rapports et informations transmis de manière récurrente au CE et au CHSCT. Seuls lui restent extérieurs les documents à remettre lors de consultations ponctuelles. À ce titre, dans les entreprises d'au moins 300 salariés, les informations trimestrielles, considérées comme ponctuelles, ne figurent pas obligatoirement dans la BDES et doivent faire l'objet d'un envoi particulier²⁶²². Le contenu de la BDES peut toutefois être complété par un accord d'entreprise, de branche ou de groupe. L'article L. 2323-8 du Code du travail, offre une liste des thèmes devant être abordés par la BDES. Le contenu de ces informations sera déterminé par un décret en Conseil d'État et peut varier selon que l'entreprise compte plus ou moins de 300 salariés²⁶²³. Dans les entreprises de 300 salariés et plus, la BDES intègre également les « données du bilan social » qui disparaît donc en tant que rapport²⁶²⁴. Par ailleurs, le contenu des informations à mettre à la disposition du CE dans la BDES lors de chacune des trois consultations périodiques est précisément défini par le code du travail²⁶²⁵. Enfin, la base est enrichie d'un volet consacré à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes reprenant l'ensemble des informations qui figurent actuellement dans le rapport de situation comparée²⁶²⁶. L'introduction de ces informations sur l'égalité professionnelle dans la BDES s'inscrit dans un mouvement plus large de suppression de rapports ou de bilans récurrents et dans la consultation annuelle récurrente relative à la politique sociale de l'entreprise, aux conditions de travail et à l'emploi. « La rationalisation de la mise à disposition d'informations est patente mais

²⁶²⁰ Les représentants du personnel de la société A n'ont pas nécessairement à avoir accès à des informations transmises au sein de la société B dans la mesure où la consultation sur les orientations stratégiques se déroule au niveau de l'entreprise. P. Vivien et A.-L. Francis, « La base de données économiques et sociales : quels choix pour l'entreprise ? », *op. cit.*, p. 1134.

²⁶²¹ C. trav. L. 2323-8, ancien L. 2323-7-2

²⁶²² C. trav. art. L. 2323-60.

²⁶²³ C. trav. art. L. 2323-8, L. 2323-14 et L. 2323-19.

²⁶²⁴ C. trav. art. L. 2323-20.

²⁶²⁵ C. trav., art. L. 2323-13, L. 2323-17 et L. 2323-20.

²⁶²⁶ C. trav. art. L. 2323-8 : « 1° bis Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de l'entreprise : diagnostic et analyse de la situation respective des femmes et des hommes pour chacune des catégories professionnelles de l'entreprise en matière d'embauche, de formation, de promotion professionnelle, de qualification, de classification, de conditions de travail, de sécurité et de santé au travail, de rémunération effective et d'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle, analyse des écarts de salaires et de déroulement de carrière en fonction de l'âge, de la qualification et de l'ancienneté, évolution des taux de promotion respectifs des femmes et des hommes par métiers dans l'entreprise ».

l'aspect synthétique qu'offrait l'existence de rapports n'était pas sans avantage au regard de la compréhension immédiate de l'information »²⁶²⁷.

884. **Accès à la base et support** - L'employeur a la charge de concevoir, élaborer, mettre en place et maintenir à jour la BDES, et en définir les modalités d'accès, de consultation, d'utilisation et d'actualisation. La BDES, peut être établie sur support papier ou électronique²⁶²⁸. Le support électronique est toutefois à privilégier, la BDES devant être accessible en permanence²⁶²⁹. « Cette notion de disponibilité permanente des informations devant être transmises de manière récurrente aux comités d'entreprise est particulièrement importante car elle vise à rompre avec une transmission d'informations souvent vécue par les élus et les employeurs comme trop formelle et pas assez dynamique au regard du rythme des évolutions au sein des entreprises. La notion de permanence imposée par la loi ne peut toutefois s'entendre comme une obligation pour toutes les entreprises de rendre la base de données accessible aux élus 24 h/24 et 7 jours sur 7 »²⁶³⁰. Il est donc parfaitement possible d'imaginer stocker les documents dans une pièce mise à la disposition des représentants du personnel, mais le procédé peut aussi se retourner contre l'employeur. Suivant la circulaire du 18 mars 2014 l'approche consistant à regrouper purement et simplement les documents transmis au comité d'entreprise de manière récurrente dans une pièce (physique ou informatique) est insuffisante. En effet, toutes les informations mises à la disposition des élus de manière récurrente doivent être réparties entre les différentes rubriques de la BDES, rubriques définies aux articles R 2323-1-3 et R 2323-1-4 du Code du travail, « de la façon qui soit la plus pertinente possible pour faciliter leur exploitation et leur appropriation par les élus ». Il est donc nécessaire d'extraire les informations des documents remis périodiquement au comité d'entreprise pour les classer dans la rubrique de la BDES prévue à cet effet. Le support informatique apparaît en pratique beaucoup plus adapté pour répondre à ces contraintes. De nombreux prestataires proposent désormais des bases de données en ligne configurables par l'entreprise²⁶³¹. Les droits de consultations sont attribués automatiquement aux représentants du personnel, jusqu'à la date de fin de mandat. Pour accéder plus facilement aux informations, les documents peuvent être

²⁶²⁷ C. Neau-Leduc, « Information et consultation du comité d'entreprise : une refonte sensible », *Les Cahiers Sociaux*, n° 281, janvier 2016, p. 51.

²⁶²⁸ C. trav. art. R. 2323-1-7.

²⁶²⁹ C. Frouin, « Base de données unique : approche pratique », *Gaz. Pal.*, n° 171, 25 mars 2014, p. 19.

²⁶³⁰ « Circulaire DGT 2014/1, 18 mars 2014, relative à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise. », *op. cit.*

²⁶³¹ On peut par exemple citer la société Altays <http://www.altays.com/bdes/fr>.

organisés selon des rubriques triées par date et accessibles dans le calendrier des séances. Un moteur de recherche peut également permettre de faire des recherches par mot-clé, y compris dans les documents scannés.

885. Confidentialité et droit d'accès - La protection des informations confidentielles intégrées dans la BDES est l'un des enjeux majeurs pour les entreprises. *A priori*, tout utilisateur de la BDES doit respecter une obligation de discrétion. Le législateur a expressément soumis les représentants du personnel et les délégués syndicaux ayant accès à la BDES à une obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel²⁶³². Toutefois, les informations figurant dans la base de données qui revêtent un caractère confidentiel doivent être présentées comme telles par l'employeur, qui doit indiquer la durée de leur caractère confidentiel²⁶³³. Par ailleurs, pour les entreprises qui mettent la BDES sur support informatique, il est nécessaire de vérifier les règles mentionnées dans la charte informatique de l'entreprise et s'assurer que cette charte a bien été intégrée au règlement intérieur de l'entreprise. La charte pourra en particulier préciser son accessibilité, les moyens pour y accéder, le droit ou non de faire des impressions, des photocopies, les mesures de sécurité mises en place, etc. L'établissement d'une telle charte et sa signature par les salariés ayant accès à la BDES peut contribuer à renforcer leur engagement.

886. Informations confidentielles - Si trop d'informations sont déclarées comme telles, les informations réellement confidentielles risquent d'être disqualifiées. L'information donnée aux membres du comité d'entreprise doit non seulement être déclarée confidentielle par l'employeur mais encore être de nature confidentielle, au regard des intérêts légitimes de l'entreprise, ce qu'il appartient à l'employeur d'établir²⁶³⁴. Par ailleurs, la pratique montre qu'il est souvent difficile d'identifier la source d'une fuite d'information. Une fois l'information confidentielle divulguée, les sanctions prévues ne sont pas en mesure de résoudre le préjudice réel subi par l'entreprise²⁶³⁵. Si la qualité du dialogue social au sein de l'entreprise y est propice, il est préférable d'associer les représentants du personnel et les délégués syndicaux à la démarche de mise en place et de suivi de la BDES. Outre le fait que cela contribuera à

²⁶³² C. trav. art. L 2323-7-2.

²⁶³³ C. trav., art. L. 2323-8 et R. 2323-1-8.

²⁶³⁴ Cass. soc., 5 nov. 2014, pourvoi n°13-17.270, en cours de publication.

²⁶³⁵ Infra. Partie 2, titre 1, chapitre 2, section 1, II, 2 : « intérêt à agir ».

maintenir la qualité du dialogue social, représentants du personnel et délégués syndicaux seront plus enclins à respecter et faire respecter les règles fixées pour la mise en place et l'utilisation de la BDES et notamment l'obligation de discrétion qui leur incombe à l'égard des informations confidentielles²⁶³⁶.

887. Informations manquantes - Si jusqu'à présent des informations étaient transmises aux IRP de manière incomplète ou incohérente, la mise en place de la BDES risque de révéler au grand jour ces manques et ces incohérences. Suivant l'article L. 2323-4 du code du travail, « pour lui permettre de formuler un avis motivé, le comité d'entreprise dispose d'informations précises et écrites transmises par l'employeur ou, le cas échéant, mises à disposition dans les conditions prévues à l'article L. 2323-9, et de la réponse motivée de l'employeur à ses propres observations ». Si le CE estime ne pas disposer d'éléments suffisants pour rendre un avis, il faut qu'il saisisse le président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés, pour qu'il ordonne la communication, par l'employeur, des éléments manquants. Le juge statue alors dans un délai de 8 jours, sachant que la saisine du juge n'aura pas pour effet d'allonger les délais dont dispose le CE pour rendre un avis, sauf s'il estime que le CE fait face à des difficultés particulières d'accès aux informations, auquel cas il pourra décider du nouveau délai dont le CE bénéficie pour se prononcer²⁶³⁷. Il résulte de ce dispositif introduit par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013²⁶³⁸ que désormais, si le CE estime ne pas posséder suffisamment d'informations pour rendre utilement son avis dans les délais, il doit impérativement saisir au plus vite le président du tribunal de grande instance pour obtenir les informations manquantes²⁶³⁹. Dans tous les cas, les entreprises risquent de se trouver confrontées à une crispation des relations sociales et éventuellement, au blocage de projets de réorganisation nécessitant la consultation préalable du comité d'entreprise. Pour toutes ces raisons, l'établissement des données devrait faire l'objet d'un dialogue et la base pourrait ainsi être co-construite avec les partenaires sociaux²⁶⁴⁰.

²⁶³⁶ V. Manez, « Mise en place et exploitation de la base de données économiques et sociales », *FRC*, juin 2014, p. 27.

²⁶³⁷ C. trav. art. L. 2323-4.

²⁶³⁸ « Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi » (JO n°138, 16 juin 2013).

²⁶³⁹ C. Berlan, « Défaut d'information du CE : les élus doivent réagir très rapidement ! », *Les Cahiers Lamy du CE*, n° 138, juin 2014, p. 138.

²⁶⁴⁰ V. Manez, « Mise en place et exploitation de la base de données économiques et sociales », *op. cit.*, p. 27.

B. Enjeux

888. **Transparence des données** - Le digital dans les relations sociales, c'est plus de transparence et donc plus de responsabilité. Il est possible de faire de la base de données un véritable outil au service du dialogue social. Mais il semblerait que, actuellement, cette base de données souffre d'un grand nombre d'insuffisances qui freine son utilisation. Derrière les aspects techniques et formels de la mise en place de la BDES se cachent des enjeux importants : la diffusion d'informations stratégiques à un nombre croissant de salariés. La BDES ouvre l'accès de données aux comités d'entreprises, aux délégués syndicaux et aux membres du CHSCT, mais ne faudrait-il pas donner accès à une partie de ces informations à tout ou partie du personnel de l'entreprise ? La DGT encourage ouvertement l'employeur à construire cet outil « en lien étroit » avec les représentants du personnel et les représentants syndicaux²⁶⁴¹. « Dans le cadre d'une gouvernance d'entreprise qui s'appuie de plus en plus sur un ensemble de données, il est essentiel d'assurer la transparence des données clefs qui gouvernent la stratégie de l'entreprise, pour alimenter un dialogue social riche »²⁶⁴². La transparence ne se limite pas aux relations internes à l'entreprise. Le législateur accorde des droits d'accès à l'inspecteur du travail et de l'Administration à certains chapitres de la BDES²⁶⁴³. Par ailleurs, c'est toute la place et le positionnement de l'encadrement intermédiaire qui se trouve remis en question, puisqu'ils vont dans certains cas disposer de moins d'informations que les représentants du personnel. Dès lors, pourquoi ne pas partager avec tous, toutes les informations qui ne recouvrent pas un caractère strictement confidentiel et stratégique ? Les entreprises doivent intégrer l'idée qu'il faut des outils pour que leurs employés prennent conscience des réalités complexes de l'entreprise. C'est d'autant plus une nécessité, que ces derniers sont appelés à participer directement à la vie de l'entreprise par l'intermédiaire du référendum d'entreprise, mais aussi indirectement en élisant leurs représentants. Ils doivent pouvoir être en mesure d'exercer une appréciation éclairée sur le travail de ces derniers à la lumière des résultats sociaux et économiques de l'entreprise. Cette stratégie permettrait, en outre, d'éclaircir les problèmes liés aux inégalités salariales entre hommes et femmes²⁶⁴⁴.

²⁶⁴¹ « Circulaire DGT 2014/1, 18 mars 2014, relative à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise. », *op. cit.*

²⁶⁴² FRANCE et Conseil national du numérique, *Travail, emploi, numérique : les nouvelles trajectoires*, *op. cit.*, p. 169.

²⁶⁴³ C. trav. art. L. 2323-9.

²⁶⁴⁴ Collectif, *En avant toutes! : Assises nationales pour les droits des femmes*, Temps des CeRises, 1998, p. 146.

889. **Représentation instantanée de l'entreprise** – Pour suivre au plus près la réalité économique et financière évolutive et donner du sens au dialogue social, la BDES met à disposition des représentants des salariés un ensemble cohérent et global d'informations, régulièrement mis à jour²⁶⁴⁵. Les rapports et documents obligatoires disparaissent avec les redondances qui les accompagnaient. Leur contenu est intégré dans la BDES. Le dialogue social gagne en fluidité et en lisibilité²⁶⁴⁶. Mais pour une représentation fidèle et efficace de l'entreprise et de ses activités, il est essentiel d'aller encore plus loin et que la documentation soit actualisée instantanément. Selon une étude intitulée « *The Challenge of Speed* », 73 % des cadres dirigeants en Europe déclarent que leur entreprise doit accélérer la marche pour s'adapter aux conditions changeantes du marché²⁶⁴⁷. C'est cette actualisation qui permettra aux représentants des salariés et aux salariés d'avoir une appréciation de la dynamique de l'entreprise qui, en définitive, leur ouvrira la possibilité de se faire un point de vue sur son avenir.

890. **Ouverture des données** – Enfin, la base de données économiques et sociales des entreprises a été décrite comme un outil essentiel pour le dialogue social à l'heure du numérique. Mais pour que son utilisation soit la plus efficace possible, sa diffusion devrait être obligatoirement faite sous format électronique. Sa négociation pourrait être rendue obligatoire au niveau des entreprises. A cet effet, le Conseil National du Numérique propose que « cette base de données soit publiée sous la forme d'une véritable base de données informatique présentant de manière plus intelligible, dynamique et actualisée les informations transmises de manière récurrente aux IRP »²⁶⁴⁸. Enfin, les données pourraient être publiées dans un format ouvert, afin d'être réutilisables notamment dans une démarche de data visualisation²⁶⁴⁹.

891. **Conclusion** – Le recours à l'expertise sur des projets liés au numérique peut faire l'objet de contentieux entre les représentants du personnel et les entreprises. Le risque est grand de voir la base de données économiques et sociales alimenter un peu plus la chronique judiciaire en raison des enjeux importants autour de cette notion. La maîtrise et la compréhension des données relatives à l'entreprise sont des ressources essentielles

²⁶⁴⁵ F. Petit, « Comité d'entreprise : vers une logique de coopération », *Les Cahiers Sociaux*, n° 266, septembre 2014.

²⁶⁴⁶ C. Frouin, « Aspects stratégiques et opérationnels de la loi Rebsamen », *op. cit.*, p. 4.

²⁶⁴⁷ The Economist Intelligence Unit, *The Challenge of Speed*, The Economist Intelligence Unit, 2014, p. 2.

²⁶⁴⁸ FRANCE et Conseil national du numérique, *Travail, emploi, numérique : les nouvelles trajectoires*, *op. cit.*, p. 165.

²⁶⁴⁹ Au vu de la profusion des données produites, dépasser la simple collecte pour entrer dans une phase d'analyse s'avère de plus en plus nécessaire. Face à un déluge de chiffres en permanence renouvelés, l'individu, n'a pas la possibilité de comprendre ce qu'on lui expose. La data visualisation permet ainsi de donner à voir sous une forme visuelle des informations complexes.

qu'il convient pour les représentants du personnel d'appréhender pleinement. Pour être efficace, au vu de la complexité des sujets et de la multiplication des informations, les représentants du personnel doivent se former pour ne pas systématiquement sous-traiter les questions sociales relatives à une entreprise particulière à une expertise externe, par définition étrangère à l'environnement particulier de l'entreprise. Pour autant, du fait de procédures longues et coûteuses, l'employeur ne souhaite pas toujours partager ses connaissances de l'entreprise. Il peut d'ailleurs être aisé de « noyer » ses interlocuteurs par l'envoi massif d'informations numériques intelligibles. En effet, les acteurs de l'entreprise sont confrontés à un flot massif de données produites par le numérique. Dans un monde extrêmement informatisé où un nombre croissant de nos actions laissent une trace digitale, il est crucial de pouvoir utiliser ces données. La notion de « Big data » qui désigne la collecte, l'analyse et le croisement de différents jeux de données à la recherche de corrélation, offre de nouvelles perspectives pour éclairer les décisions à prendre dans les entreprises²⁶⁵⁰. Il pourrait constituer à ce titre un nouvel outil à la disposition des représentants du personnel²⁶⁵¹.

Chapitre 2 Le numérique support du dialogue social

892. **Concurrence d'internet** - « À trop individualiser les relations sociales, les directions d'entreprise pourraient se voir confrontées à une difficulté insurmontable : celle de prendre en charge toutes les doléances individuelles qui ne seront plus agrégées par les organisations syndicales et les instances représentatives du personnel »²⁶⁵². Alors que de plus en plus de travailleurs deviennent étrangers à l'action syndicale quotidienne²⁶⁵³, la légitimité des acteurs institutionnalisés par le droit du travail est fragilisée par la concurrence d'internet qui permet à chacun de s'exprimer en son propre nom²⁶⁵⁴. Désormais, « l'usage des TIC est le meilleur moyen pour atteindre les jeunes salariés, peu en adéquation avec les discours et moyens d'actions traditionnels des syndicalistes. À la fracture générationnelle s'ajoute une fracture numérique que les

²⁶⁵⁰ B. Christophe, *Enjeux et usages du Big Data : Technologies, méthodes et mise en oeuvre*, Lavoisier, 2013, p. 35.

²⁶⁵¹ L'agrégation et l'analyse d'un grand nombre de données permettent d'établir des règles, par exemple au sujet de difficultés que rencontreraient de nombreux salariés mais qui n'apparaîtraient pas dans des données agrégées.

²⁶⁵² P. Vendramin et G. Valenduc, « Le travail flexible à l'aube du 21^{ème} siècle : un défi pour les politiques publiques », *op. cit.*, p. 66.

²⁶⁵³ J. Gautier et P. Aurelli, *Consolider le dialogue social*, *op. cit.*, p. 9.

²⁶⁵⁴ *Supra*. Partie 2, titre 2, chapitre 1, section 1, I : « le droit de l'homme à la communication ».

organisations syndicales doivent dépasser en usant à leur tour des TIC »²⁶⁵⁵. Les pratiques numériques interrogent les institutions représentatives du personnel prises en étau entre l'émergence d'un dialogue social direct et leur devoir de représentation. Pour que le dialogue social soit consolidé, il faut que les représentants des salariés soient en mesure d'échanger avec les salariés pour représenter les salariés le plus justement possible (Section 1). Mais les possibilités de s'exprimer et de voter sur internet semblent également favoriser l'émergence de nouvelles formes de représentations (Section 2).

Section 1 Communications collectives électroniques

893. **Déclin de l'action syndicale traditionnelle** - Le nombre et le succès sans cesse plus restreints des grèves et, dans une moindre mesure, des manifestations constituent l'aspect le plus immédiatement visible et le moins contestable de l'évolution du syndicalisme et de ses formes d'action²⁶⁵⁶. L'essor des moyens de communications électroniques (Internet, Intranet, messagerie électronique, réseaux sociaux, etc.) influe quotidiennement sur les relations collectives de travail et modifie sur le long terme les comportements des salariés²⁶⁵⁷. Les organisations syndicales et les organisations représentatives du personnel sont nécessairement touchées et doivent adapter leur communication (I) mais aussi leurs modes d'intervention (II) à ces nouveaux moyens.

I. La communication syndicale

894. **L'information des salariés** - « Arrimée au droit syndical dans l'entreprise », l'information des salariés par les organisations syndicales « représente l'une des manifestations essentielles de la liberté syndicale inscrite dans le préambule de la Constitution de 1946 comme de la reconnaissance des libertés publiques dans l'entreprise »²⁶⁵⁸. Ce droit se manifeste tant à l'intérieur (A) qu'à l'extérieur de l'entreprise (B). Mais « la diffusion de tracts et de publications syndicaux sur la

²⁶⁵⁵ C. Castets-Renard, « NTIC et droit du travail », dans *J.-Cl communication*, vol. Fasc. 4820,.

²⁶⁵⁶ D. Andolfatto et D. Labbé, « La transformation des syndicats français », *Revue française de science politique*, vol. 56, n° 2, 15 avril 2006, p. 281.

²⁶⁵⁷ P. Favre (dir.), *La manifestation*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1990, p. 11.

²⁶⁵⁸ G. Borenfreund, « L'accord collectif, instrument de contrôle de l'information syndicale transmise par l'intranet de l'entreprise », *RDT*, 2008, p. 324.

messagerie électronique que l'entreprise met à la disposition des salariés n'est possible qu'à la condition, soit d'être autorisée par l'employeur, soit d'être organisée par voie d'accord d'entreprise »²⁶⁵⁹. A défaut d'accord, les organisations syndicales peuvent seulement utiliser leurs propres moyens de communication numérique (site internet, messageries électroniques, etc.).

A. L'expression syndicale dans l'entreprise

895. **Liberté d'information syndicale** - La création de la section syndicale en 1968 incarne la faculté ouverte aux syndicats d'avoir droit de citer sur les lieux de travail, d'y disposer d'une liberté d'expression et d'action. « En même temps que la liberté syndicale devient droit d'action sur les lieux de travail, l'organisation syndicale s'efforce de conquérir une place d'intermédiaire privilégié entre l'employeur et la collectivité du personnel, un rôle d'interlocuteur central »²⁶⁶⁰. Ce rôle central se matérialise par un droit d'affichage et de diffusion de tracts dans l'entreprise. Mais il semble qu'aujourd'hui ce mode d'affichage soit menacé d'obsolescence. En effet, le « paysage digital » concurrence le rôle attribué aux syndicats. Les salariés, et notamment les jeunes générations rejettent le mode de communication hiérarchique, et préfèrent adhérer à des « communautés numériques » avec lesquels ils peuvent interagir. Pour les syndicats, il s'agit donc de mettre en place de nouveaux dispositifs afin qu'ils puissent développer des modes d'information et d'interactions visibles par tous les salariés²⁶⁶¹.

896. **État du droit** - L'affichage syndical prévu à l'article L. 2142-3 du code du travail reste aujourd'hui le principal moyen d'information des salariés²⁶⁶². En effet, « la liberté de diffusion syndicale devient toute relative dans l'entreprise dès qu'il s'agit de l'utilisation des technologies de l'information et de la communication »²⁶⁶³. Les conditions dans lesquelles les syndicats peuvent avoir accès aujourd'hui aux TIC de l'entreprise sont expressément conditionnées à l'existence d'un accord collectif conclu à ce niveau²⁶⁶⁴. Le législateur freine ainsi l'essor de ce mode de diffusion de l'information,

²⁶⁵⁹ Cass. soc., 25 janv. 2005, pourvoi n°02-30.946, Bull. civ., V, n°19.

²⁶⁶⁰ J.-P.L. Crom, *Deux siècles de droit du travail*, op. cit., p. 219.

²⁶⁶¹ FRANCE et Conseil national du numérique, *Travail, emploi, numérique : les nouvelles trajectoires*, op. cit., p. 166.

²⁶⁶² C. de cassation FRANCE, *Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation. Le droit de savoir*, op. cit., p. 210.

²⁶⁶³ A. Cristau, « Droit syndical et NTIC de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2002, p. 403.

²⁶⁶⁴ C. trav. art. L. 2142-6.

l'employeur n'étant pas tenu de conclure ni même de négocier un tel accord²⁶⁶⁵ (1). C'est la raison pour laquelle, la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 propose d'adapter ce droit à l'ère du numérique²⁶⁶⁶ (2).

1) *Nécessité d'un accord*

897. **Accord d'entreprise sur les canaux informatiques** - « La diffusion de tracts et de publications syndicaux sur la messagerie électronique que l'entreprise met à la disposition des salariés n'est possible qu'à la condition, soit d'être autorisée par l'employeur, soit d'être organisée par voie d'accord d'entreprise »²⁶⁶⁷. L'article L. 2142-6 dispose ainsi qu'« un accord d'entreprise peut autoriser la mise à disposition des publications et tracts de nature syndicale, soit sur un site syndical mis en place sur l'intranet de l'entreprise, soit par diffusion sur la messagerie électronique de l'entreprise. Dans ce dernier cas, cette diffusion doit être compatible avec les exigences de bon fonctionnement du réseau informatique de l'entreprise et ne doit pas entraver l'accomplissement du travail ». Cet accord d'entreprise doit définir les modalités précises de mise à disposition ou de diffusion (a), en détaillant notamment les conditions d'accès des organisations syndicales (b)²⁶⁶⁸.

a. *Contenu de l'accord*

898. **Contenu des communications électroniques** - Suivant l'article L. 2142-5 du code du travail, le contenu des affiches, publications et tracts est librement déterminé par l'organisation syndicale, sous réserve de l'application des dispositions relatives à la presse. S'agissant des communications électroniques diffusées par les syndicats à travers les moyens mis à leur disposition par l'entreprise, l'accord d'entreprise peut aller plus loin, en encadrant le contenu des messages syndicaux dans un cadre plus restreint. La Cour de cassation²⁶⁶⁹ relève ainsi que, si un accord subordonne la mise à disposition de la messagerie électronique de l'entreprise à l'existence d'un lien entre le contenu de

²⁶⁶⁵ G. Borenfreund, « L'accord collectif, instrument de contrôle de l'information syndicale transmise par l'intranet de l'entreprise », *op. cit.*, p. 324.

²⁶⁶⁶ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », *op. cit.* (JO n°0184, 9 août 2016).

²⁶⁶⁷ *Cass. soc.*, 25 janv. 2005, pourvoi n°02-30.946, *Bull. civ.*, V, n°19, *op. cit.*

²⁶⁶⁸ A. Mullenders, *E-DRH : Outil de gestion innovant*, De Boeck Supérieur, 2009, p. 257.

²⁶⁶⁹ *Cass. soc.*, 22 janv. 2008, pourvoi n°06-40.514, *Bull. civ.*, V, n°14.

l'information et la situation sociale existant dans l'entreprise, commet une faute disciplinaire le salarié qui, se prévalant d'une fonction syndicale, diffuse un message qui n'a aucun lien avec la situation sociale de l'entreprise, ni avec son activité syndicale. Certains accords s'opposent par également à la création de liens dans les pages de l'Intranet syndical même si ces liens renvoient à des sites pratiques et associatifs comme ceux de la CGT et de l'OIT²⁶⁷⁰. Si les canaux informatiques de l'entreprise permettent *a priori* de faciliter l'expression syndicale, ils peuvent également constituer un instrument de contrôle de l'information syndicale à l'intérieur de l'entreprise²⁶⁷¹.

899. **Contrôle *a posteriori* des contenus** – En tant qu'hébergeur des informations syndicales, l'employeur doit s'assurer que ces dernières respectent le droit de la presse et veiller au respect de l'accord. Mais si l'employeur peut faire retirer un tract injurieux ou diffamatoire²⁶⁷², il ne peut pas contrôler le message avant son envoi. En effet, en matière de communication syndicale s'applique le principe général selon lequel il n'y a pas de contrôle *a priori* du contenu mais seulement un contrôle *a posteriori* en cas d'abus de l'exercice de cette liberté²⁶⁷³. Lorsqu'il constate qu'une publication n'est pas conforme, l'employeur doit également prendre des précautions avant de censurer le message, car sa diligence peut aussi constituer un délit d'entrave à l'exercice du droit syndical. Si l'employeur entend contester le contenu d'une publication, il doit saisir le juge des référés afin d'obtenir une ordonnance dite « d'arrachage »²⁶⁷⁴. Si les syndicats professionnels ne peuvent pas être poursuivis en tant que personne morale en cas de diffamation ou d'injure, les adhérents et responsables à l'origine des tracts syndicaux peuvent, en tant que personnes physiques, voir leur responsabilité pénale engagée²⁶⁷⁵. Au-delà de la sanction disciplinaire (et éventuellement pénale), applicable aux délégués syndicaux qui ont procédé à l'affichage, les accords peuvent toutefois prévoir des sanctions automatiques à l'encontre des organisations syndicales. L'accord collectif de Renault prévoit par exemple que « en cas d'utilisation abusive (...) ou en cas de non respect de la charte, quel que soit le mode utilisé (à partir de site intranet, internet ou d'un autre site), une réunion aura lieu dans les 24 heures ouvrées avec l'organisation syndicale concernée pour examen de la situation. Une décision de déconnexion du site

²⁶⁷⁰ *Technip censure son intranet syndical*, <http://www.transfert.net/Technip-censure-son-intranet>, consulté le 10 mars 2016.

²⁶⁷¹ G. Borenfreund, « L'accord collectif, instrument de contrôle de l'information syndicale transmise par l'intranet de l'entreprise », *op. cit.*, p. 324.

²⁶⁷² *Cass. soc.*, 16 oct. 1985, pourvoi n°82-42.984, *Bull. civ.*, V, n°461.

²⁶⁷³ *Cass. crim.*, 11 mai 2004, pourvoi n°03-83.682, *Inédit*.

²⁶⁷⁴ A. Cristau, « Vie syndicale et accès aux NTIC de l'entreprise », *LEGICOM*, n° 27, 1 octobre 2002, p. 57.

²⁶⁷⁵ *Infra*. Partie 2, titre 1, chapitre 2, section 2, I, B, 3 : « la discrétion des représentants du personnel ».

de l'institution responsable du portail de l'entreprise ou de l'établissement peut alors être prise pour une durée d'un mois »²⁶⁷⁶.

900. Utilisation de la messagerie - Les clauses de l'accord relatives à l'utilisation de la messagerie sont essentielles²⁶⁷⁷. Suivant le deuxième alinéa de l'article L. 2142-6 du code du travail, « l'accord d'entreprise définit les modalités de cette mise à disposition ou de ce mode de diffusion, en précisant notamment les conditions d'accès des organisations syndicales et les règles techniques visant à préserver la liberté de choix des salariés d'accepter ou de refuser un message ». Dès lors que les destinataires de cette diffusion sont les adresses électroniques professionnelles des employés, le régime d'autorisation s'applique, que les messages aient été adressés à partir d'une adresse de messagerie interne à l'entreprise ou à partir de messageries externes. En revanche, l'employeur ne peut pas intervenir directement pour faire cesser ces envois. Il lui faudrait saisir le juge des référés²⁶⁷⁸. En pratique, la diffusion doit être limitée au périmètre de la section syndicale, et *a minima* aux salariés qui n'auront pas manifesté leur désaccord pour être destinataires de ces documents. Un système de désabonnement du salarié à se demande de la liste de diffusion des représentant du personnel doit être prévu par l'accord²⁶⁷⁹. Mais même sans cette disposition, les salariés peuvent classer les messages inopportuns dans les « indésirables (*spam*) » de sorte qu'ils ne recevront plus les messages du syndicat²⁶⁸⁰. L'accord peut aussi adopter comme modalité de diffusion une règle fondée sur l'inscription a des listes de diffusion : les communications syndicales par mail ne seront possibles que vers les salariés s'étant abonnés à ces listes²⁶⁸¹. Cette disposition, qui nécessite l'accord préalable du salarié, est d'ailleurs commune à de nombreux accords qui peuvent par exemple prévoir que « la diffusion en grand nombre de communications non sollicitées par leurs destinataires (*Spam*) est

²⁶⁷⁶ Article 21 Renault, « Accord d'entreprise portant sur les conditions d'accès et d'utilisation de l'intranet par les institutions représentatives du personnel du 2 février 2005 ».

²⁶⁷⁷ C. de cassation FRANCE, *Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation. Le droit de savoir, op. cit.*, p. 210.

²⁶⁷⁸ *Cass. soc.*, 25 janv. 2005, pourvoi n°02-30.946, *Bull. civ.*, V, n°19, *op. cit.*

²⁶⁷⁹ Dans une délibération du 16 février 2012, la Cnil a prononcé une sanction pécuniaire de 5 000 euros à un syndicat qui n'avait pas répondu à une mise en demeure. La Commission avait été saisie d'une plainte émanant d'un professeur d'université en raison de l'envoi de plusieurs courriels de prospection syndicale non sollicités sur sa messagerie professionnelle. Elle rappelle qu'une adresse de messagerie professionnelle est une donnée à caractère personnel au sens de la Loi Informatique et Libertés, et doit donc être collectée de manière loyale et licite. Or, en l'espèce, le plaignant n'avait jamais été informé préalablement de cette prospection. CNIL, « CNIL, délibération n°2012-048, 16 février 2012 ».

²⁶⁸⁰ Un syndicat n'a pas intérêt à multiplier les messages au risque de susciter des réactions d'irritation chez les salariés. La tentation peut néanmoins être grande de procéder à des envois en masse à l'approche d'élections professionnelles ou à l'occasion d'un conflit collectif.

²⁶⁸¹ E. Papin, *L'usage des moyens informatiques de l'entreprise par les syndicats*, <http://www.cio-online.com/actualites/lire-l-usage-des-moyens-informatiques-de-l-entreprise-par-les-syndicats-6581.html>, consulté le 15 avril 2016.

interdite »²⁶⁸². Enfin, l'identification du tract doit être fait dans l'objet même du message afin de permettre aux salariés qui ne veulent pas le recevoir de le rejeter²⁶⁸³. Sur le plan technique, l'accord peut limiter la taille des messages et faire réaliser par l'opérateur informatique des contrôles du respect de cette disposition. Mais cette disposition apparaît toutefois obsolète car la taille des serveurs informatiques ne cesse d'augmenter.

901. Nombre de destinataires - L'employeur peut aussi limiter l'audience du message. Dans un arrêt du 19 mai 2010²⁶⁸⁴, un accord d'entreprise autorisait la diffusion de tracts syndicaux par voie électronique dans la limite d'un certain quota, au-delà l'autorisation de l'employeur était obligatoire. En l'espèce, la salariée n'avait pas formulé de demande d'autorisation. Pour le juge, elle avait donc commis une faute justifiant une mise à pied disciplinaire de deux jours. En l'absence d'accord d'entreprise, il est possible de considérer que l'utilisation de la base de données constituée par le carnet d'adresse des salariés s'assimile en un acte de contrefaçon visé par les articles L. 342-1 et L. 342-2 du code de la propriété intellectuelle, cette base de données étant la propriété de l'entreprise. En revanche, il n'est pas nécessaire qu'un accord collectif soit conclu pour permettre aux syndicats d'utiliser la messagerie professionnelle pour diffuser des tracts syndicaux aux personnes qui, bien que salariées, représentent l'employeur auprès du personnel : cela ne constitue pas, dans ce cas, « une diffusion au sens de l'article L. 2142-6 du Code du travail »²⁶⁸⁵. Il y aurait donc une différence entre la « diffusion », qui suppose un envoi suffisamment général, et la « distribution » à un nombre limité de destinataires, laquelle n'est pas interdite alors même qu'elle n'a pas forcément été sollicitée par ces destinataires.

902. Heure d'envoi des messages syndicaux - Au terme de l'article L. 2142-4 du code du travail, la distribution des tracts syndicaux n'est autorisée dans l'enceinte de l'entreprise qu'aux heures d'entrée et de sortie du personnel, c'est-à-dire lorsque les salariés arrivent à leur poste et quand ils le quittent. En l'absence de dispositions spécifiques, l'envoi de tracts électroniques ne peut donc *a priori* pas avoir lieu durant

²⁶⁸² Article 1 Institut Gustave-Roussy, « Accord d'entreprise sur les modalités d'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication par les organisations syndicales et représentatives du 31 mars 2009 ».

²⁶⁸³ C. Castets-Renard, « NTIC et droit du travail », *op. cit.*, p. 38.

²⁶⁸⁴ Cass. soc., 19 mai 2010, pourvoi n°09-40.279, inédit.

²⁶⁸⁵ Cass. soc., 10 janv. 2012, pourvoi n°10-18.558, Bull. civ., V, n°6.

le temps de travail. La jurisprudence, établie en la matière²⁶⁸⁶, apparaît assez désuète au regard des nouveaux modes de travail asynchrone. De plus en plus de salariés ne sont présents qu'une partie de la journée dans l'enceinte de l'entreprise et les notions d'heures d'entrée et de sortie n'ont de ce point de vue plus de sens. Par ailleurs, s'agissant des tracts électroniques, une partie des salariés ouvrira quoi qu'il arrive lesdits messages lorsqu'ils se connecteront au réseau de l'entreprise. Pour éviter tout contentieux, l'accord d'entreprise devrait admettre la distribution de tracts (électroniques ou non) pendant les heures de travail afin de tenir compte de la diversité des formes d'organisation du travail.

b. Conditions d'accès des organisations syndicales

903. **Égalité d'accès entre les syndicats** - La Cour de cassation a apporté des précisions supplémentaires sur la diffusion des informations par les syndicats. En vertu des articles L. 2142-3 à L. 2142-7 du code du travail, l'affichage et la diffusion des communications syndicales à l'intérieur de l'entreprise sont liés à la constitution par les organisations syndicales d'une section syndicale, laquelle n'est pas subordonnée à une condition de représentativité. En effet, les dispositions relatives à l'accès à Intranet se situent dans un chapitre du code du travail intitulé « Section syndicale ». Dès lors, les dispositions d'une convention ou d'un accord collectif visant à faciliter la communication des organisations syndicales ne peuvent, sans porter atteinte au principe d'égalité, être limitées aux seuls syndicats représentatifs et doivent bénéficier à tous les syndicats qui ont constitué une section syndicale²⁶⁸⁷. L'accord s'applique de plein droit à tous, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre ceux qui ont signé ou adhéré à la convention ou à l'accord collectif et ceux qui n'y ont pas adhéré, dès lors que les dispositions de la convention ou de l'accord collectif tendent à améliorer l'exercice du droit syndical dans les entreprises ou les institutions représentatives du personnel. La solution rendue par les juges tend à garantir une égalité de traitement en vue des élections professionnelles.

²⁶⁸⁶ Ayant relevé qu'une partie des tracts, dont la diffusion était reprochée à un syndicat par l'employeur, avait été déposée sur le bureau de personnels absents en dehors des horaires de travail tandis qu'une autre partie avait été distribuée au personnel d'un service ayant commencé le travail depuis une demi-heure, une cour d'appel a retenu à bon droit que ces modalités n'étaient pas conformes aux dispositions qui précèdent. *Cass. soc.*, 27 mai 1997, pourvoi n°95-14.850, *Bull. civ.*, V, n°193.

²⁶⁸⁷ *Cass. soc.*, 21 sept. 2011, pourvois n° 10-19.017 et 10-23.247, *Bull. civ.*, V, n°193.

Puisque la représentativité dépend de l'audience des syndicats auprès des salariés, tous les syndicats doivent bénéficier des mêmes moyens de communication²⁶⁸⁸.

904. **Mêmes droits, mêmes obligations** – Poursuivant cette logique d'égalité entre les organisations, un arrêt rendu le 23 mai 2012²⁶⁸⁹ ajoute qu'il n'y a pas non plus de distinction à faire entre les syndicats représentatifs au niveau de l'entreprise et ceux qui le sont uniquement au niveau local d'un établissement. Ces derniers doivent ainsi bénéficier, sur le site qui leur a été affecté, de l'ensemble des fonctionnalités prévues par l'accord collectif pour les syndicats représentatifs au niveau central. En contrepartie, ils sont soumis aux mêmes obligations que ces derniers, notamment celle d'apparaître sous leur dénomination statutaire exacte si l'accord collectif l'exige. Toute inobservation en la matière autorise l'employeur à fermer l'accès au site²⁶⁹⁰.

905. **Preuve de la présence d'adhérents** - La preuve de la présence d'adhérents suppose malgré tout que soit dévoilée l'identité des salariés qui ont choisi de se syndiquer dans l'entreprise. « Ce qui pose des difficultés importantes, tant au niveau du respect de la vie privée (droit pour le salarié de ne pas faire connaître ses choix syndicaux) que du respect de la liberté syndicale (droit pour le syndicat de ne pas faire connaître et soumettre à d'éventuelles pressions patronales, faute de protection particulière le nom de ses adhérents) »²⁶⁹¹. Confrontée à cette question, la chambre sociale a décidé, pour la première fois en 2009, que la confrontation des principes devait conduire, à titre exceptionnel, à l'aménagement du principe du contradictoire²⁶⁹². Le droit de savoir de l'employeur, nécessaire au contrôle de la réalité d'une présence syndicale dans l'entreprise, est ainsi limité à ce qui est nécessaire : la vérification de l'existence d'au moins deux adhérents. Mais seul le juge judiciaire, garant du respect des libertés individuelles, pourra prendre connaissance, pour s'assurer de la réalité de l'adhésion, de l'identité personnelle des salariés concernés²⁶⁹³.

²⁶⁸⁸ C. Radé, « L'exercice du droit syndical après la loi du 20 août 2008 : liberté, égalité, représentativité, ou la nouvelle devise de la démocratie sociale », *Dr. soc.*, décembre 2011, p. 1236.

²⁶⁸⁹ *Cass. soc.*, 23 mai 2012, pourvoi n°11-14.930, *Bull. civ.*, V, n°159.

²⁶⁹⁰ « Intranet syndical : tous les syndicats disposent des mêmes droits et obligations », *Liaisons Sociales Quotidien*, 6 mai 2012.

²⁶⁹¹ C. de cassation FRANCE, *Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation. Le droit de savoir*, *op. cit.*, p. 206.

²⁶⁹² *Cass. soc.*, 8 juil. 2009, pourvois n°09-60.011, 09-60.031 et 09-60.032, *Bull. civ.*, V, n°180.

²⁶⁹³ C. de cassation FRANCE, *Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation. Le droit de savoir*, *op. cit.*, p. 206.

2) *Nécessaire adaptation du droit*

906. **Remise en cause de l'article L. 2142-6** - La constitutionnalité de l'article L. 2142-6 du Code du travail, qui subordonne toute communication syndicale par voie électronique à l'accord de l'employeur, a été validée par le juge constitutionnel²⁶⁹⁴. Ce raisonnement apparaît pourtant discutable tant au niveau du droit que de la pratique des médias sociaux (a). Ce texte devrait d'ailleurs faire l'objet d'une évolution législative prochaine (b).

a. *La « prudence » du Conseil constitutionnel*

907. **Atteinte à la liberté de communication** - Le Conseil constitutionnel a été saisi le 11 juillet 2013 par la Cour de cassation²⁶⁹⁵ d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article L. 2142-6 du Code du travail. Il s'agissait de savoir si « la rédaction de l'article L. 2142-6 du Code du travail en ce qu'elle subordonne la diffusion de tracts de nature syndicale sur la messagerie électronique de l'entreprise à un accord d'entreprise ou à un accord de l'employeur est (...) conforme à l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ». Pour le Conseil, l'article litigieux n'emporte aucune atteinte à la liberté de communication puisque d'autres modes de communication sont possibles. « Les syndicats peuvent, outre l'application des dispositions du premier alinéa de l'article L. 2142-3 du Code du travail et de son article L. 2142-4, librement diffuser des publications et tracts sur les réseaux de communication au public en ligne »²⁶⁹⁶. Le raisonnement du Conseil conduit à refuser l'examen de la restriction de la communication numérique interne en constatant des facultés de communication interne mais non numérique ou numérique mais externe²⁶⁹⁷.

908. **Critique de la décision constitutionnelle** - « La montée en force des NTIC pourrait-elle être envisagée, par un singulier retour en arrière, comme une opportunité offerte à l'employeur d'utiliser l'autonomie collective en instrument de contrôle de l'information syndicale et d'enfermement dans les murs étroits de l'entreprise ? Si tel

²⁶⁹⁴ CC., 27 sept. 2013, déc. n° 2013-345 QPC, *Synd. national Groupe Air France CFTC*.

²⁶⁹⁵ Cass. soc., 11 juil. 2013, pourvoi n°13-40.021, *Bull. civ.*, V, n°194.

²⁶⁹⁶ CC., 27 sept. 2013, déc. n° 2013-345 QPC, *Synd. national Groupe Air France CFTC*, *op. cit.*

²⁶⁹⁷ J. Icard, « Communication par voie électronique : question de constitutionnalité », *JCP S*, n° 48, 26 novembre 2013, p. 1457.

était le cas, l'accord collectif permettant d'accéder à l'intranet ferait aussi figure de barrage à l'affirmation du principe d'autonomie de l'action syndicale au sein de l'entreprise »²⁶⁹⁸. Le Conseil constitutionnel a jugé qu'en adoptant ces dispositions, le législateur n'a pas opéré une conciliation manifestement déséquilibrée entre, d'une part, la liberté de communication des syndicats et, d'autre part, la liberté tant de l'employeur que des salariés²⁶⁹⁹. Il est toutefois « paradoxal de considérer comme substituable la propagande papier et la propagande numérique, tout en reconnaissant par ailleurs que la propagande numérique justifie par sa spécificité, notamment ses potentialités, un encadrement particulier »²⁷⁰⁰. Cette décision est d'autant plus paradoxale que le Conseil constitutionnel a jugé que le libre accès à la communication électronique était une composante essentielle de la liberté de communication qui « implique la liberté d'accéder à ces services »²⁷⁰¹. Renvoyer à des réseaux extérieurs à l'entreprise pour assurer une diffusion, n'est-ce pas renvoyer les syndicats en dehors de l'entreprise ? Alors que la messagerie électronique est devenue le vecteur privilégié de la communication dans les entreprises, il convient de souligner qu'un site externe ne permet pas réellement de communiquer avec les salariés (faute de pouvoir se faire connaître auprès d'eux). Dans les entreprises à sites multiples et géographiquement éloignés, seuls la messagerie électronique et l'intranet sont communs à tous les salariés (en supposant qu'ils y aient effectivement accès, ce qui n'est pas nécessairement le cas de salariés dont l'activité professionnelle n'implique pas directement l'usage de nouvelles technologies ou que les outils n'aient pas été adoptés par les collaborateurs faute de dispositif d'accompagnement)²⁷⁰². Cette décision apparaît également dommageable pour les entreprises. En effet, elle renvoie les communications des syndicats à l'extérieur de l'entreprise ; or sur internet les communications sont généralement publiques et peuvent faire l'objet de polémiques. L'application stricte de la loi pourrait donc conduire à des incongruités qu'en pratique les entreprises parviennent majoritairement à éviter²⁷⁰³.

²⁶⁹⁸ G. Borenfreund, « L'accord collectif, instrument de contrôle de l'information syndicale transmise par l'intranet de l'entreprise », *op. cit.*, p. 324.

²⁶⁹⁹ « Décisions du conseil constitutionnel du 1er juillet 2013 au 30 septembre 2013 », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 42, 15 janvier 2014, p. 211.

²⁷⁰⁰ J. Icard, « Communication par voie électronique : question de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 1457.

²⁷⁰¹ CC., 10 juin 2009, déc. n°2009-580 DC, JO n°0135, 13 juin 2009, p. 9675.

²⁷⁰² Y. Leroy, « La communication syndicale à l'heure d'Internet », *RJS*, janvier 2010, p. 3.

²⁷⁰³ A. Cristau, « Droit syndical et NTIC de l'entreprise », *op. cit.*, p. 403.

b. Des moyens adaptés à la révolution numérique

909. **Un dialogue social adapté à l'ère du numérique** - « Au niveau de la base, les syndicats, réseau social d'avant l'heure, ont toujours tenu un rôle de poil à gratter par rapport au discours étatique ou institutionnel : les e-mails d'aujourd'hui sont les tracts d'hier »²⁷⁰⁴. Les technologies de l'information et de la communication sont particulièrement adaptées à la communication moderne des représentants du personnel, dans un contexte où le milieu du travail a fortement évolué en fonction des possibilités nouvelles de travail à distance offertes par l'outil Internet (travail réalisé à distance...) et l'éclatement des représentants et des salariés sur différents sites, à l'échelle du village planétaire²⁷⁰⁵. Le passage à l'ère du numérique est un puissant moteur de transformation des organisations qui donne une nouvelle dimension au dialogue social, notamment en sollicitant plus les salariés²⁷⁰⁶.

910. **Accès aux outils numériques** - L'amélioration du dialogue social à travers le numérique doit s'accompagner d'une réflexion sur les conditions d'accès des syndicats aux outils numériques²⁷⁰⁷. La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016²⁷⁰⁸ contient ainsi un article 58 qui accorde au profit des syndicats un droit d'exploiter un site sur l'intranet d'entreprise en y postant des tracts ou d'autres publications syndicales. Au deuxième chapitre du titre IV du livre premier de la deuxième partie du code du travail, l'article L. 2142-6 est ainsi rédigé : « Un accord d'entreprise peut définir les conditions et les modalités de diffusion des publications et tracts syndicaux à travers les outils numériques disponibles dans l'entreprise, notamment l'intranet et la messagerie électronique de l'entreprise, lorsqu'ils existent. A défaut d'accord, les organisations syndicales satisfaisant aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre celui de l'entreprise ou de l'établissement peuvent mettre à disposition des publications et tracts sur un site syndical accessible à partir de l'intranet de l'entreprise, lorsqu'il existe ». Pour bénéficier de ce droit, les syndicats

²⁷⁰⁴ L. Boursin et L. Puyfaucher, *Le média humain : Dangers et opportunités des réseaux sociaux pour l'entreprise*, Editions Eyrolles, 2011, p. 53.

²⁷⁰⁵ J.-E. Ray, « NTIC et droit syndical », *Dr. soc.*, 2002, p. 65.

²⁷⁰⁶ L'usage des espaces numériques peut contribuer à développer le sentiment d'appartenance à un réseau, et donc la reconnaissance de l'individu et du collectif auquel il participe à travers ce réseau. N. Verdoni, *Gérer un réseau de commerce organisé : Approche stratégique et techniques d'animation opérationnelle*, BoD - Books on Demand, 2014, p. 176.

²⁷⁰⁷ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, p. 59.

²⁷⁰⁸ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », *op. cit.* (JO n°0184, 9 août 2016).

devraient être implantés dans l'entreprise depuis au moins deux ans, satisfaire aux critères d'indépendance et de respect des valeurs républicaines et couvrir le champ géographique et professionnel de l'entreprise. L'utilisation des outils numériques de l'entreprise doivent en toutes hypothèses : « être compatible avec les exigences de bon fonctionnement du réseau informatique de l'entreprise » ; « ne pas entraver l'accomplissement normal du travail » ; « préserver la liberté de choix des salariés d'accepter ou de refuser un message ».

911. **Une petite avancée** - Par défaut, les organisations syndicales devraient donc bénéficier d'un espace de communication numérique au sein de l'entreprise dans le but d'accroître leur visibilité et d'améliorer l'échange avec les salariés. Mais un tel accès ne peut être envisagé qu'à la condition qu'un intranet existe. Par ailleurs, ils devront être utilisés largement par les salariés au sein de l'entreprise pour susciter un certain intérêt. Il convient également de souligner que l'article L. 2142-6 ne garantit aucune obligation d'accessibilité et de visibilité du site syndical, et il est très aisé en pratique de « noyer » une page dans l'arborescence d'un site. « Si ce texte constitue une avancée pour la communication syndicale dans l'entreprise, il n'est pas certain qu'il soit à la hauteur de son ambition affichée, ni ne garantisse une communication syndicale effective. En effet, sans justification apparente, [la loi] limite le droit de communication syndicale à l'intranet »²⁷⁰⁹.

912. **Des accords donnant-donnant** – Pour que le texte soit à la hauteur de son intitulé, le législateur aurait dû prévoir un droit pour les syndicats d'utiliser à des fins de communication syndicale les outils numériques mis à disposition du personnel par l'employeur, sans autorisation préalable. Toutefois, dans la mesure où l'article L. 2142-6 inverse les conditions de négociations d'un accord sur l'utilisation de l'intranet l'entreprise, les organisations syndicales retrouvent une certaine marge de manœuvre pour négocier de nouveaux accords sur l'ensemble des outils. Selon les moyens à disposition de l'entreprise, ces outils pourront par exemple prendre la forme : d'un espace dédié sur l'intranet de l'entreprise avec possibilité d'abonnement des collaborateurs au(x) site(s) dédié(s) aux organisations syndicales (flux RSS), de courriels d'information (newsletters, push-mails, etc.), ou d'un accès aux outils

²⁷⁰⁹ E. Margot-Duclot, *Communication syndicale dans l'entreprise à l'ère du numérique*, <http://margot-duclot-avocat.com/avocatendroittravailletdunumerique/category/communication-syndicale/>, consulté le 8 avril 2016.

collaboratifs²⁷¹⁰. L'arrivée des organisations syndicales pourrait notamment alimenter les réseaux sociaux internes des entreprises qui connaissent souvent un succès relatif²⁷¹¹. La mise en œuvre de ces moyens de communication devrait en revanche être clairement encadrée par un accord négocié avec la direction qui permettra notamment de définir précisément les conditions du bon usage de ces outils afin de respecter le droit des salariés qui ne souhaitent pas recevoir de publications syndicales mais aussi garantir l'anonymat de ceux qui le souhaitent²⁷¹². Par ailleurs, l'implantation de ces outils devrait être accompagnée d'une formation à leur usage. C'est un argument que devraient faire valoir les entreprises dans le cadre des négociations. Les organisations syndicales devraient également clairement identifier un ou plusieurs responsables de ces moyens de communication afin de limiter les publications excédant le cadre de la libre expression syndicale.

913. **Information des syndicats** – A l'heure où l'agitation sociale envahit les réseaux sociaux publics, où la loi oblige les entreprises à mettre en place une base de données, on peut s'interroger sur la réticence des entreprises à proposer aux syndicats des supports de communication digitaux. Les entreprises considèrent encore trop rarement les syndicats comme de véritables « partenaires sociaux ». Le dialogue se réduit trop souvent à un jeu d'acteurs sclérosés qui laisse peu de place à l'innovation et à la modernisation. La loi du 8 août 2016²⁷¹³ agit comme un révélateur de cette évolution mais également de son incompréhension. La meilleure solution serait de prévoir une plus grande neutralité technologique afin de ne pas définir des règles en fonction des supports utilisés (papier, format numérique) mais en fonction des usages. On peut par exemple distinguer l'information mise à disposition du salarié à qui il appartient de venir la rechercher et celle portée à sa connaissance, ce qui reprend la distinction pull/push. On peut faire un parallèle entre les panneaux d'affichage qu'il faut aller consulter, et les sites syndicaux sur lesquels l'information syndicale peut être consultée ou téléchargée (le « pull »). De manière symétrique, on peut s'assimiler la distribution de tracts à l'entrée ou à la sortie de l'entreprise à l'envoi de messages électroniques en masse vers les adresses professionnelles de groupes de salariés (« push »). De la même

²⁷¹⁰ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, op. cit., p. 59.

²⁷¹¹ A. Lefebvre, *Les réseaux sociaux : pivot de l'Internet 2.0*, M21 Editions, 2005, p. 77.

²⁷¹² Lorsqu'un syndicat fait valoir que des salariés s'opposent à la révélation de leur adhésion, il appartient au juge d'aménager la règle du contradictoire, en autorisant le syndicat à lui fournir non contradictoirement les éléments nominatifs de preuve dont il dispose. *Cass. soc.*, 14 déc. 2010, *pourvoi n°10-60.137*, *Bull. civ.*, V, n° 290.

²⁷¹³ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », op. cit. (JO n°0184, 9 août 2016).

façon, on peut distinguer la stricte information des salariés par le biais de tracts papiers ou électronique et la communication interactive en ligne qui peut s'assimiler à des réunions d'échanges²⁷¹⁴. Le législateur pourrait aller encore plus loin en incluant un volet numérique dans les phases obligatoires du dialogue social. Ainsi, dès qu'un (ou plusieurs) syndicat le souhaiterait, il pourrait informer les salariés concernés par un dossier en discussion dans les instances représentatives du personnel (orientation stratégique de l'entreprise, changement impactant, etc.), par l'intermédiaire d'un courrier électronique ou via des outils spécifiques²⁷¹⁵.

914. Le community management syndical - Les accords d'entreprises existant ne prennent généralement pas en compte les spécificités des outils numériques qui sont considérés comme la transposition d'un « tableau d'affichage » physique. « Ne sont, notamment, pas autorisées les pratiques suivantes : l'interactivité, sauf ce qui est expressément prévu par la présente charte (...) les forums et le « chat » (causeries interactives) »²⁷¹⁶. Les réseaux sociaux d'entreprises peuvent être considérés par les syndicats comme une tentative de les contourner en mettant le principe des communautés, du participatif et du collaboratif quasiment en compétition avec le travail d'intermédiation des syndicats entre salariés et direction²⁷¹⁷. Le dialogue direct entre les dirigeants de l'entreprise ou la DRH et les salariés, ou la possibilité laissée à ces derniers de s'exprimer en toute liberté, aboutit à une nouvelle forme de dialogue social, sans intermédiaires. « Ce court-circuitage de facto des instances représentatives du personnel n'est pas fortuit : il résulte de la stricte application des principes de circulation de l'information de l'entreprise 2.0 où chacun peut exprimer son opinion et la faire publiquement connaître sur un blog ou sur le réseau social interne »²⁷¹⁸. Fortes de ces constats, les principales organisations mettent progressivement en place de véritables stratégies digitales. En effet, l'avenir des syndicats se joue dès à présent : offrir des services aux salariés de représentation, de défense mais aussi et surtout de relations et d'explications²⁷¹⁹. Si le recours à internet restait il y a encore peu du domaine de l'amateurisme, les organisations syndicales commencent à percevoir tous les

²⁷¹⁴ Le Forum des droits sur l'internet, *Relations de travail et internet*, 2002, p. 34.

²⁷¹⁵ FRANCE, Premier Ministre et Conseil national du numérique, *Ambition numérique : pour une politique française et européenne de la transition numérique*, *op. cit.*, p. 200.

²⁷¹⁶ Article 18 Renault, « Accord d'entreprise portant sur les conditions d'accès et d'utilisation de l'intranet par les institutions représentatives du personnel du 2 février 2005 », *op. cit.*

²⁷¹⁷ Une première étape de l'« ubérisation » qui menace les intermédiaires à faible valeur ajoutée.

²⁷¹⁸ FRANCE, T. Klein, D. Ratier, Centre d'analyse stratégique et Direction générale du travail, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, *op. cit.*, p. 206.

²⁷¹⁹ Le Forum des droits sur l'internet, *Relations de travail et internet*, *op. cit.*, p. 34.

avantages de ce nouveau média social. L'entreprise a tout intérêt à engager avec les organisations syndicales un travail sur la modernisation des outils des relations sociales dans l'entreprise. « Le dialogue social peut être relancé en saisissant la transformation numérique comme une opportunité pour co-construire les enquêtes et permettre aux IRP de se consacrer pleinement à leur rôle d'analyse et de co-construction des réponses sociales au sein de l'entreprise »²⁷²⁰.

915. **Transition** - Plus de dix ans après l'adoption de la loi de 2004, pourtant protectrice des intérêts de l'entreprise, rares sont les entreprises ayant signé des accords ambitieux, par peur de donner un moyen de communication puissant aux syndicats²⁷²¹. Mais à trop brider la communication syndicale interne et à trop vouloir contrôler les TIC, les employeurs qui ont refusé de signer un accord ou l'ont trop restreint risquent de subir des assauts *via* le réseau externe, l'Internet, accessible à tous, de partout²⁷²². L'agitation provoquée à partir d'internet lors de la discussion du projet de loi dit El Khomri qui a mis les syndicats dans l'obligation de se positionner sans rien maîtriser de la viralité des contenus postés par de simples internautes devrait inciter les entreprises à redéfinir leur position.

B. L'expression syndicale hors de l'entreprise

916. **Hors du cadre de l'entreprise** - Les syndicats ne sont pas totalement libres de diffuser une information sur les supports informatiques de l'entreprise. Dans ces conditions, certains syndicats manifestent leur volonté de s'évader du cadre informatique de l'entreprise afin de recouvrer une certaine liberté²⁷²³. En effet, un site Internet extérieur à l'entreprise créé par un syndicat jouit *a priori* de la liberté d'expression (1). Mais l'exercice de la liberté de communication électronique peut être limité, notamment, par la protection de la liberté et de la propriété d'autrui et du droit de la presse (2).

²⁷²⁰ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, p. 59.

²⁷²¹ J.-E. Ray, « Actualité des TIC (II). Rapports collectifs de travail », *Dr. soc.*, 2009, p. 22.

²⁷²² C. Castets-Renard, « NTIC et droit du travail », *op. cit.*, p. 39.

²⁷²³ B. Ines, « Site internet d'un syndicat : limites à la liberté d'expression », *D.*, 2008, p. 840.

1) *La liberté de la communication publique*

917. **Liberté de communication** - L'article 1^{er} alinéa 1^{er} de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication est ainsi rédigé : « La communication au public par voie électronique est libre ». Il en résulte que la création d'un site syndical est libre²⁷²⁴, que ses modalités d'animation sont libres. En particulier le site est librement alimenté par n'importe quel rédacteur. Cette liberté est également reconnue à travers l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Les syndicats peuvent ainsi communiquer sur Internet, sur les réseaux sociaux, tels que Facebook ou Twitter et envoyer des publications et tracts syndicaux aux salariés qui se sont inscrits sur leurs listes de diffusion. S'agissant du contenu des articles un site peut parfaitement placer sa communication sous un angle polémique, la liberté d'expression constituant un droit fondamental constitutionnellement protégé sauf abus de droits et atteinte au droit de la presse. La communication à l'extérieur de l'entreprise est particulièrement intéressante en ce sens qu'elle permet aux syndicats de communiquer avec les salariés de manière indépendante. C'est un outil redoutable puisque qu'il permet non seulement de communiquer avec les salariés qui peuvent y avoir accès en dehors de l'entreprise, mais aussi les partenaires de l'entreprise, ses concurrents, les consommateurs, les journalistes, l'opinion publique... Relevons toutefois que jusqu'ici, les syndicats n'ont qu'assez marginalement utilisé les médias sociaux lors des conflits sociaux²⁷²⁵ et qu'ils n'ont pas été plus allants pour en exploiter leurs potentialités utiles au dialogue social de temps calme²⁷²⁶. Nous n'en sommes cependant qu'aux débuts de l'utilisation de ces outils lors des conflits sociaux.

918. **La communication au public** - On entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée²⁷²⁷. Le caractère public est clair lorsque les informations communiquées par les

²⁷²⁴ Cass. soc., 5 mars 2008, pourvoi n°06-18.907, Bull. civ., V, n°55.

²⁷²⁵ Facebook et Twitter préparent ou conduisent la mobilisation en temps réel. Jusqu'à présent, ce sont essentiellement les salariés qui y ont eu recours, leur diffusion est rapide dans l'ensemble des catégories socioprofessionnelles.

²⁷²⁶ FRANCE, T. Klein, D. Ratier, Centre d'analyse stratégique et Direction générale du travail, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, op. cit., p. 206.

²⁷²⁷ Art. 1. « Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ».

organisations syndicales sur les sites, blogs et réseaux sociaux sont accessibles à tous via une simple recherche dans un moteur de recherche, sans inscription préalable nécessaire, identification ou mot de passe²⁷²⁸. Par exemple, le caractère public d'un message posté sur le mur Facebook d'une organisation syndicale d'une société est établi dès lors qu'il est accessible librement²⁷²⁹. L'accès restreint à des publications sur internet ne les rend pas obligatoirement privées. En l'état actuel de la jurisprudence, seule une étude au cas par cas, au regard du nombre de personnes accédant à l'information, permet de déterminer le caractère public ou non de la communication²⁷³⁰. S'agissant des réseaux sociaux, sauf utilisation des fonctionnalités permettant de conserver la confidentialité, il s'agit d'espaces publics : « ne constituent pas des injures publiques celles diffusées sur un compte de réseau social accessible aux seules personnes agréées, en nombre très restreint, par l'auteur des propos injurieux, et qui forment entre elles une communauté d'intérêts »²⁷³¹. La même logique semble pouvoir être retenue en cas de mot de passe : si un mot de passe est nécessaire pour accéder à l'information, le caractère public est alors plus difficile à démontrer et dépendra de la facilité avec laquelle ce mot de passe peut être obtenu (simple demande, réponse à une question simple, ...).

919. Mentions obligatoires sur un site syndical - Conformément à la loi pour la confiance dans l'économie numérique, tout site doit comporter une page permettant de contacter son gestionnaire. Si le site est créé au nom de la section syndicale, il devra ainsi indiquer : sa raison sociale, l'adresse de son siège, un numéro de téléphone et le nom du directeur de la publication²⁷³². Par ailleurs, si le site contient un forum ou des commentaires, il doit indiquer s'ils sont modérés et permettre aux utilisateurs de retirer leurs contributions sur simple demande. Enfin, si le site traite des données personnelles, le responsable du site est obligé de le déclarer à la CNIL. Le numéro de la déclaration doit également figurer dans les mentions légales²⁷³³.

²⁷²⁸ J.-E. Ray, « Actualité des NTIC », *Dr. soc.*, 2013, p. 978.

²⁷²⁹ *TGI Paris*, 17 janv. 2012, n°10/340083.

²⁷³⁰ *Infra*. Partie 1, titre 1, section 1, II, A, 2 : « communauté d'intérêt ».

²⁷³¹ *Cass. 1ère civ.*, 10 avr. 2013, pourvoi n°11-19.530, *Bull. civ.*, I, n°70, *op. cit.*

²⁷³² Art. 93-2 : Tout service de communication au public par voie électronique est tenu d'avoir un directeur de la publication. « Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle » (JO, 30 juillet 1982, p. 2431).

²⁷³³ Art. 6 « Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique », *op. cit.*

2) *Les limites à la liberté de publier sur Internet*

920. **Les risques de la communication publique** - Les organisations syndicales sont présentes sur internet et les réseaux sociaux via lesquels elles communiquent à la fois sur l'actualité syndicales mais aussi sur l'actualité dans l'entreprise. Cette communication peut en particulier présenter un risque d'image (a) et un risque au regard de la confidentialité (b).

a. Le risque d'image

921. **La loi du 29 juillet 1881** – Contrairement à leur diffusion à l'intérieur de l'entreprise, les tracts sous format papier et sous format électronique suivent le même régime à l'extérieur de l'entreprise. En effet, un tract syndical diffusé à l'extérieur de l'entreprise n'est pas soumis aux dispositions de l'article L. 2142-4 du code du travail relatif à la diffusion des tracts dans l'enceinte de l'entreprise. Les propos qu'il contient peuvent alors être incriminés au regard de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse²⁷³⁴. A cet égard, il convient de rappeler que même si les syndicats professionnels ne peuvent pas être poursuivis en tant que personne morale en cas de diffamation ou d'injure, les adhérents et responsables à l'origine des tracts syndicaux peuvent, en tant que personnes physiques, voir leur responsabilité pénale engagée le cas échéant²⁷³⁵. « Sont ici en balance la liberté d'expression collective des représentants du personnel et des syndicats d'un côté et les droits à l'honneur et à la réputation de l'employeur de l'autre côté »²⁷³⁶. A cet égard, l'employeur doit faire preuve de réactivité. Le délai de prescription de droit commun en matière d'infraction de presse est de trois mois. Lorsque des poursuites pour diffamation sont engagées, le point de départ du délai de prescription de l'action est la date à laquelle le message a été mis pour la première fois à la disposition des utilisateurs du réseau²⁷³⁷.

²⁷³⁴ Cass. soc., 28 fév. 2007, pourvoi n°05-15.228, Bull. civ., V, n°37.

²⁷³⁵ Infra. Partie 2, titre 1, chapitre 2, section 2, I, B, 3 : « La discrétion des représentants du personnel ».

²⁷³⁶ A. d'Heilly, « Utilisation des TIC par les salariés et leurs représentants », *JCP S*, n° 42, 14 octobre 2014, p. 1393.

²⁷³⁷ R. de Quenaudon et C. Sachs-Durant, « Les informations sociales d'une entreprise sur le site internet d'un syndicat », *RDT*, 2006, p. 180.

b. *Le risque de confidentialité*

922. **Contenu confidentiel** - La communication publique rend les données publiées accessibles à tous, y compris aux clients et aux concurrents de l'entreprise. Si un syndicat a le droit de communiquer librement des informations au public sur un site internet, cette liberté peut être limitée dans la mesure de ce qui est nécessaire pour éviter que la divulgation d'informations confidentielles porte atteinte aux droits des tiers²⁷³⁸. En application du 2^{ème} alinéa de l'article 1^{er} de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication²⁷³⁹, la jurisprudence a précisé que « ne peuvent être diffusées sur un site internet extérieur à l'entreprise les informations qui ont un caractère confidentiel et dont le caractère confidentiel est de nature à justifier l'interdiction de leur divulgation au regard des intérêts légitimes de l'entreprise »²⁷⁴⁰. La Cour impose un contrôle de nécessité et de proportionnalité afin que soit recherché un « juste équilibre » entre la liberté de communication électronique du syndicat et l'intérêt de l'entreprise qui exige parfois la préservation de certaines données confidentielles²⁷⁴¹. En pratique, la communication syndicale sur Internet doit faire l'objet d'articles rédigés spécialement pour le « public » et pas uniquement pour les salariés de l'entreprise concernée (ce qui nécessiterait de mettre en place des codes d'accès). En raison de ce lectorat indéterminé, les documents internes de l'entreprises ne sont pas publiables tels quels. Ils peuvent être résumés dans un article mais pas intégralement divulgués²⁷⁴². En revanche, il est possible de diffuser un accord d'entreprise qui est public. Toutefois, un syndicat peut par exemple utiliser son propre site internet comme vitrine d'un conflit et y faire figurer des contestations à l'appui desquelles le syndicat ferait état de la situation économique et sociale de l'entreprise. Il sera dans ce cas difficile de déterminer ce qui est confidentiel ou non et ce qui est de nature à justifier une interdiction de diffusion²⁷⁴³.

923. **Différents niveaux de confidentialités** - Les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des

²⁷³⁸ C. de cassation FRANCE, *Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation. Le droit de savoir, op. cit.*, p. 290.

²⁷³⁹ « L'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise, d'une part, par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion et, d'autre part, par la sauvegarde de l'ordre public, par les besoins de la défense nationale, par les exigences de service public, par les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication, ainsi que par la nécessité, pour les services audiovisuels, de développer la production audiovisuelle ».

²⁷⁴⁰ *Cass. soc.*, 5 mars 2008, pourvoi n°06-18.907, *Bull. civ.*, V, n°55, *op. cit.*

²⁷⁴¹ Bertrand Ines, « Site internet d'un syndicat : limites à la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 840.

²⁷⁴² L. Pécaut-Rivolier, « La confidentialité : droit ou obligation du représentant du personnel ? », *Dr. soc.*, 2012, p. 469.

²⁷⁴³ J.-E. Ray, « De la grève interne aux actions collectives externalisées », *Dr. soc.*, 591, p. 591.

informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur²⁷⁴⁴. L'employeur doit toutefois faire attention. Placer l'intégralité des documents sous le sceau de la confidentialité sans justifier de cette nécessité peut entraîner la reprise de la procédure de consultation à son début²⁷⁴⁵. La base de données économiques et sociales donne à cette restriction un nouvel essor en mettant à la disposition des organisations syndicales des informations sensibles sur l'entreprise²⁷⁴⁶. Certains documents sont également réputés confidentiels par la loi. Les procès-verbaux de réunions du comité d'entreprise ne peuvent être a priori diffusés sur Internet, donc à l'extérieur de l'entreprise, conformément à l'article L. 2325-21 du Code du travail. Leur consultation doit être limitée aux seuls membres du personnel. A l'instar des membres du comité d'entreprise²⁷⁴⁷, les délégués syndicaux sont également tenus au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication²⁷⁴⁸ et certaines données économiques²⁷⁴⁹. En vertu de l'article 9 du Code civil, les syndicats ont interdiction de divulguer des informations sur la vie privée des salariés sans leur consentement. Enfin, les informations concernant l'entreprise communiquées en application des dispositions du droit d'alerte ont par nature un caractère confidentiel²⁷⁵⁰. On assiste finalement à paradoxe : plus les droits à l'information des représentants sont augmentés, plus leurs droits d'expressions sont restreints, ce qui les met à l'évidence dans une situation complexe vis-à-vis des salariés qu'ils représentent²⁷⁵¹. On peut se demander « pourquoi les exigences de transparence, requises en matière financière pour sauvegarder les intérêts des actionnaires, réels ou potentiels, ne pourraient s'appliquer au domaine social, entre autres pour informer les salariés à la recherche d'un emploi, ceux qui font l'objet d'un transfert vers cette entreprise, et pourquoi pas, les clients de celle-ci, à l'heure où la responsabilité sociale de l'entreprise est à l'honneur »²⁷⁵².

924. Modes d'actions – En définitive, face à la publication de contenus illicites sur internet (utilisation du logo, divulgation d'informations confidentielles, etc.), via un site,

²⁷⁴⁴ C. trav. art. L. 2325-5.

²⁷⁴⁵ Cass. soc., 5 nov. 2014, pourvoi n°13-17.270, en cours de publication, *op. cit.*

²⁷⁴⁶ C. trav. art. R. 2323-1-8 : Les informations figurant dans la base de données qui revêtent un caractère confidentiel doivent être présentées comme telles par l'employeur qui indique la durée du caractère confidentiel de ces informations que les personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 2323-7-2 sont tenues de respecter.

²⁷⁴⁷ C. trav. art. L. 2325-5.

²⁷⁴⁸ C. trav. art. L. 2143-21.

²⁷⁴⁹ C. trav. art. L. 2323-10.

²⁷⁵⁰ C. trav. art. L. 2323-82.

²⁷⁵¹ L. Pécaut-Rivolier, « La liberté syndicale », *RDT*, 2004, p. 403.

²⁷⁵² R. de Quenaudon et C. Sachs-Durant, « Les informations sociales d'une entreprise sur le site internet d'un syndicat », *op. cit.*, p. 180.

un blog ou les réseaux sociaux, l'employeur peut tout d'abord contacter l'auteur (personne ou organisation) de la publication pour lui demander de la retirer en lui expliquant les raisons (sûreté, image, etc.). Selon l'article 6 de la loi du 21 juin 2004²⁷⁵³ sur la confiance dans l'économie numérique, toute personne nommée ou désignée dans un service de communication au public en ligne dispose d'un droit de réponse, sans préjudice des demandes de correction ou de suppression du message qu'elle peut adresser au service. En vertu de ce texte, l'employeur pourrait ainsi demander la publication de sa réponse sur le site syndical. Toujours selon cet article, il peut également mettre en demeure l'hébergeur du site de supprimer les propos litigieux. L'employeur doit toutefois prendre garde. L'abus dans l'envoi d'une notification de retrait de contenus illicites est sanctionné pénalement par un an d'emprisonnement et 15.000 euros d'amende. Enfin, il peut procéder à une action judiciaire (au civil ou au pénal), éventuellement en référé, notamment sur les fondements présentés précédemment²⁷⁵⁴. Ces dispositions sont identiques à celles qui concernent les salariés, mais également la presse. Les syndicats ne bénéficient donc pas d'un régime de faveur²⁷⁵⁵.

925. **Conclusion** - « Il existe dans notre société de la réputation, des informations pas toujours économiques mais vraiment sensibles qui, sorties de l'entreprise et de son contexte, pourraient coûter très cher en termes d'image »²⁷⁵⁶. En cas de fuite, une assignation risque d'être contreproductive car en médiatisant l'information, l'employeur risque de donner envie aux internautes d'aller la chercher sur internet grâce aux moteurs de recherche, alors que l'information pourrait très bien rester confidentielle dans les méandres de la toile. Réagir sur le terrain de la communication (commentaire sous une publication) ou sur le terrain judiciaire (demande de suppression auprès de l'hébergeur, poursuites judiciaires) peut être contreproductif et créer un « *badbuzz* » (une réaction virale et négative) autour d'une publication présentant à l'origine une audience faible. Parce que le temps de réaction judiciaire n'est pas celui d'internet, pour l'employeur il peut être opportun de suivre les communications syndicales à l'extérieur de l'entreprise. En la matière, il n'y a pas d'opposition au suivi des profils des organisations syndicales, ni à la veille des publications de celles-ci sur internet et les réseaux sociaux, dès lors que

²⁷⁵³ « Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique », *op. cit.* (JO, n°143, 22 juin 2004, p. 1168).

²⁷⁵⁴ A. d'Heilly, « Utilisation des TIC par les salariés et leurs représentants », *op. cit.*, p. 1393.

²⁷⁵⁵ Partie 1, titre 1, chapitre 2, section 1 : « la réputation de l'entreprise ».

²⁷⁵⁶ J.-E. Ray, « Sur la liberté d'expression des syndicats sur Internet », *Semaine sociale Lamy*, 17 mars 2008, p. 3.

ces profils et publications ont un caractère public. Finalement, l'employeur a intérêt à ouvrir le dialogue avec les organisations syndicales sur les réseaux internes de l'entreprise, pour que le dialogue s'y épanouisse aussi librement que sur internet mais sans risque de médiatisation. L'utilisation des réseaux sociaux internes aux entreprises pourrait ainsi avoir un rôle à jouer dans les conflits collectifs de l'entreprise, entre les salariés et l'employeur mais aussi entre salariés. Ce rôle serait tant préventif (plus de dialogue permet d'éviter les conflits), qu'un moyen de régler des différends une fois survenus.

II. Virtualisation des échanges des IRP

926. **Virtualisation** - Le pluralisme syndical apparaît comme un moyen de maximiser les chances de représentation du plus grand nombre de salariés alors que les entreprises sont de plus en plus éclatées. L'unification de cette représentation s'opère à l'occasion des réunions des IRP, qui permettent aux représentants des différentes organisations de se rencontrer. En dehors de ces moments, les communications par internet apparaissent décisives²⁷⁵⁷. Du fait de la révolution informatique, la vitesse des échanges est décuplée, l'unité de temps ne s'accompagne plus de l'unité de lieu. La virtualisation de l'intelligence humaine aboutit à la promesse d'une culture de l'« intelligence collective »²⁷⁵⁸. Pourtant la loi ne prévoit pas forcément l'accès par les instances représentatives du personnel (membres du comité d'entreprise, du CHSCT, délégués du personnel) aux moyens informatiques de l'entreprise (A). Un tel accès s'avère pourtant déterminant pour développer de nouveaux modes d'intervention à distance (B).

A. Communication entre les IRP, les salariés, l'employeur

927. **Communication** - Le Code du travail attribue un rôle à chacun des représentants de personnel. Dans le cadre de leurs missions respectives ces derniers sont amenés à échanger entre eux, avec l'employeur et les salariés. Pourtant l'utilisation des technologies de l'information et de la communication ne va pas toujours de soit (1). Par

²⁷⁵⁷ S. Bérout, Y. Karel, M. Dressen, M. Gantois, C. Guillaume et D. Kesselman, « La loi du 20 août 2008 et ses implications sur les pratiques syndicales en entreprise : sociologie des appropriations pratiques d'un nouveau dispositif juridique. », *op. cit.*, p. 105.

²⁷⁵⁸ S. Missonnier et X. Vlachopoulou, *Psychologie des écrans : « Que sais-je ? » n° 4001*, Presses Universitaires de France, 2015, p. 21.

ailleurs, s'agissant des activités sociales et culturelles et des données qu'il est amené à manipuler, le comité d'entreprise doit veiller à satisfaire aux exigences de la CNIL (2).

1) *Moyens d'information et de communication*

928. « **Matériel nécessaire** » – Quel matériel l'employeur doit-il fournir ? « L'employeur met à la disposition du comité d'entreprise un local aménagé et le matériel nécessaire à l'exercice de ses fonctions »²⁷⁵⁹. Les comités d'entreprise et d'établissement sont bien sûr concernés, de même que la délégation unique du personnel et le comité central d'entreprise²⁷⁶⁰. Une circulaire précise que l'employeur doit fournir une ligne téléphonique ainsi que le « matériel de dactylographie » et de photocopie²⁷⁶¹. Une réponse ministérielle du 9 janvier 1989 précise toutefois que ce matériel doit être adapté aux besoins du comité et tenir compte de l'évolution technologique²⁷⁶². Il existe très peu de contentieux sur ce terrain. A partir de la lecture de ces textes, l'employeur doit vraisemblablement aujourd'hui fournir un ordinateur. Il semble abusif de soumettre à l'accord de l'employeur l'usage du téléphone et de l'internet qui lui est lié. En contrepartie de cette mise à disposition, les représentants du personnel devront régulièrement assurer la maintenance selon les normes fixées par le service informatique de l'entreprise²⁷⁶³.

929. **Messagerie électronique ou l'intranet** - Aucun texte ne régit les conditions d'utilisation de la messagerie électronique ou l'intranet. La CNIL préconise néanmoins que cet accès soit ouvert aux IRP dans les mêmes conditions que pour les organisations syndicales²⁷⁶⁴. En pratique, il est donc préférable de mettre en place un accord sur l'utilisation de ces nouveaux moyens technologiques (accord collectif, adjonction au règlement intérieur, élaboration d'une charte informatique, etc.)²⁷⁶⁵. Contrairement aux demandes émanant des syndicats, les employeurs se montrent plus enclins à autoriser au comité d'entreprise l'accès à l'Intranet. La nature des informations transmises n'est pas de même nature et apparaît moins « dangereuse » du point de vue de l'employeur (la

²⁷⁵⁹ C. trav., art. L. 2325-12.

²⁷⁶⁰ Cass. crim., 15 mai 2007, pourvoi n°06-84.318, Bull. crim. 2007, n°126.

²⁷⁶¹ Circ. min., 6 mai 1983, BO Trav. 1983 n° 47.

²⁷⁶² Rép. min. à QE n°2207, JO AN Q, 9 janvier 1989, p. 182.

²⁷⁶³ « La communication des représentants du personnel », *RF social*, n° 106, mars 2011, p. 30.

²⁷⁶⁴ CNIL, Fiche pratique du 25 mai 2004.

²⁷⁶⁵ A. d'Heilly, « Utilisation des TIC par les salariés et leurs représentants », *op. cit.*, p. 1393.

nature des informations transmises est d'ailleurs souvent limitée aux activités sociales et culturelles)²⁷⁶⁶.

930. Confidentialité des échanges - En matière d'échanges téléphoniques, la règle est claire : pour l'accomplissement de leur mission légale et la préservation de la confidentialité qui s'y attache, les salariés investis d'un mandat électif doivent disposer d'un matériel excluant l'interception de leurs communications téléphoniques et l'identification de leurs correspondants²⁷⁶⁷. Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui décide que l'employeur n'est pas tenu de mettre à la disposition de l'un de ses salariés, délégué syndical et délégué du personnel dont le poste était desservi par l'autocommutateur de l'entreprise, un tel matériel ou procédé²⁷⁶⁸. Lorsqu'un autocommutateur téléphonique existe dans l'entreprise, l'employeur doit donc mettre à leur disposition une ligne téléphonique qui n'y soit pas connectée²⁷⁶⁹. En revanche, en matière de correspondances par mails des représentants du personnel, ni la loi, ni la jurisprudence n'ont prévu de règles. Dans un arrêt du 4 avril 2012, l'employeur d'un salarié protégé avait utilisé le relevé de facturation du téléphone mobile de l'entreprise utilisé par l'employé pour identifier les correspondants de ce dernier. La cour y voit à la fois une violation des règles du code du travail relatives au licenciement des salariés protégés et une violation de la loi n° du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés²⁷⁷⁰. Par extension, les salariés protégés doivent également bénéficier d'une protection de leurs courriers électroniques et des échanges qu'ils peuvent avoir sur internet, pour l'accomplissement de leur mission légale et la préservation de la confidentialité qui s'y attache²⁷⁷¹. Afin d'assurer la confidentialité des échanges, l'entreprise devrait donc allouer à chaque représentant du personnel une adresse de messagerie spécifique pour l'exercice de son mandat. Par ailleurs, les salariés peuvent également utiliser les TIC pour communiquer avec les IRP. Or, techniquement, l'employeur peut tout savoir des connexions internet et intranet réalisées par les salariés. L'entreprise doit donc s'engager dans le cadre du respect de la liberté individuelle, à

²⁷⁶⁶ C. Castets-Renard, « NTIC et droit du travail », *op. cit.*, p. 40.

²⁷⁶⁷ « Confidentialité des communications téléphoniques des représentants du personnel », *LPA*, n° 109, 6 janvier 2004, p. 109.

²⁷⁶⁸ *Cass. soc.*, 6 avr. 2004, pourvoi n°02-40.498, *Bull. civ.*, V, n°104.

²⁷⁶⁹ CNIL, « CNIL, délibération n° 2005-19, 3 février 2005, portant création d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en oeuvre dans le cadre de l'utilisation de services de téléphonie fixe et mobile sur les lieux de travail (norme simplifiée n° 47) et portant abrogation de la norme simplifiée n° 40 ».

²⁷⁷⁰ E. Papin, « L'usage des moyens informatiques de l'entreprise par les syndicats », *op. cit.*

²⁷⁷¹ C. About, « L'employeur doit respecter le secret des correspondances des salariés protégés », *Les Cahiers Lamy du CE*, n° 116, juin 2012.

assurer la confidentialité du contenu et du flux de ces messages²⁷⁷². Mais ces règles visant à ne pas entraver la communication entre les représentants du personnel et les salariés ne doivent pas faire oublier que tout salarié est en droit de refuser de recevoir des messages venant des représentants du personnel²⁷⁷³.

931. **Panneaux électroniques** – L'article L. 2142-3 du code du travail prévoit que « l'affichage des communications syndicales s'effectue librement sur des panneaux réservés à cet usage et distincts de ceux qui sont affectés aux délégués du personnel et du comité d'entreprise ». L'employeur fixe par accord collectif les règles matérielles d'utilisation des panneaux d'affichage ainsi que leurs conditions d'emplacement dans l'entreprise. L'employeur peut proposer au CE la mise en place d'un panneau électronique venant compléter le panneau d'affichage classique. Rien n'interdit aux délégués syndicaux et à l'employeur de négocier un accord sur l'utilisation et les conditions d'emplacement de panneaux d'affichage virtuels, consultables sur l'intranet de l'entreprise. Il s'agira d'une déclinaison du panneau sur support papier devant se conformer aux exigences de l'article L. 2142-3 du code du travail.

2) *Gestion des activités sociales et culturelles*

932. **Déclaration préalable à la CNIL** – La loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite loi Informatique et libertés soumet tout traitement automatisé d'informations nominatives à une déclaration préalable auprès de la CNIL. Elle s'applique évidemment dans l'entreprise aux traitements opérés par les organisations représentatives du personnel. Les activités sociales et culturelles sont en revanche dispensées de toute formalité déclarative préalable à la CNIL lorsque le système mis en place est conforme à la délibération adoptée le 17 octobre 2006, n°2006-230, c'est-à-dire, accorde aux salariés des droits d'opposition, d'accès et de rectification des données.

933. **Transmission de données personnelles** - S'agissant de la transmission de données personnelles dans le cadre de la gestion des activités sociales et culturelles, le comité d'entreprise peut demander à l'employeur des renseignements concernant le personnel. En effet, aucune disposition de la loi du 6 janvier 1978 ne s'oppose à une

²⁷⁷² A. Cristau, « Vie syndicale et accès aux NTIC de l'entreprise », *op. cit.*, p. 57.

²⁷⁷³ A. d'Heilly, « Utilisation des TIC par les salariés et leurs représentants », *op. cit.*, p. 1393.

telle transmission²⁷⁷⁴. Toutefois, le comité d'entreprise devenant destinataire d'une partie des informations issues du fichier de gestion du personnel, les membres du personnel devront en être informés. Les données transmises doivent en outre être limitées à celles strictement nécessaires à l'exercice des fonctions du comité d'entreprise²⁷⁷⁵.

934. **Pertinence des renseignements** - Le comité d'entreprise peut diffuser des questionnaires auprès des salariés. Les questionnaires doivent alors comporter les dispositions de l'article 32 de la loi du 6 janvier 1978. Il a été jugé à ce propos que la production de la photocopie de la déclaration de revenus comportant des informations relevant de la vie privée des intéressés ne peut pas être exigée²⁷⁷⁶. Constitue une atteinte à la vie privée, au sens de l'article 9 du code civil, la demande de communication de la déclaration de revenus de personnes, dans le but de déterminer leurs droits à l'attribution d'une prime, dès lors que la déclaration de revenus contient des renseignements tels que la situation de famille légitime ou illégitime, la situation de fortune ou l'existence de dettes, qui ne sont pas tous indispensables pour l'attribution de la prime. En tout état de cause, les données communiquées ne peuvent être utilisées que dans le cadre des fonctions légales du comité d'entreprise et ne peuvent être divulguées.

B. Développer de nouveaux modes d'intervention à distance

935. **Pratiques de travail à distance** - Grâce aux terminaux mobiles et à la virtualisation du poste de travail, les salariés peuvent travailler depuis n'importe où et n'hésitent pas à le faire même si leur activité ne l'exige pas²⁷⁷⁷. Ces pratiques nouvelles (1) appellent de nouveaux modes d'intervention à distance de la part des institutions représentatives du personnel qui peuvent prendre la forme de réunions à distance (2) ou de forums d'échange en ligne (3)

²⁷⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁷⁵ Art. 32 « Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *op. cit.*

²⁷⁷⁶ Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 1984, pourvoi n°82-12.232, Bull. civ., I, n°176.

²⁷⁷⁷ En 2013, 69% des sociétés européennes fournissaient un accès à distance à leurs salariés. *Les nouveaux modes de travail à l'ère du digital : enjeux et opportunités, exemples et enseignements*, Orange Business Services, 2014, p. 9.

1) *L'éloignement physique des salariés*

936. Visite virtuel du salarié sur son poste de travail - Les représentants du personnel peuvent se déplacer dans l'entreprise pour rencontrer les salariés sur leur poste de travail. Cette liberté de déplacement, dans le cadre de leur mandat, concerne les délégués du personnel²⁷⁷⁸, les membres du comité d'entreprise²⁷⁷⁹, les délégués syndicaux²⁷⁸⁰, les représentants de la section syndicale et les membres du CHSCT²⁷⁸¹. L'employeur ne peut pas restreindre cette possibilité unilatéralement ou par un accord collectif ou dans le règlement intérieur²⁷⁸². Mais l'éloignement physique des salariés, notamment lorsqu'ils travaillent depuis leur domicile, peut entraver cette faculté, alors qu'il est essentiel de prendre en compte leurs intérêts. La distance entre l'entreprise et le lieu de travail du télétravailleur peut affecter la reconnaissance et l'attention que l'employeur porte aux résultats de son salarié et générer un sentiment d'oubli²⁷⁸³. À cet effet, l'article 8 de l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 prévoit que les membres du CHSCT ont accès à l'espace de travail sous réserve de l'accord du télétravailleur si celui-ci travaille à son domicile²⁷⁸⁴. Il est également possible d'envisager des visites virtuelles dont les modalités peuvent être prévues dans l'accord d'entreprise sur le travail à distance. Enfin dans l'exercice de leur mission, les représentants du personnel peuvent également téléphoner aux salariés.

937. Intégrer les travailleurs à distance - Les organisations syndicales pourraient également envisager, pour rompre l'isolement de certains travailleurs, l'utilisation des réseaux sociaux d'entreprise ou des plateformes sociales externes ou encore, concevoir des sites web d'informations pour, d'une part, mieux intégrer les travailleurs à distance dans un collectif de travail et, d'autre part, proposer des services plus individualisés²⁷⁸⁵. L'un des exemples syndicaux les plus intéressants en Europe est certainement celui du « Online Forum Telearbeit » en Allemagne. Il s'agit d'un centre d'appels téléphoniques

²⁷⁷⁸ C. trav. art. L. 2315-5.

²⁷⁷⁹ C. trav. art. L. 2325-11.

²⁷⁸⁰ C. trav. art. L. 2143-20.

²⁷⁸¹ Circ. DRT 93-15 du 25 mars 1993.

²⁷⁸² C. trav. art. L. 2141-10 et L. 2312-7.

²⁷⁸³ B. Schneider et N. Rosensohn, *Télétravail, réalité ou espérance ?*, Presses universitaires de France, 1997, p. 90.

²⁷⁸⁴ « ANI, 19 juillet 2005, relatif au télétravail », *op. cit.*

²⁷⁸⁵ P. Vendramin, G. Valenduc, I. Rolland, R. Richardson et A. Gillespie, *Flexible Work Practices and Communication Technology*, European Commission, 2000, p. 99.

permettant de proposer un service de renseignements pour répondre aux besoins spécifiques des travailleurs à distance²⁷⁸⁶.

2) *La virtualisation des réunions*

938. **Comité d'entreprise virtuel** - À l'instar des assemblées générales d'actionnaires, peut-on imaginer un comité d'entreprise virtuel ? L'article L. 225-107 du Code de commerce permet ainsi à l'entreprise d'organiser des assemblées générales en ligne par l'utilisation de la visioconférence, et de recueillir le vote de ses actionnaires par voie électronique. En s'inspirant de ce dispositif, les membres peuvent être convoqués par voie électronique, la réunion a lieu en ligne et les votes sont recueillis au même moyen²⁷⁸⁷. Si les TIC permettent de limiter les déplacements physiques des salariés pour se rendre au bureau, ces mêmes technologies permettent également de faire des économies de temps et d'argent s'agissant des IRP en abrogeant les distances grâce aux outils « distanciels ». En effet l'employeur est tenu de laisser aux délégués du personnel le temps nécessaire à l'exercice de leurs fonctions, ce temps étant de plein droit considéré comme temps de travail et payé comme tel à l'échéance normale²⁷⁸⁸. Outre le gain financier pour l'employeur, l'intérêt des IRP également est important puisqu'ils peuvent consacrer leurs heures de délégation à assurer leur mandat ou mission sans à avoir à se déplacer et toucher plus de personnes. Par ailleurs, lorsqu'un représentant du personnel se déplace, en dehors de ses horaires de travail habituels, pour exécuter ses fonctions représentatives, son temps de trajet doit être rémunéré s'il dépasse en durée le temps normal de déplacement entre le domicile et le lieu de travail²⁷⁸⁹. L'employeur doit également rembourser les frais exposés par les membres du comité d'entreprise pour se rendre aux réunions qui présentent un caractère obligatoire²⁷⁹⁰. La même solution doit pouvoir être transposée aux délégués du personnel, aux délégués syndicaux et aux membres du CHSCT.

²⁷⁸⁶ P. Vendramin et G. Valenduc, « Le travail flexible à l'aube du 21ème siècle : un défi pour les politiques publiques », *op. cit.*, p. 66.

²⁷⁸⁷ A. Corbalan et P. Axelroude, « Le vote électronique dans l'entreprise », *Cahiers sociaux*, n° 4, juillet 2004, p. 7.

²⁷⁸⁸ *Cass. soc.*, 30 mai 1990, pourvoi n°86-43.583, *Bull. civ.*, V, n°259.

²⁷⁸⁹ *Cass. soc.*, 10 déc. 2003, pourvoi n°01-41.658, *Bull. civ.*, V, n°315.

²⁷⁹⁰ *Cass. soc.*, 15 juin 1994, pourvoi n°92-14.985, *Bull. civ.*, V, n°197 ; *Cass. soc.*, 20 fév. 2002, pourvoi n°99-44.760, inédit ; *Cass. soc.*, 22 mai 2002, pourvoi n°99-43.990, *Bull. civ.*, V, n°174.

939. Modalités des réunions des IRP en visioconférence - C'est la jurisprudence qui en premier a reconnu la possibilité pour le comité d'entreprise de s'exprimer par visioconférence²⁷⁹¹. Le Conseil d'État l'a en effet admis dans le cadre d'une procédure de licenciement d'un représentant du personnel²⁷⁹². Cependant pour la Cour de cassation²⁷⁹³, la tenue d'une réunion de CE en vidéoconférence n'était possible seulement lorsque aucun participant à la réunion n'avait formulé d'observation, ni manifesté un refus, et qu'aucun vote à bulletin secret n'était exigé²⁷⁹⁴. Il a fallu attendre un décret du 12 avril 2016²⁷⁹⁵ pour fixer les modalités de mise en œuvre des réunions des IRP en visioconférence instituées par la loi « Rebsamen » du 17 août 2015. Ces dispositions s'appliquent pour les réunions par visioconférence du comité d'entreprise et du comité central d'entreprise²⁷⁹⁶, du comité de groupe²⁷⁹⁷, du comité d'entreprise européen²⁷⁹⁸, du comité de la société européenne²⁷⁹⁹, du CHSCT²⁸⁰⁰, de l'instance de coordination des CHSCT²⁸⁰¹ et aux réunions communes des IRP prévues par l'article L. 23-101-1 du Code du travail²⁸⁰². Le recours à la visioconférence nécessite toutefois un accord préalable entre l'employeur et les membres élus ou désignés du comité concerné. En l'absence d'accord, l'employeur peut décider d'y recourir dans la limite de trois réunions par instance et par année civile²⁸⁰³. Signalons que le nouvel article L. 2326-5 du Code du travail prévoit que les réunions de la DUP peuvent se dérouler en visioconférence y compris lorsque l'ordre du jour comporte des points relevant uniquement des délégués du personnel. Le système doit assurer la retransmission continue et simultanée du son et de l'image des délibérations. Ceci n'empêche pas les suspensions de séance²⁸⁰⁴. L'engagement des délibérations est subordonné à la vérification que l'ensemble des membres a accès à des moyens techniques²⁸⁰⁵.

²⁷⁹¹ « Contrôle du respect des règles de consultation du comité d'entreprise », *Lamy Comité d'Entreprise*.

²⁷⁹² *CE*, 4^e sous-section, 9 sept. 2010, n°327250, Inédit.

²⁷⁹³ *Cass. soc.*, 26 oct. 2011, pourvoi n°10-20.918, *Bull. civ.*, V, n° 243.

²⁷⁹⁴ F. Signoretto, « La visioconférence : un nouveau mode de réunion des comités centraux d'entreprise », *RDT*, 2012, p. 46.

²⁷⁹⁵ « Décret n° 2016-453 du 12 avril 2016 relatif à certaines modalités de déroulement des réunions des institutions représentatives du personnel ».

²⁷⁹⁶ C. trav. art. L. 2327-13-1.

²⁷⁹⁷ C. trav. art. L. 2334-2.

²⁷⁹⁸ C. trav. art. L. 2341-12.

²⁷⁹⁹ C. trav. art. L. 2353-27-1.

²⁸⁰⁰ C. trav. art. L. 4614-11-1.

²⁸⁰¹ C. trav. art. L. 4616-6.

²⁸⁰² « Loi Rebsamen : les modalités de déroulement des réunions des IRP sont fixées », *Liaisons Sociales Quotidien, l'actualité*, n° 17062, avril 2016.

²⁸⁰³ C. trav. art. L. 2325-5-1.

²⁸⁰⁴ C. trav. art. D. 2325-1-1.

²⁸⁰⁵ C. trav. art. D. 2325-1-2.

940. **Vote électronique** - Le décret 12 avril 2016 détermine également les conditions dans lesquelles l'instance délibère²⁸⁰⁶. Lorsqu'un vote à bulletin secret doit avoir lieu²⁸⁰⁷, le dispositif de vote garantit que l'identité de l'électeur ne peut à aucun moment être mise en relation avec l'expression de son vote. Lorsque ce vote est organisé par voie électronique, le système retenu doit assurer la confidentialité des données transmises ainsi que la sécurité de l'adressage des moyens d'authentification, de l'émargement, de l'enregistrement et du dépouillement des votes²⁸⁰⁸. En pratique, le vote a lieu de manière simultanée. Pour ce faire, les participants disposent d'une durée identique pour voter à compter de l'ouverture des opérations de vote indiquée par le président du comité²⁸⁰⁹.

3) *Forum d'information*

941. **Réunions avec les salariés** - La section syndicale peut organiser des réunions mensuelles avec ses adhérents ainsi que des réunions ponctuelles à l'attention des salariés²⁸¹⁰. Ces réunions ont obligatoirement un objet syndical. Elles se déroulent en dehors du temps de travail des salariés, exception faite des représentants du personnel qui peuvent utiliser leurs heures de délégation à cet effet²⁸¹¹. Elles ont lieu dans le local syndical, lorsque la section en a un, ou dans un local de l'entreprise dans les conditions déterminées avec l'employeur. De la même façon, le comité d'entreprise (CE) peut également organiser des réunions pour informer les salariés. Cela se produit généralement lorsque des sujets d'actualité concernent l'entreprise au sens strict (par exemple lors de la consultation du CE sur des changements d'organisation)²⁸¹². « Le comité d'entreprise peut organiser, dans le local mis à sa disposition, des réunions d'information, internes au personnel, portant notamment sur des problèmes d'actualité »²⁸¹³. Ces réunions se déroulent sans que l'entreprise ait à les autoriser. Elles ont lieu hors du temps de travail des salariés, dans le local du CE. Interprétés à la lettre ces textes supposent une invitation physique d'une personne physique dans un local physique et ne devraient donc pas trouver à s'appliquer dans un contexte numérique, par définition virtuel. Ils ont vocation à exclure les salariés qui travaillent au moment où la

²⁸⁰⁶ C. trav. art. L. 2325-5-1.

²⁸⁰⁷ Le vote à bulletin secret du CE n'est formellement prévu que dans trois cas : la nomination ou le projet de licenciement d'un médecin du travail (C. trav., art. R. 4623-6 et R. 4623-19) ou le projet de licenciement d'un salarié protégé (C. trav. art. R. 2421-9).

²⁸⁰⁸ C. trav. art. D. 2325-1-1.

²⁸⁰⁹ C. trav. art. D. 2325-1-2.

²⁸¹⁰ C. trav. art. L. 2142-10.

²⁸¹¹ C. trav. art. L. 2142-11.

²⁸¹² « La communication des représentants du personnel », *op. cit.*, p. 28.

²⁸¹³ C. trav. art. L. 2325-13.

réunion se déroule et ceux qui travaillent à distance ou sur un autre site. Dès lors, on peut légitimement se demander si l'utilisation des forums de discussions dans le cadre de l'organisation de réunions avec le personnel sur des problèmes d'actualité ou sur des sujets entrant dans les attributions des IRP ne devrait pas être privilégiée par le code du travail. Les réseaux sociaux d'entreprise pourraient ainsi servir à communiquer de manière directe avec les salariés sur des sujets très divers : planning et comptes rendus de réunions organisés, précisions sur les activités sociales et culturelles, etc.

942. **Conclusion** - Dès lors que l'entreprise ouvre un réseau social, les partenaires sociaux devraient pouvoir intervenir à titre personnel et/ou à titre d'organisation, et les salariés devraient quant eux pouvoir proposer, commenter, interagir. Ce nouvel instrument devrait être considéré comme un levier d'implication de tous dans les transformations et la représentation sociale de l'entreprise²⁸¹⁴. Depuis quelques années des expériences se multiplient, comme par exemple chez Alcatel-Lucent²⁸¹⁵ pour introduire une relation nouvelle dans la représentation à travers les réseaux sociaux. Les organisations concernées ont « intégré les conditions de succès des transformations et le levier que pouvait représenter le digital pour les réunir. Elles savent que la vitesse de changement est essentielle, que cette vitesse dépend de l'engagement des acteurs de terrain, lequel s'obtient par la co-construction des solutions dans l'action par les acteurs eux-mêmes »²⁸¹⁶. Ces expériences en cours sont appelées à devenir la règle. Dans une dynamique d'intelligence collective les partenaires sociaux font partie du système d'acteurs intelligents.

Section 2 La représentation électronique

943. **La représentation des travailleurs** - Les syndicats sont aujourd'hui affaiblis par la mutation industrielle et leur base traditionnelle d'implantation dans le secteur

²⁸¹⁴ Au-delà de la problématique culturelle qui est un frein dans l'appropriation de ce type d'outil, la mise en place d'un réseau social d'entreprise nécessite un accompagnement et une véritable animation des usages. Il nécessite également du temps dans son déploiement ; la collaboration d'entreprise ne se décrète pas à travers un outil.

²⁸¹⁵ Par exemple, chez Alcatel-Lucent, la mise en place du réseau social interne « ENGAGE », a été précédée par la mise en circulation de l'adresse mail du DG accessible à l'ensemble des salariés, sans filtre, ou encore d'un système de notation (« j'aime »/« j'aime pas ») et de commentaires. Le réseau social révèle la vraie organisation de l'entreprise, en particulier dans sa dimension collaborative. Tout d'un coup, des personnes clés de l'entreprise apparaissent au grand jour. Mieux, les liens non écrits dans l'organisation - sur l'organigramme : réalité théorique de l'entreprise - surgissent et passent par des individus. Le réseau social met l'organisation face à sa culture et ses responsabilités. P. Archias, V. Bussat, C. Teissier et C.E. Triomphe, *Expression directe au travail, le retour ? Les enseignements d'Astrees Lab*, ASTREES, 2013, p. 15.

²⁸¹⁶ P. Storhay, *Transformation, RH & digital : De la promesse à la feuille de route*, Éditions EMS, 2016, p. 145.

secondaire a disparu. Désormais, les militants sont à trouver dans le secteur tertiaire et quaternaire et l'usage des TIC est absolument nécessaire pour les atteindre²⁸¹⁷. « Alors que les besoins, les responsabilités et les intérêts des travailleurs sont plus variés, aussi bien au travail qu'en marge de celui-ci, il devient impérieux de considérer de quelle façon les systèmes de représentation peuvent s'ajuster à cette nouvelle réalité. C'est là une question délicate pour les organisations syndicales qui, dans leur forme organisationnelle actuelle, semblent plutôt modelées sur un monde du travail qui paraît déconnecté des réalités vécues par leurs membres, actuels et futurs »²⁸¹⁸.

944. **L'expression des travailleurs** – « Comment les syndicats s'assurent-ils qu'ils représentent leurs membres de façon efficace, en réponse à leurs besoins et à leurs intérêts particuliers, et comment procèdent-ils afin d'élargir à la fois le nombre et les catégories de travailleurs qu'ils représentent ? »²⁸¹⁹. En somme, qui va représenter les travailleurs de l'économie numérique ? Dans une période où la désaffection à l'égard des institutions représentatives s'amplifie²⁸²⁰, il faut se demander si les salariés ne devraient pas pouvoir participer non seulement au choix de leurs représentants, mais aussi au processus de décision. Les relations sociales sont conçues de telle façon que la participation des salariés se limite au choix de leurs représentants par le biais des élections professionnelles (I). Les technologies de l'information et de la communication pourraient ouvrir des voies intéressantes pour favoriser l'expression des salariés dans le cadre des élections professionnelles mais aussi à l'occasion de simples consultations des salariés ou des organisations représentatives du personnel au sein de l'entreprise (II).

I. Élections professionnelles par voie électronique

945. **Évolution du vote** - L'histoire des institutions représentatives du personnel montre que la formule élective fut imposée à un mouvement syndical qui lui était en

²⁸¹⁷ C. Castets-Renard, « NTIC et droit du travail », *op. cit.*, p. 36.

²⁸¹⁸ C. Brunelle, A. Hayden et G. Murray, « Les systèmes de représentation au travail : à la mesure des réalités contemporaines ? », *op. cit.*, p. 497.

²⁸¹⁹ *Ibid.*

²⁸²⁰ Le taux d'adhésion semble se stabiliser autour de 8%. Il en est de même pour les partis politiques, dont le nombre d'adhérents, en dehors d'un afflux circonstanciel dû aux élections passées ou à venir, continue de s'effriter. Parmi les motifs de désaffection communs, on peut citer la situation de la société actuelle qui se caractérise par une individualisation et une atomisation croissante. B. Lestrade, *Les syndicats en France et en Allemagne : difficiles adaptations aux mutations de la société*, Institut Français des Relations Internationales, 2007.

majorité hostile²⁸²¹. Pourtant, le vote constitue incontestablement la clé de voûte du processus et des institutions démocratiques²⁸²². Dans cette logique, le vote électronique est fréquemment associé à un renforcement de la participation. « On pourrait d'ailleurs faire l'hypothèse que cette translation de critères d'évaluation des processus électoraux politiques vers les élections professionnelles est liée, plus largement, à l'importation, dans la sphère du travail, de logiques de représentations empruntées au domaine politique, en particulier à travers la loi du 20 août 2008 »²⁸²³. Encadrées par le décret de loi n°2007-602 du 25 avril 2007 relatif aux conditions et aux modalités de vote par voie électronique pour l'élection des délégués du personnel et des représentants du personnel au comité d'entreprise, l'organisation des élections professionnelles par internet, requiert la plus grande rigueur (A). On ne peut pourtant pas faire état d'une stricte égalité entre les électeurs (B).

A. Le scrutin électronique

946. **Le vote électronique à distance** - Le vote dématérialisé, appelé communément : vote électronique, vote par internet, élections électroniques ou élections en ligne, considéré comme expérimental il y a quelques années focalise aujourd'hui l'attention. Tout d'abord, le terme « vote électronique » est source d'ambiguïtés. Il englobe à la fois les ordinateurs placés dans les bureaux de vote et le vote à distance qui s'effectue depuis n'importe quel ordinateur connecté à Internet, par exemple depuis le domicile de l'électeur. Le vote électronique à distance désigne exclusivement une forme de vote électronique dans laquelle le vote se fait au moyen de dispositif qui ne sont pas surveillés par des membres des services électoraux²⁸²⁴. « Le vote par correspondance électronique ne constitue en fait qu'une adaptation du vote par correspondance sous pli fermé à l'évolution des nouvelles technologies consistant pour l'électeur à voter de son domicile au moyen d'un ordinateur relié au réseau Internet »²⁸²⁵. Le recours au vote

²⁸²¹ S. Bérout, J.-P. Le Crom et K. Yon, « Représentativités syndicales, représentativités patronales. Règles juridiques et pratiques sociales. Introduction », *Travail et Emploi*, n° 131, 15 septembre 2012, p. 5.

²⁸²² J. Gerstlé, « Introduction : démocratie représentative, réactivité politique et imputabilité », *Revue française de science politique*, vol. 53, n° 6, 1 décembre 2003, p. 851.

²⁸²³ « Justifié, pour des questions de coût financier et présenté comme un outil au service de la participation électorale, le recours au vote électronique connaît une diffusion importante, aussi bien dans les grandes entreprises (France Télécom, La Poste, SNCF...) que pour des scrutins dans les fonctions publiques. S. Bérout et Dompnier, « L'essor du vote électronique dans les élections professionnelles : un terrain d'expérimentation ? », *Dr. soc.*, 2013, p. 522.

²⁸²⁴ *Legal, Operational and Technical Standards for E-voting*, Council of Europe, 2004, p. 30.

²⁸²⁵ C. Cointat, *Proposition de loi tendant à autoriser le vote par correspondance électronique des Français de l'étranger pour les élections du CSFE*, Sénat, commission des lois, 2003.

électronique a été fortement encouragé par les pouvoirs publics, lesquels en ont progressivement tracé les contours, d'abord, par la loi²⁸²⁶, ensuite, par le règlement²⁸²⁷ à travers : la nécessité d'un accord (1), l'information détaillée (2), la conception du dispositif (3), le déroulement du vote (4). Il apparaît comme un instrument prometteur d'expression du suffrage (rapidité et fiabilité des résultats, réduction de l'abstention, facilitation de l'organisation du scrutin sur différents sites, etc.), dont l'utilisation semble inévitablement appelée à se développer (5)²⁸²⁸.

1) Nécessité d'un d'accord

947. **Accord préalable** - La Cour de cassation ayant reconnu la licéité du vote électronique dans un arrêt du 8 décembre 2004²⁸²⁹, les élections des délégués du personnel et du comité d'entreprise peuvent se faire par vote électronique. Cette possibilité est toutefois soumise à la conclusion d'un accord d'entreprise ou de groupe comportant un cahier des charges²⁸³⁰. En revanche, un simple accord d'établissement ne suffit pas, même si un seul établissement est concerné²⁸³¹. L'accord collectif peut prévoir que le vote électronique se combinera avec la procédure classique de vote à bulletin secret sous enveloppe, ces deux modes de scrutin n'étant pas exclusifs l'un de l'autre. Mais il peut exclure expressément le vote papier²⁸³². S'agissant du vote par correspondance avec dépouillement optique des bulletins de vote, il n'est pas nécessaire d'établir un accord puisqu'il ne s'assimile pas au vote électronique²⁸³³. Il est indispensable d'informer et de consulter le comité d'entreprise. Dans la mesure où les suggestions des membres du comité d'entreprise sont de nature à influencer sur le contenu du projet d'accord, une nouvelle réunion de négociation avec les délégués syndicaux doit dans ce cas être organisée²⁸³⁴.

²⁸²⁶ Art. 54, « Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique », *op. cit.* (JO, n°143, 22 juin 2004, p. 1168).

²⁸²⁷ D. n° 2006-602, 25 avril 2007.

²⁸²⁸ B. Owen, *Le processus électoral: permanences et évolutions : réflexions à partir des actes du colloque réuni au Sénat le 22 novembre 2005*, Studyrama, 2006, p. 162.

²⁸²⁹ Cass. soc., 8 déc. 2004, pourvoi n°03-60.509, Bull. civ., V, n°321.

²⁸³⁰ C. trav. art. R. 2314-8 et R. 2324-4.

²⁸³¹ Cass. soc., 10 mars 2010, pourvois 09-60.096 et 09-60.152, Bull. civ., V, n°56.

²⁸³² La chambre sociale considère qu'en l'absence de protocole préélectoral valable, la mise en œuvre des modalités du vote électronique peuvent être fixées par l'employeur ou, à défaut, par le tribunal d'instance, et ce dans les conditions prévues par l'accord d'entreprise. Cass. soc., 4 juin 2014, pourvoi n°13-18.914, Bull. civ., V, n°134.

²⁸³³ Cass. soc., 14 janv. 2014, pourvois n°13-60.165 et 13-60.166, Bull. civ., V, n°7.

²⁸³⁴ *Infra*. Partie 2, titre 2, chapitre 1, section 1 : « consultation des IRP ».

948. **Protocole électoral** - Les règles spécifiques au scrutin par voie électronique s'ajoutent aux étapes habituelles de préparation et de déroulement des élections professionnelles. Le recours au vote électronique doit ainsi être confirmé dans le protocole électoral. En particulier, le protocole doit impérativement faire référence à l'accord d'entreprise ou de groupe autorisant le recours au vote électronique²⁸³⁵. Si le choix d'un prestataire a déjà été arrêté, son nom est mentionné au protocole. La description détaillée du fonctionnement du système retenu et du déroulement des opérations électorales doit être annexée au protocole²⁸³⁶. En pratique, les accords se contentent généralement de recopier les dispositions réglementaires²⁸³⁷.

2) *Information détaillée*

949. **Information et déclaration CNIL** - Le recours au vote électronique n'a cessé de se développer dans les élections professionnelles et ce, malgré les doutes que ce mode de votation suscite en doctrine²⁸³⁸. Le vote électronique suppose nécessairement la collecte de données personnelles attachées à la personne de l'électeur. Sont enregistrés et stockés non seulement l'identité du salarié votant mais encore le choix effectué ou non par lui en faveur de tel candidat ou organisation syndicale. De ce fait, le vote électronique relève également de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Préalablement au vote, l'employeur doit déclarer le système à la CNIL²⁸³⁹. Le récépissé de déclaration devra être obtenu avant que le système ne soit mis en œuvre. Une fois cette déclaration faite, l'employeur doit informer les organisations syndicales représentatives de salariés incluses dans le périmètre de l'accord instituant le vote électronique²⁸⁴⁰. Chaque salarié doit recevoir une notice d'information détaillée sur le déroulement des opérations électorales. Ce document doit mentionner la date envisagée du premier tour des élections. Les représentants du personnel, les délégués du personnel, ainsi que les membres du bureau

²⁸³⁵ Aux termes des articles L. 2314-21 et L. 2324-19 du code du travail, la mise en œuvre du vote par voie électronique est subordonnée à la conclusion d'un accord d'entreprise ; aux termes de l'article L. 2261-1 du code du travail, l'accord d'entreprise est applicable, sauf dispositions contraires, à partir du jour qui suit son dépôt auprès du service compétent ; il en résulte que la validité du protocole préélectoral prévoyant la mise en œuvre du vote par voie électronique est subordonnée à l'entrée en vigueur d'un accord d'entreprise conclu à cet effet. *Cass. soc.*, 28 sept. 2011, pourvoi n°11-60.028, *Bull. civ.*, V, n°203.

²⁸³⁶ C. trav. art. R. 2314-16.

²⁸³⁷ SAFRAN Aircelle SAS, « Accord autorisant le vote par voie électronique, 2015 ».

²⁸³⁸ E. Jeansen, « Le recours au vote électronique, une question de confiance », *JCP S*, 2013, p. 1418.

²⁸³⁹ Cette déclaration peut être effectuée en ligne sur le site de la Commission (www.cnil.fr).

²⁸⁴⁰ C. trav. art. R. 2314-14.

de vote, doivent bénéficier quant à eux d'une « formation sur le système de vote électronique retenu »²⁸⁴¹.

950. Expertise indépendante préalable - Le décret n° 2007-602 du 25 avril 2007²⁸⁴² prévoit en outre que « le système de vote électronique, préalablement à sa mise en place ou à toute modification substantielle de sa conception, soit soumis à une expertise indépendante », destinée à vérifier le respect des prescriptions de sécurité et de confidentialité nécessaires. Le rapport de l'expert doit être tenu à la disposition de la CNIL. L'employeur demeure responsable de la préservation de la sécurité des données y compris si un sous-traitant est intervenu²⁸⁴³. Dans un arrêt du 11 mars 2015, le Conseil d'État confirme et justifie la position de la CNIL, précisant : « qu'il résulte de ces dispositions, dont l'objectif est de garantir la sincérité des opérations électorales par voie électronique, que l'utilisation d'un système de vote électronique pour l'élection des délégués du personnel est subordonnée à la réalisation d'une expertise indépendante lors de la conception initiale du système utilisé, à chaque fois qu'il est procédé à une modification de la conception de ce système ainsi que préalablement à chaque scrutin recourant au vote électronique ». Par conséquent, il apparaît qu'une expertise indépendante préalable est nécessaire à l'occasion de l'installation du système de vote électronique par le prestataire mais aussi à l'occasion d'une modification de la conception même de celui-ci²⁸⁴⁴.

3) Conception et mise en place du dispositif

951. Conception et mise en place du dispositif - La conception et la mise en place du système de vote électronique peuvent être confiées à un prestataire choisi par l'employeur sur la base d'un cahier des charges contenant les prescriptions réglementaires énoncées par les articles R. 2314-8 à R. 2314-20 Code du travail. Le système retenu doit assurer la confidentialité des données transmises,

²⁸⁴¹ C. trav. art. R. 2324-15.

²⁸⁴² « Arrêté du 25 avril 2007 pris en application du décret n° 2007-602 du 25 avril 2007 relatif aux conditions et aux modalités de vote par voie électronique pour l'élection des délégués du personnel et des représentants du personnel au comité d'entreprise et modifiant le code du travail » (JO n°99, 27 avril 2007, p. 7492).

²⁸⁴³ Total Raffinage Marketing avait choisi d'utiliser la solution Election Central de Election Europe. L'implémentation utilisée n'avait pas été expertisée par un expert indépendant. L'entreprise n'avait donc aucune garantie d'aucune sorte ni sur le bon fonctionnement du système de vote le jour du scrutin ni sur la sincérité des résultats qui ne pouvaient pas être contrôlés. La CNIL a rappelé que Total Raffinage Marketing était le seul responsable du traitement de données réalisé à l'occasion du scrutin. « CNIL, délibération n°2013-091, 11 avril 2013, Société Total Raffinage Marketing ».

²⁸⁴⁴ M. Griguer, « Le vote électronique des représentants du personnel », *JCP S*, n° 47, 17 novembre 2015, p. 1416.

notamment de celles des fichiers constitués pour établir les listes électorales des différents collèges, ainsi que la sécurité de l'adressage des moyens d'authentification, de l'émargement, de l'enregistrement et du dépouillement des votes. Le système de vote électronique doit pouvoir être scellé à l'ouverture et à la clôture du scrutin. Le système de vote électronique, préalablement à sa mise en place ou à toute modification substantielle de sa conception, est soumis à une expertise indépendante, destinée à vérifier le respect des prescriptions énoncées ci-dessus²⁸⁴⁵. Le rapport de l'expert est tenu à la disposition de la CNIL. Enfin les articles R. 2314-13 et R. 2324-9 du Code du travail imposent à l'employeur de mettre en place une cellule d'assistance technique chargée de veiller au bon fonctionnement et à la surveillance du système. Or cette cellule procède, avant l'ouverture du vote, à un test du système de vote électronique et à un test spécifique du système de dépouillement. Cette précaution pourrait sembler redondante avec l'exigence d'une expertise avant chaque scrutin²⁸⁴⁶.

952. **Confidentialité des données** - Une question tient à la sécurité du vote, en particulier lorsque le système est un vote électronique par internet. A cette question s'ajoute la question du secret du vote, qui serait moins bien assuré dans le cas du vote depuis chez soi ou depuis n'importe quel ordinateur que dans un isolement. Afin de satisfaire à ces exigences légitimes la CNIL a adopté le 21 octobre 2010 une recommandation relative à la sécurité des systèmes de vote électronique²⁸⁴⁷. Cette recommandation comporte un certain nombre de préconisations destinées à assurer l'anonymat et la confidentialité du vote ainsi que la transparence des systèmes informatiques.

953. **Transmission des identifiants de vote** - Le Conseil d'État considère que la transmission aux électeurs des identifiants et mots de passe leur permettant de participer au vote doit faire l'objet de mesures de sécurité spécifiques permettant de s'assurer que les électeurs en sont les seuls destinataires²⁸⁴⁸. De la même façon pour la Cour de cassation, le fait d'envoyer aux salariés qui vont voter par voie électronique leurs codes personnels d'authentification directement sur leur messagerie professionnelle, sans autre précaution destinée à éviter que quelqu'un se substitue à l'électeur, n'est pas de nature à

²⁸⁴⁵ C. trav. art. R. 2314-12 et R. 2324-8.

²⁸⁴⁶ A. Bretonneau, « Vote électronique et exigence d'expertise préalable », *RDT*, 2015, p. 244.

²⁸⁴⁷ « CNIL, délibération n° 2010-371, 21 octobre 2010, portant adoption d'une recommandation relative à la sécurité des systèmes de vote électronique ».

²⁸⁴⁸ *CE*, 10/9 *SSR*, 11 mars 2015, n°368748.

garantir la confidentialité des données transmises, ce dont il résulte « que la conformité des modalités d'organisation du scrutin aux principes généraux du droit électoral n'est pas assurée »²⁸⁴⁹. En pratique les entreprises devraient vraisemblablement utiliser des courriers recommandés pour ce type d'envoi mais cela remet en cause totalement l'économie du scrutin et est susceptible d'avoir un impact sur la participation dans la mesure où ce type d'envoi est plus difficile à réceptionner.

954. **Sanction** - La jurisprudence est attentive au respect de la confidentialité du vote exprimé par voie électronique. La sanction du manque de précaution est lourde en ce qu'elle implique l'annulation des élections²⁸⁵⁰. En effet, pour la Cour de cassation, l'atteinte à la confidentialité du vote entraîne l'annulation de plein droit du scrutin quand bien même le scrutin n'aurait pas été entaché d'autres irrégularités²⁸⁵¹. Néanmoins, lorsque la confidentialité du vote d'un salarié ne peut être remise en cause que parce que ce salarié consent à cette atteinte à la confidentialité, la validité du scrutin ne saurait être contestée²⁸⁵². Dans cette affaire, le technicien du service informatique de la société avait pu se connecter à distance au poste informatique de deux salariés au moment où ceux-ci procédaient à leur vote.

4) *Déroulement du vote*

955. **Déroulement du vote** - Le vote électronique se déroule, pour chaque tour de scrutin, pendant une période délimitée. L'article L. 2314-22 du Code du travail, qui prévoit que l'élection a lieu uniquement pendant le temps de travail, ne s'applique pas au vote électronique. Un vote à partir de tout ordinateur, vingt-quatre heures sur vingt-quatre, est envisageable, sans qu'il faille pour cela un accord unanime²⁸⁵³. Les heures d'ouverture et de fermeture du scrutin électronique doivent pouvoir être contrôlées par les membres du bureau de vote et les personnes désignées ou habilitées pour assurer le contrôle des opérations électorales. Pour se connecter sur place ou à distance au système de vote, l'électeur doit se faire connaître par le moyen d'authentification qui lui aura été transmis, selon des modalités garantissant sa confidentialité. Ce moyen

²⁸⁴⁹ Cass. soc., 27 fév. 2013, pourvoi n°12-14.415, Bull. civ., V, n°60.

²⁸⁵⁰ C. Savatier, « Le point sur le vote électronique », *Les Cahiers Lamy du CE*, n° 126, juin 2013.

²⁸⁵¹ Cass. soc., 13 janv. 2010, pourvoi n°09-60.203, Bull. civ., V, n°7.

²⁸⁵² Cass. soc., 8 déc. 2004, pourvoi n°03-60.509, Bull. civ., V, n°321, *op. cit.*

²⁸⁵³ Cass. soc., 5 avr. 2011, pourvoi n°10-19.951, Bull. civ., V, n°87.

d'authentification permettra au serveur de vérifier son identité et garantira l'unicité de son vote. Il est alors impossible à quiconque de voter de nouveau avec les mêmes moyens d'authentification. La transmission du vote et l'émargement font l'objet d'un accusé de réception que l'électeur a la possibilité de conserver²⁸⁵⁴.

956. Gestion des incidents techniques – Selon l'article 3 de l'arrêté du 25 avril²⁸⁵⁵, tout système de vote électronique doit comporter un dispositif de secours susceptible de prendre le relais en cas de panne du système principal et offrant les mêmes garanties et les mêmes caractéristiques. En cas de dysfonctionnement informatique résultant d'une attaque du système par un tiers, d'une infection virale, d'une défaillance technique ou d'une altération des données, le bureau de vote a compétence, après avis des représentants de l'organisme mettant en place le vote, pour prendre toute mesure d'information et de sauvegarde et notamment pour décider la suspension des opérations de vote²⁸⁵⁶.

957. Clôture du scrutin et dépouillement - L'article 2 de l'arrêté du 25 avril 2007 précise que : « les données du vote font l'objet d'un chiffrement dès l'émission du vote sur le poste de l'électeur » et que le vote est chiffré par le système avant transmission au fichier « contenu de l'urne ». Dès la clôture du scrutin, le contenu de l'urne, les listes d'émargement et les états courants gérés par les serveurs sont figés, horodatés et scellés automatiquement sur l'ensemble des serveurs²⁸⁵⁷. Le dépouillement n'est possible que par l'activation conjointe d'au moins deux clés de chiffrement différentes sur les trois qui doivent être éditées, selon les modalités fixées par l'arrêté du 25 avril 2007. Le dépouillement est, dans le cadre d'un vote électronique, complètement automatisé. Le décompte des voix apparaît lisiblement à l'écran et fait l'objet d'une édition sécurisée afin d'être porté au procès-verbal²⁸⁵⁸. Si un vote au scrutin secret sous enveloppe a été maintenu, l'ouverture de ce vote ne peut avoir lieu qu'après la clôture du vote

²⁸⁵⁴ « CNIL, délibération n° 2010-371, 21 octobre 2010, portant adoption d'une recommandation relative à la sécurité des systèmes de vote électronique », *op. cit.*

²⁸⁵⁵ « Arrêté du 25 avril 2007 pris en application du décret n° 2007-602 du 25 avril 2007 relatif aux conditions et aux modalités de vote par voie électronique pour l'élection des délégués du personnel et des représentants du personnel au comité d'entreprise et modifiant le code du travail (deuxième partie) », *op. cit.*

²⁸⁵⁶ B. Bossu, « Fasc. 13-16 Vote électronique », dans *JCl. Travail Traité*, 2015, .

²⁸⁵⁷ C. Savatier, « Le point sur le vote électronique », *op. cit.*

²⁸⁵⁸ « CNIL, délibération n° 2010-371, 21 octobre 2010, portant adoption d'une recommandation relative à la sécurité des systèmes de vote électronique », *op. cit.*

électronique, une fois que le président du bureau dispose de la liste d'émargement des électeurs ayant voté par voie électronique²⁸⁵⁹.

5) *Étendre le vote électronique*

958. **Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016** - Pour l'élection des délégués du personnel et des membres du CE, la mise en œuvre du vote par voie électronique était jusqu'à présent aujourd'hui subordonnée à la conclusion d'un accord d'entreprise. L'article 58 de la loi du 8 août 2016²⁸⁶⁰ qui vise à renforcer l'utilisation des outils numériques dans l'exercice du dialogue social lève cette restriction. Il facilite le recours au vote électronique pour les élections professionnelles, en permettant que l'employeur puisse mettre en œuvre le vote électronique en l'absence d'accord, dans le respect des modalités prévues par le pouvoir réglementaire. Le deuxième alinéa des articles L. 2314-21 et L. 2324-19 est ainsi rédigé : l'élection « peut également avoir lieu par vote électronique, selon les modalités fixées par un décret en Conseil d'État pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, si un accord d'entreprise ou, à défaut, l'employeur le décide ». Un accord d'entreprise ne sera donc plus nécessaire à partir du 1er janvier 2017.

959. **Un débat sensible** - Avec la réforme de la représentativité et le développement des domaines de la négociation collective, les élections professionnelles et la désignation des représentants syndicaux en entreprise constituent un moment clé des relations sociales²⁸⁶¹. « Le sujet du vote électronique par internet est sensible à plusieurs égards : d'une part, sont en jeu, comme chaque fois que l'on touche aux modalités pratiques d'organisation d'un scrutin (...) d'autre part, affleurent en filigrane les questions du dialogue social et la représentativité syndicale, qui ne contribuent pas nécessairement à apaiser le débat »²⁸⁶². Pour une partie des syndicats les possibilités données aux employeurs de fixer seuls les règles du jeu en matière de vote électronique sont jugées « intolérables »²⁸⁶³. Seule la CFDT estime que les modalités de vote électronique doivent pouvoir être définies au moment de la négociation du protocole

²⁸⁵⁹ C. trav. art. R. 2314-19 al. 3 et 4.

²⁸⁶⁰ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », *op. cit.* (JO n°0184, 9 août 2016).

²⁸⁶¹ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier et Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, 3ème éd., Dalloz, 2015, p. 10.

²⁸⁶² A. Bretonneau, « Vote électronique et exigence d'expertise préalable », *op. cit.*, p. 244.

²⁸⁶³ C. Couvert, *Argumentaire CFE-CGC sur le projet de loi El-Khomri*, www.cfecgc.org, consulté le 27 avril 2016.

préélectoral, sans faire l'objet d'un accord spécifique afin de limiter le nombre de contentieux²⁸⁶⁴. Le choix du mode de scrutin peut s'avérer déterminant quant au résultat escompté²⁸⁶⁵, surtout dans les entreprises où tous les salariés ne sont pas sur site. Pour qu'il soit source de progrès dans les entreprises, le décret fixé en Conseil d'État devra préciser les garanties pour les salariés (secret, disponibilité, vérifiabilité). Malgré ces dispositions le vote électronique risque de continuer à être une source importante de contentieux qui pourraient se déplacer sur la tenue du scrutin. On peut ainsi regretter l'absence de « label vote électronique » pour les dispositifs mis sur le marché. En effet, si les entreprises sont responsables de la tenue du scrutin, en pratique elles doivent déléguer toutes les modalités techniques à des tiers. La CNIL pourrait les aider à identifier et à sélectionner des tiers de confiance.

B. Représenter l'entreprise étendue

960. **Les relations sociales dans l'entreprise étendue** - De plus en plus d'entreprises travaillent avec un écosystème d'acteurs, individuels ou collectifs, qui ne sont pas de simples sous-traitants, mais dans une démarche d'innovation ouverte, de co-conception et/ou de co-production. De fait, cela peut amener à un décalage entre la communauté d'appartenance salariale et la communauté de travail au quotidien et rendre plus délicate la détermination de l'électorat (1)²⁸⁶⁶. Par ailleurs, on assiste à l'émergence de nouvelles catégories de travailleurs qui ne sont pas représentés de manière égale par les syndicats (2).

1) Détermination de l'électorat

961. **Détermination délicate de l'électorat** - Les conditions de prise en compte dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice des salariés mis à sa disposition par une entreprise extérieure ont été modifiées par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale. Par salariés mis à disposition par une entreprise extérieure, il y a lieu d'entendre les salariés d'entreprises sous-traitantes ou prestataires, mis à la

²⁸⁶⁴ Avant-projet de loi El Khomri : la CFTD dit ses exigences, <http://www.syntef-cfdt.com/2016/03/avant-projet-de-loi-el-khomri-la-cfdt-dit-ses-exigences.html>.

²⁸⁶⁵ Les syndicats recourent alternativement à la main levée ou au bulletin secret selon les circonstances en fonction du résultat escompté... A. Destexhe, *Syndicats*, Renaissance du Livre, p. 108.

²⁸⁶⁶ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, op. cit., p. 59.

disposition d'une entreprise désignée comme étant l'entreprise utilisatrice. Ces salariés ne doivent pas être confondus avec les travailleurs temporaires et les salariés titulaires de contrats de travail intermittents²⁸⁶⁷. Cette évolution rend la détermination de l'électorat des salariés plus difficile. Dégagé par le Conseil constitutionnel, le critère est celui de « l'intégration étroite et permanente à l'entreprise »²⁸⁶⁸ et découle du droit de participation, protégé par l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946²⁸⁶⁹. La Cour de cassation l'a aussitôt repris et utilisé comme critère commun à la détermination de l'effectif et de l'électorat : « sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail, pour l'application des textes susvisés, les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée, partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs »²⁸⁷⁰. La Cour de cassation a encore précisé sa position dans un arrêt par du 4 avril 2010 : « doivent être décomptés dans les effectifs, les travailleurs mis à disposition par une entreprise extérieure qui, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice depuis au moins un an, partageant ainsi des conditions de travail en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs »²⁸⁷¹. On peut tout d'abord être surpris car la Cour de cassation continue de s'appuyer sur la présence physique des salariés dans les locaux. Si on souhaite véritablement intégrer les salariés qui participent effectivement à une communauté de travail, il faudra aller plus loin que la présence physique dans les locaux de l'entreprise. Dès lors, pourquoi ne pas prendre en compte la présence sur le réseau social ou plus largement les interactions avec les systèmes informatiques de l'entreprise ? Pourquoi ne pas comptabiliser des salariés mobiles qui font des allers et retours informatiques quotidiens ? Certaines entreprises prétendent d'ailleurs une « impossibilité pratique » de savoir quelles personnes travaillent concrètement sur leurs sites²⁸⁷². *A contrario*, on pourrait déduire que les salariés qui travaillent à distance devraient constituer une communauté de travail à part. Il est plus facile de suivre les

²⁸⁶⁷ « Circulaire DGT n°20 du 13 novembre 2008 relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ».

²⁸⁶⁸ « Cons. const., 28 décembre 2006, n° 2006-545, JO 31 décembre 2008, p. 20320 ».

²⁸⁶⁹ F. Champeaux, « Les salariés mis à disposition au milieu du gué », *Semaine sociale Lamy*, n° 1349, avril 2008, p. 2.

²⁸⁷⁰ *Cass. soc.*, 13 nov. 2008, pourvois n°07-60.465, 07-60.469 à 07-60.472, *Bull. civ.*, V, n°218 ; *Cass. soc.*, 13 nov. 2008, pourvoi n°07-60.434, *Bull. civ.*, V, n°219 ; *Cass. soc.*, 13 nov. 2008, pourvois n°08-60.331 et 08-60.332, *Bull. civ.*, V, n°220.

²⁸⁷¹ *Cass. soc.*, 14 avr. 2010, pourvoi n°09-60.367, *Bull. civ.*, V, n°99.

²⁸⁷² « Entretien avec Thibaut Pichon, juriste responsable du groupe droit social, Michelin », *Semaine sociale Lamy*, n° 1349, 2008, p. 5-6.

logs informatiques que les déplacements dans les locaux de l'entreprise. Le recours à la sous-traitance et à l'externalisation est facilité par les TIC qui permettent de superviser des projets à distance. D'une part, les entreprises sous-traitantes peuvent interagir avec leurs salariés quand ils sont présents chez les clients. D'autre part, les entreprises peuvent sous-traiter un certain nombre de tâches à l'extérieur de l'entreprise. La sous-traitance informatique est à ce titre particulièrement répandue mais elle tend à se développer dans d'autres secteurs²⁸⁷³.

2) Représenter tous les travailleurs

962. **Mutations du travail** - Les mutations structurelles du travail sont douloureusement vécues par les syndicats. « Traditionnellement tournés vers les travailleurs dits « normaux », ceux qui bénéficient d'un emploi à durée indéterminée et à temps complet, les syndicats (...) ont longtemps négligé la fraction croissante de ceux qui doivent se contenter d'un emploi précaire. Or, avec un tiers du salariat dans cette situation, cette position n'est plus tenable »²⁸⁷⁴. Parmi les syndiqués, il y a peu de femmes pratiquement pas de jeunes, et les salariés du secteur privés sont nettement sous-représentés²⁸⁷⁵. Parallèlement, de nouvelles professions requérant des compétences inédites apparaissent. L'augmentation du nombre de travailleurs indépendants et des nouvelles formes de travail (salariés des startups, travail à distance...) pose à nouveau la question du dialogue social²⁸⁷⁶. A noter d'ailleurs, que le nouvel article L. 7342-6 du Code du travail, reconnaît que les travailleurs mentionnés à l'article L. 7341-1 bénéficient du droit de constituer une organisation syndicale, d'y adhérer et de faire valoir par son intermédiaire leurs intérêts collectifs ». Il convient toutefois de mentionner que ces travailleurs avaient déjà de par la Constitution le droit de se réunir pour défendre leurs intérêts. « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ». Mais la difficulté est d'ordre pratique. En effet ces travailleurs n'ont pas accès physiquement à la représentation syndicale.

²⁸⁷³ En Inde, Capgemini a mis en place des centres d'excellence spécialisés dans chaque secteur d'activité, comme la distribution, les télécommunications ou encore les sciences de la vie, pour développer de nouveaux outils technologiques. J.B. (Bombay spécial) envoyé, « L'Inde, centre du monde pour Capgemini », *Le Monde.fr*, 20/02/2014.

²⁸⁷⁴ B. Lestrade, *Les syndicats en France et en Allemagne : difficiles adaptations aux mutations de la société*, op. cit.

²⁸⁷⁵ D. Andolfatto et D. Labbé, *Sociologie des syndicats*, La Découverte, 2012, p. 109.

²⁸⁷⁶ G. Aschieri, F. Chêrèque, J.-C. Mailly et B. Thibault, « Questions sur l'avenir du syndicalisme », *Mouvements*, no 43, n° 1, 15 janvier 2006, p. 108.

963. **Atomisation du travail** - On assiste aujourd'hui à une autonomisation croissante du travail²⁸⁷⁷ à travers la montée de l'autonomie dans le travail, le renouvellement des formes de division du travail, le développement de la polyvalence, l'apparition d'organisations matricielles, l'éclatement et la dispersion des métiers, la coopération en réseaux, la sous-traitance, le succès du portage salarial et de l'auto-entrepreneuriat, le flou croissant entre travail et hors-travail, etc. Le pouvoir réglementaire de l'entreprise et encore moins la législation ne peuvent pas « parer » à toutes les éventualités. Comment représenter et défendre les intérêts de tous les travailleurs dans un environnement en perpétuel mouvement ? La question est d'une ardente actualité alors que les prochaines vagues de technologie, notamment numérique, et les nouveaux modèles d'affaires nés des plateformes sont encore susceptibles d'amplifier ces phénomènes parfois déjà anciens, voire d'en modifier plus radicalement la nature à travers l'approfondissement du morcellement des parcours et la montée en puissance des formes d'emploi non salariées ou hybrides qui peuvent remettre en cause la protection des actifs qui dépend encore largement du statut d'emploi et notamment de la norme du salariat en CDI²⁸⁷⁸. Si le paritarisme devient obsolète c'est parce qu'il repose sur le travail... et que la relation de travail classique tend à s'évaporer. Le numérique peut déboucher sur une forme d'intermittence généralisée comme l'illustre l'exemple, encore circonscrit et sujet à débats, d'Uber pop²⁸⁷⁹. Le numérique remet ainsi en question le fondement du dialogue social français, qui repose sur l'existence d'une représentation stable et structurée des collectifs de travail, lesquels sont réputés être suffisamment uniformes pour que les accords négociés avec ces représentants soient étendus à l'ensemble de la population active. Pour l'heure, « les syndicats ne parviennent guère à faire entendre, dans l'espace public, une approche différente des élections professionnelles où la question du lien de subordination et du collectif de travail serait posée, ouvrant par là même la possibilité d'une critique autonome des dispositifs électoraux »²⁸⁸⁰. Si les emplois de la nouvelle économie ne sont pas intégrés, on peut également s'interroger, du côté patronal, de savoir qui représente les intérêts de Facebook ou de Google ?

²⁸⁷⁷ P. Lefebvre, « Subordination et « révolutions » du travail et du droit du travail (1776-2010) », *Entreprises et histoire*, vol. 4, 2009, p. 69.

²⁸⁷⁸ E. Prouet et C. Jolly, *L'avenir du travail*, *op. cit.*, p. 1.

²⁸⁷⁹ *Infra*. Partie 1, titre 1, chapitre 1, section 2, I, 2 : « La prestation indépendante ».

²⁸⁸⁰ S. Bérout et Dompnier, « L'essor du vote électronique dans les élections professionnelles : un terrain d'expérimentation ? », *op. cit.*, p. 522.

964. **Mondialisation des débats** - Le travail de demain, quelle que soit la forme qu'il puisse prendre, ne doit pas perdre sa dimension sociale. Aux États-Unis, face à la vague grandissante de « freelancers », Sarah Horowitz a créé en 2003 un syndicat qui leur est dédié, appelé « Freelancers Union ». Il est chargé de défendre leurs droits sur le marché du travail, mais également de leur procurer une assurance maladie. La Freelancers Union mène aussi des actions de lobbying : sa fondatrice a notamment interpellé les candidats à la présidentielle américaine. C'est un modèle que la France pourrait suivre²⁸⁸¹, alors que s'est créé en 2015 le syndicat des chauffeurs privés et des voitures de tourisme avec chauffeur (SCP/VTC). Ce nouveau syndicat est rattaché à l'Union nationale des syndicats autonomes (UNSA), organisation de représentants de salariés, qui intègre pour la première fois des représentants de travailleurs non-salariés²⁸⁸². Ce nouveau syndicalisme, à la fois groupe de pression, mutuelle de travailleurs, et réseau professionnel, est un outil supplémentaire de démocratie sociale. Il pourrait être une des clés d'un nouveau syndicalisme de masse. Alors que le travail se mondialise, la représentation sociale devrait également s'organiser de manière internationale²⁸⁸³. « L'une des difficultés souvent évoquée en France renvoie à l'unité syndicale « forcée » vers laquelle les organisations sont souvent contraintes de s'acheminer pour trouver les bases d'un dialogue avec leurs homologues étrangers »²⁸⁸⁴. Le risque est que ce temps syndical ne soit pas en adéquation avec le temps de la « transformation numérique », qui s'écoule lui à toute vitesse.

II. La fin du syndicalisme traditionnel

965. **Le vote dans l'entreprise** - Le Centre d'analyse stratégique a publié, une note de veille intitulée « La démocratie politique représentative comme modèle pour la démocratie sociale ? ». Il observe que la loi de 2008 s'inspire des principes de la démocratie politique représentative, assimilée au vote électif et aux techniques

²⁸⁸¹ N. Quérueu, « Métiers d'avenir en 2.0 : les « freelancers » en panne de couverture sociale », *Le Monde.fr*, 31/12/2013.

²⁸⁸² « L'ubérisation » va-t-elle bouleverser le paysage syndical français ?, <http://www.europe1.fr/economie/luberisation-va-t-elle-bouleverser-le-paysage-syndical-francais-2534873>, consulté le 27 avril 2016.

²⁸⁸³ G. Caire, « Globalisation et relations professionnelles », *Tiers-Monde*, vol. 39, n° 156, 1998, p. 728.

²⁸⁸⁴ S. Contrepois, « Internationalisation des entreprises et représentation des salariés », *Travail et Emploi*, n° 123, 15 septembre 2010, p. 27.

d'ingénierie qui l'organisent²⁸⁸⁵. La principale rupture consiste dans le fait d'attribuer au vote des salariés un rôle cardinal dans le nouveau dispositif juridique de représentativité. La tendance à renforcer le rôle du vote dans les relations professionnelles dépasse d'ailleurs le cadre de ce texte de loi, comme en atteste notamment la diffusion du recours aux référendums d'entreprise²⁸⁸⁶. Pourtant autant, si le temps des référendums est devant nous (A), la démocratie sociale n'est pas qu'une affaire d'élections (B)²⁸⁸⁷.

A. La consultation directe des salariés

966. **Le référendum dans l'entreprise** - Mis à part le cas de la Suisse (qui a développé depuis le XVe siècle la consultation directe des citoyens) ou des États-Unis, le recours au référendum est, dans le droit public des démocraties, un mécanisme relativement peu fréquent²⁸⁸⁸. Il désigne un « procédé par lequel le corps des citoyens est appelé à exprimer par une votation populaire son avis ou sa volonté à l'égard d'une mesure »²⁸⁸⁹. Cette définition peut également s'appliquer au droit du travail (à condition de remplacer le corps des citoyens par le corps de salariés). Deux catégories de référendum existent aujourd'hui. D'une part le référendum décisionnel, lorsque les représentants ne peuvent s'opposer au choix directement émis par le corps électoral (1) et d'autre part, le référendum consultatif, qui *a priori* n'engagent pas les représentants (2). Il est toutefois possible d'étendre ce type de dispositif (3).

1) Le référendum décisionnel

967. **En droit de la sécurité sociale** - La technique référendaire est née en droit social du Code de la sécurité sociale, introduite dans le droit social français par l'article 51 du décret n°46-1378 du 8 juin 1946. La démocratie sociale directe prospère sur le terrain de la Sécurité sociale à travers les régimes de prévoyance et/ou de frais de santé et le régime de retraite sur-complémentaire dans le cadre d'une protection sociale complémentaire dans l'entreprise. La ratification d'un projet d'accord proposé par le chef

²⁸⁸⁵ J. Tournadre-Plançq, B. Verrier et Centre d'analyse stratégique, « La démocratie politique représentative comme modèle pour la démocratie sociale ? », *La note de veille*, p. 1-5.

²⁸⁸⁶ S. Bérout, J.-P. Le Crom et K. Yon, « Représentativités syndicales, représentativités patronales. Règles juridiques et pratiques sociales. Introduction », *op. cit.*, p. 5.

²⁸⁸⁷ D. Kaisergruber, *Le temps des référendums*, http://www.metiseurope.eu/le-temps-des-referendums_fr_70_art_30313.html, consulté le 11 mars 2016.

²⁸⁸⁸ J. Grimaldi d'Esdra, « Nature et régime juridiques du référendum en droit social », *Dr. soc.*, 1994, p. 397.

²⁸⁸⁹ J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Domat-Montchrestien, 1947, p. 431.

d'entreprise est faite « à la majorité des intéressés »²⁸⁹⁰. Il n'est pas inintéressant de souligner que la Cour de Cassation²⁸⁹¹ n'a pas hésité pour justifier l'obligation faite à chaque salarié, d'être affilié au régime, à qualifier le référendum de contrat entre l'employeur et la majorité du personnel²⁸⁹². La chambre sociale ayant opté pour la majorité des électeurs inscrits : « lorsqu'elles ne sont pas déterminés par voie de conventions ou d'accords collectifs, des garanties collectives en complément de celles de la Sécurité sociale ne peuvent être instaurées de manière obligatoire pour les salariés qu'à condition que les propositions de l'employeur aient été ratifiées par référendum à la majorité des intéressés ce qui s'entend de la majorité des électeurs inscrits »²⁸⁹³. Ni un accord collectif ni une décision unilatérale de l'employeur ne pouvant subordonner l'entrée en vigueur d'un régime obligatoire à des exigences moindres, la majorité des suffrages exprimés ou la majorité des votants sont donc insuffisants²⁸⁹⁴.

968. **En droit du travail** – Jusqu'à la loi, dite « travail »²⁸⁹⁵ du 8 août 2016²⁸⁹⁶, le Code du travail admettait, à titre exceptionnel, le référendum en matière de participation²⁸⁹⁷, d'intéressement²⁸⁹⁸, de plans d'épargne salariale²⁸⁹⁹, ainsi qu'à une dérogation temporaire au repos dominical, ou engagements pris en termes d'emploi ou en faveur de certains publics en difficulté ou de personnes handicapées²⁹⁰⁰. La ratification s'entend cette fois à la majorité des deux tiers du personnel. Lorsque la ratification d'un accord par référendum a été demandée, comme c'est la règle, conjointement par l'employeur et le comité d'entreprise ou au moins une organisation syndicale de salariés, il en est fait mention dans les documents déposés²⁹⁰¹. En l'absence de mention d'une demande conjointe pour recourir au référendum, une attestation de l'employeur selon laquelle il n'a été saisi d'aucune désignation de délégué syndical doit

²⁸⁹⁰ C. soc. art. L. 911-1.

²⁸⁹¹ Cass. soc., 5 janv. 1984, n° 81-42.112 ; Dr. soc. 1985, p. 188, note J. Savatier.

²⁸⁹² J. Barthélémy, « Le référendum, source de garanties de prévoyance », Dr. soc., 2012, p. 70.

²⁸⁹³ Cass. soc., 15 nov. 2011, pourvoi n°10-20.891, Bull. civ., V, n°262.

²⁸⁹⁴ S. Laporte, *Droit du travail : les arrêts décisifs 2011/2012*, Wolters Kluwer France, p. 332.

²⁸⁹⁵ V. supra. Partie 2, titre 2, chapitre 2, section 2, II, A, 1 : Étendre la consultation des salariés.

²⁸⁹⁶ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », *op. cit.* (JO n°0184, 9 août 2016).

²⁸⁹⁷ C. trav. art. L. 3322-6.

²⁸⁹⁸ C. trav. art. L. 3312-5 et L. 3322-7.

²⁸⁹⁹ C. trav. art. L. 3332-4.

²⁹⁰⁰ C. trav. art. L. 3132-25-3 : « En l'absence d'accord collectif applicable, les autorisations sont accordées au vu d'une décision unilatérale de l'employeur, prise après avis du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, lorsqu'ils existent, approuvée par référendum organisé auprès des personnels concernés par cette dérogation au repos dominical. La décision de l'employeur approuvée par référendum fixe les contreparties accordées aux salariés privés du repos dominical ainsi que les engagements pris en termes d'emploi ou en faveur de certains publics en difficulté ou de personnes handicapées ».

²⁹⁰¹ C. trav. art. D. 3345-2.

être déposée avec l'accord²⁹⁰². En outre, pour les entreprises assujetties à la législation sur les comités d'entreprise (entreprises employant au moins cinquante salariés), un procès-verbal de carence doit être joint²⁹⁰³. Enfin, l'approbation d'accords d'entreprise par le personnel est également prévue par les articles L. 2232-14 et L. 2232-24 du Code du travail dans certaines situations : l'absence de délégué syndicale dans les entreprises de plus de 200 salariés d'une part, et l'absence de délégué syndical et d'élus quels que soient les effectifs de l'entreprise d'autre part. La validité de l'accord d'entreprise ou d'établissement négocié et conclu avec le représentant de la section syndicale est subordonnée à son approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés dans des conditions déterminées par décret et dans le respect des principes généraux du droit électoral. Faute d'approbation, l'accord est réputé non écrit.

969. **Référendum électronique** – Internet augmente les possibilités de consulter les salariés. Le scrutin étant potentiellement plus facile à organiser. Pourtant, s'agissant du droit du travail, la Cour de cassation n'a pas souhaité mettre le vote électronique au service de la consultation des salariés. L'employeur à qui il appartient de déterminer les modalités d'organisation d'un vote majoritaire des salariés pour l'approbation des accords d'entreprise lorsqu'il est légalement prévu, ne peut déroger aux dispositions de l'article D. 2232-2 1° du code du travail qui indique que « la consultation a lieu pendant le temps de travail, au scrutin secret et sous enveloppe »²⁹⁰⁴. On retrouve finalement les réserves que la Cour de cassation avait déjà exprimées dans l'arrêt du 20 octobre 1999²⁹⁰⁵, lorsque le législateur ne prévoyait pas l'éventualité d'un vote électronique pour l'élection des délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise. La Cour de cassation relève désormais que le vote électronique est autorisé seulement pour l'élection des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise. Cette solution devrait être désapprouvée, car elle ne respecte pas l'esprit de la loi. Le législateur voulait surtout protéger les salariés et n'avait pas anticipé le développement du vote électronique²⁹⁰⁶. Cette solution conserve néanmoins toute sa portée. A moins que la Cour de cassation ne revienne sur sa jurisprudence, le référendum ne peut pas

²⁹⁰² B. Denkiewicz et P. Maurin, « Épargne salariale », dans *Rép. soc.*, 2015, .

²⁹⁰³ C. trav. art. D. 3345-3.

²⁹⁰⁴ *Cass. soc.*, 27 janv. 2010, pourvoi n°09-60.240, *Bull. civ.*, V, n°25.

²⁹⁰⁵ *Cass. soc.*, 20 oct. 1999, pourvoi n°98-60.359, *Bull. civ.*, V, n°390.

²⁹⁰⁶ P.-H. Antonmattei, P.-Y. Verkindt, G. Vachet et J. Barthélémy, *L'année de droit social 2011*, Wolters Kluwer France, 2011, p. 203.

prendre la forme d'un vote électronique²⁹⁰⁷. On peut à ce titre regretter que la loi dite « El Khomri » n'ait prévue aucune disposition allant dans ce sens. En revanche, s'agissant de la protection sociale, le vote électronique est admis pour les référendums en l'absence de parution du décret prévu à l'article L. 991-5 du code de la sécurité sociale. Il conviendra alors d'appliquer les règles en matière d'élections professionnelles.

2) *Le référendum consultatif*

970. **Consultation électronique** – Le numérique peut être « mis au service de la revitalisation du dialogue social et plus généralement de la démocratie sociale »²⁹⁰⁸. Le référendum consultatif d'entreprise est une pratique qui se développe progressivement depuis une vingtaine d'années. La question est d'autant plus d'actualité que les réseaux numériques contribuent à faciliter ce type de dispositif en invitant par exemple les salariés à répondre à des enquêtes d'opinion en ligne. Le personnel peut être consulté lors de la mise en place de certains avantages ; la consultation étant alors un outil d'aide à la décision pour l'employeur et/ou les partenaires sociaux. Le comité central d'entreprise, ayant à étudier les incidences sur les conditions de travail du nouveau mode de rémunération des salariés, peut s'informer des préférences de ces derniers par une consultation du personnel, dont les frais doivent s'imputer sur son budget de fonctionnement, sans que, pour autant, à cette occasion, l'employeur ait l'obligation de communiquer au comité les adresses des salariés²⁹⁰⁹. Cette décision est logique : l'organisme chargé d'assurer « une expression collective des salariés » ne doit-il pas pouvoir consulter ces derniers ?²⁹¹⁰

971. **Effets collatéraux** – La consultation peut servir à établir un rapport de force avant une négociation. On peut citer le référendum mené en septembre 2010 par Continental qui illustre les crispations autour de ce type de dispositif. La direction du groupe avait décidé de consulter 2500 salariés pour savoir s'ils acceptaient un plan d'austérité visant à réduire de 8% les coûts de leur entité en échange d'une garantie

²⁹⁰⁷ M. Hautefort, « Ratification d'un accord par les salariés : le vote électronique n'est pas admis », *JSL*, n° 272, février 2010, p. 8.

²⁹⁰⁸ FRANCE et Conseil national du numérique, *Travail, emploi, numérique : les nouvelles trajectoires*, op. cit., p. 159.

²⁹⁰⁹ *Cass. soc.*, 19 déc. 1990, pourvoi n°89-16.072, *Bull. civ.*, V, n°693.

²⁹¹⁰ P. Waquet, « Le comité d'entreprise peut-il organiser un référendum auprès du personnel ? », *Dr. soc.*, 1991, p. 267.

d'emploi pendant cinq ans. Les salariés ont accepté à 53% mais les syndicats n'ont pas donné suite à ces mesures. Fait notable, 80% des employés ont voté, alors que la CFDT et la CGT, qui représentaient (seulement) environ 60% du personnel, avaient appelé au boycott²⁹¹¹. Le référendum consultatif est sans effet, mais le résultat du scrutin peut néanmoins entraîner un effet juridique indirect. En effet les représentant vont se sentir liés par le résultat du référendum²⁹¹². Actuellement, le droit du travail ne régule pas ce type de dispositif et il existe potentiellement un risque de délit d'entrave. En effet, le dispositif, en délimitant les frontières du projet peut laisser penser que l'employeur a déjà arrêté sa décision²⁹¹³.

3) *Étendre la consultation des salariés*

972. **Contournement des syndicats** - Doit-on étendre le référendum d'entreprise pour surmonter les blocages syndicaux ? L'objectif du législateur en matière de négociation collective est ambitieux : il s'agit pour le pays de passer d'une culture de l'affrontement à une culture de compromis. Le nouvel article L. 2232-12 du Code du travail issu de la loi du 8 août 2016²⁹¹⁴ prévoit que des accords collectifs de travail pourront être validés par les salariés consultés lors d'un référendum. Si les organisations syndicales signataires n'atteignent pas le seuil de 50% mais ont recueilli plus de 30% des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives aux mêmes élections, quel que soit le nombre de votants, elles pourront demander une consultation des salariés visant à valider l'accord. Elles disposeront d'un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord pour formuler cette demande. L'accord sera considéré comme valide dès lors que la majorité des salariés ont voté favorablement²⁹¹⁵. Pour autant, le référendum en droit social n'est pas une idée neuve. « La tentation est forte d'y voir une manifestation de la vie démocratique plutôt qu'une cérémonie funèbre à la mémoire du syndicalisme. La prudence invite pourtant à faire la part du regain démocratique et d'une forme nouvelle de populisme »²⁹¹⁶. En effet, le référendum en tant qu'outil n'est qu'un

²⁹¹¹ *Sauver le dialogue social : Priorité à la négociation d'entreprise*, Institut Montaigne, 2015, p. 40.

²⁹¹² P. Taillon, « Pour une redéfinition du référendum consultatif », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 59, n° 1, 2007, p. 146.

²⁹¹³ A. Teissier, « Le comité d'entreprise dispose-t-il du monopole de l'information dans l'entreprise ? », *TPS*, Chr. 9, 2000, p. 6 in ; C. Matias, *Les attributions économiques du comité d'entreprise*, Master 2 Droit et Pratique des Relations de Travail, sous la direction de B. Teyssié, Université Panthéon-Assas Paris II, 2012.

²⁹¹⁴ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », *op. cit.* (JO n°0184, 9 août 2016).

²⁹¹⁵ É. Barriot, « Projet de loi travail : le renvoi à la négociation d'entreprise est généralisé », *op. cit.*

²⁹¹⁶ P. Rosanvallon et J.-P. Fitoussi, *Le nouvel âge des inégalités*, Paris, Seuil, 1998, p. 206.

enregistrement passif des volontés alors que la démocratie suppose un véritable processus délibératif²⁹¹⁷. C'est peut-être ce qui a fait dire à Jean Auroux, le 10 juin 1982, alors ministre du Travail, à la tribune de l'Assemblée nationale : « Le référendum, c'est la mort du fait syndical »²⁹¹⁸.

973. **Encadrer et améliorer le référendum** - Pour autant, les raisons de développer et de favoriser le référendum d'entreprise ne manquent pas. Le numérique peut être utilisé pour recréer des collectifs de travail et n'est pas obligatoirement la source d'une atomisation accrue des travailleurs. Au contraire, le numérique peut revitaliser le dialogue social et permettre de réactiver « l'expression directe » des salariés, comme le prévoyait les lois Auroux de 1982 concernant la vie au travail. Celui-ci a été très peu exploité, le dialogue social s'étant structuré quasi uniquement autour des syndicats et des institutions représentatives du personnel²⁹¹⁹. Si les « groupes d'expression des salariés » ont peu à peu disparu du paysage social, l'aspiration à davantage d'autonomie dans le travail n'a jamais été aussi forte²⁹²⁰. La mise en place de véritables espaces de consultation permettrait de faciliter le fait majoritaire souhaitée par Monsieur Combrexelle²⁹²¹. Dès lors que la structure et l'essentiel des équilibres des accords auraient été préalablement négociés entre syndicats et organisations patronales au niveau de la branche, il pourrait être laissé à l'employeur la liberté d'en définir certains paramètres avec les salariés. On pourrait, en conséquence, admettre que l'adoption de l'accord type au niveau de l'entreprise ainsi que les choix opérés à l'intérieur des marges laissées libres puissent se faire par la voie d'un référendum des salariés sur la proposition du chef d'entreprise²⁹²². Finalement, pour que la négociation collective redevienne la volonté commune des parties salariale et patronale, il convient d'encadrer la technique du référendum, en s'assurant que les salariés soient préalablement informés

²⁹¹⁷ C. Fourcade, *L'autonomie collective des partenaires sociaux: essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, LGDJ, 2006, p. 232.

²⁹¹⁸ « La négociation, vous le savez bien, a toujours été fondée — parce que cela est dans la nature des choses, parce qu'il faut qu'elle ait lieu avec des personnes qui soient responsables devant le suffrage universel — sur la délégation de pouvoir et sur la médiatisation par le négociateur. Tout processus qui tendrait à établir un rapport direct avec les salariés en laissant la seule initiative à l'une des parties — c'est-à-dire au chef d'entreprise, se traduirait fatalement par un affaiblissement, voire par une disparition du fait syndical. Il ne manquerait pas de chefs d'entreprise — je ne prétends cependant pas que cela serait le cas général — pour organiser les choses de telle sorte que l'accord ne permette pas aux travailleurs de s'organiser dans l'entreprise ; on briserait ainsi tous les équilibres qui sont nécessaires au dialogue social, à l'exercice des responsabilités et à la conclusion des contrats. Par conséquent, je repousse ces deux amendements avec la même fermeté que j'ai repoussé ceux, venus d'autres bancs, qui tendaient à instituer d'autres formes de recours au suffrage universel. On ne peut pas vouloir une chose et son contraire. Et le référendum, c'est la mort du fait syndical ». *Séance du jeudi 10 Juin 1982, JOAN, p. 3227*, <http://archives.assemblee-nationale.fr/7/cri/1981-1982-ordinaire/098.pdf>.

²⁹¹⁹ FRANCE et Conseil national du numérique, *Travail, emploi, numérique : les nouvelles trajectoires*, *op. cit.*, p. 167.

²⁹²⁰ D. Kaisergruber, « Le temps des référendums », *op. cit.*

²⁹²¹ Proposition n°43. FRANCE et J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, *op. cit.*, p. 119.

²⁹²² *Ibid.*, p. 97.

à l'instar des dispositifs existants en matière d'information et consultation des représentants du personnel. « Toute décision dans un milieu collectif suppose, si elle veut être démocratique, une phase de délibération ou de débat, avec le pouvoir de modifier, d'amender le projet initial »²⁹²³. Pour donner son opinion sur un projet le concernant, le salarié doit avoir une vision globale du problème. Les syndicats ne seraient alors pas « court-circuités », mais animateurs d'un nouveau dialogue dans l'entreprise.

B. Des collectifs décentralisés

974. **Nouvelles formes de solidarités** - Les représentants syndicaux peuvent se sentir démunis face aux technologies de management au sein des nouveaux environnements professionnels²⁹²⁴. Le développement des technologies de l'information et de la communication favorise l'émergence de nouvelles formes d'emplois qui échappent aux cadres juridiques du travail²⁹²⁵. Pour autant les syndicats de salariés peuvent également se servir des outils numériques comme force collective comme levier d'action. Se rassembler pour se protéger les uns les autres est depuis longtemps une aspiration de la société. L'économie sociale a donné naissance aux syndicats, aux associations et aux formes coopératives. Avec l'économie numérique, pour rééquilibrer les rapports de force, on assiste à l'émergence de nouvelles formes de solidarités²⁹²⁶ et d'actions (1) au travers de nouveaux collectifs : réseaux d'entraides, plateformes collaboratives, etc. (2).

1) Nouvelles formes d'action collective

975. **Le droit à des actions collectives** - Le droit de grève est un droit de nature particulière, son exercice coûte au salarié, et cause délibérément et collectivement un préjudice à l'employeur²⁹²⁷. La Charte des droits fondamentaux de l'UE entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009 contient un article 28 intitulé « Droit de négociation et d'actions collectives » : « Les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques

²⁹²³ B. Gauriau, « Le référendum, un préalable nécessaire ? », *Dr. soc.*, 1998, p. 338.

²⁹²⁴ S. Olivesi, « La formation en communication des représentants syndicaux », *Réseaux*, n° 170, 8 décembre 2011, p. 163.

²⁹²⁵ Infra. Partie 1, titre 1, chapitre 1, section 2, II : « la subordination sous d'autres formes ».

²⁹²⁶ H. Guillaud, *Quelle est la meilleure réponse à l'ubérisation ? Les collectifs !*, <http://www.internetactu.net/2016/04/04/quelle-est-la-meilleure-reponse-a-luberisation-les-collectifs/>, consulté le 4 avril 2016.

²⁹²⁷ J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, Wolters Kluwer France, 2008, p. 950.

nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève ». Ce « droit à des actions collectives (...) y compris la grève » devrait être reconnu aux « travailleurs et aux employeurs », sur le modèle allemand de la « parité des armes » très différent de la conception française²⁹²⁸.

976. **Nouveaux droits collectifs** – Alors que les nouvelles formes de travail se tendent à se généraliser, la question des formes d'action collective accessibles aux « travailleurs collaboratifs » devient de plus en plus pressante. Il est nécessaire d'« engager une réflexion sur un aménagement du droit du travail afin que ce dernier puisse être appliqué. Cet aménagement pourrait notamment concerner les droits tels que le recours collectif (l'action de groupe en droit français), la représentation syndicale ou encore le droit de grève, autant de droits qui permettraient aux utilisateurs des plateformes de faire-valoir leurs intérêts »²⁹²⁹. « Si la grève-arrêt de travail était mieux adaptée au travail manuel qu'au travail intellectuel, qui se pratique à distance et est donc moins visible, on constate une externalisation croissante des conflits pour les grandes entreprises, grâce à internet en particulier. (...) Le militantisme syndical devenu trop minoritaire et donc inefficace, ne permet souvent plus de créer une pression suffisante sur l'entreprise »²⁹³⁰. Avec leur capacité exceptionnelle de communication ciblée mais aussi de mobilisation²⁹³¹, les réseaux sociaux et en particulier Facebook modifient profondément les rapports de force²⁹³². A but non lucratif et créée en 2013, Cworker.org est une plate-forme de pétition mondiale pour responsabiliser les employeurs et modifier les conditions de travail²⁹³³. Les thèmes sont très nombreux : tenues de travail, objectifs exigés, santé et sécurité, le recrutement, stages, congés, retraites, salaires... La technologie permet à des individus ou à des groupes d'employés de lancer, et collecter des signatures pour améliorer leur milieu de travail. Des centaines de milliers de personnes ont déjà été engagées sur la plateforme avec un certain succès.

²⁹²⁸ M. Laigneau, J.-E. Ray et B. Mathieu, « Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 31, 2011, p. 229.

²⁹²⁹ FRANCE, Premier Ministre et Conseil national du numérique, *Ambition numérique : pour une politique française et européenne de la transition numérique*, *op. cit.*, p. 270.

²⁹³⁰ M. Laigneau, J.-E. Ray et B. Mathieu, « Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux », *op. cit.*, p. 229.

²⁹³¹ *Infra*. Partie 2, titre 1, chapitre 1, section 1, II, B, 2 : « intérêt à agir ».

²⁹³² En 2010, Daniel Schlademan, a lancé Our Walmart pour rassembler les employés du géant américain. En utilisant la force des réseaux sociaux (et en s'appuyant sur les 400 000 utilisateurs de Facebook déclarant Walmart comme employeur), Our Walmart a mobilisé des milliers d'employés dans de vastes mouvements de protestation demandant une revalorisation des salaires et est parvenu à ce que Walmart augmente le salaire horaire minimum de ses employés de 7,5 dollars à 9 dollars. H. Guillaud, *Vers des plateformes réellement coopératives*, <http://www.internetactu.net/2015/11/25/leconomie-solidaire-necessite-un-internet-de-la-solidarite/>, consulté le 25 novembre 2015.

²⁹³³ *Cworker*, <https://www.cworker.org/>, consulté le 25 novembre 2015.

Grace à la plateforme, des employés de Walmart, ont par exemple, collectés plus de 20.000 signatures pour réclamer un nouveau processus de planification des horaires de travail plus équitable dans l'attribution des heures supplémentaires, contribuant modifier la politique du groupe²⁹³⁴. Certaines campagnes sont plus modestes, comme par exemple la mise en place d'une salle de repos au bureau. La plateforme ne s'intéresse pas qu'aux salariés, elle permet aussi aux « nouveaux indépendants » de réclamer un meilleur traitement²⁹³⁵.

977. L'irruption de la multitude dans les entreprises – Dans les entreprises des initiatives et actions de communication émergent spontanément, avec un impact dépassant celui de campagnes officielles²⁹³⁶. Les salariés, les clients, les utilisateurs sont désormais actifs dans la création de valeur, précipitant l'émergence d'un paradigme radicalement différent. « Les utilisateurs se précipitent en essaim sur un service ou un produit mais ils peuvent s'en éloigner aussi rapidement. Toutes les entreprises qui sortent du lot aujourd'hui, toutes celles qui dominent leur marché, sont celles qui ont réussi à forger avec la multitude une alliance durable. (...) La seule manière pour les entreprises de survivre dans cette économie est de détourner leurs utilisateurs d'une vulgaire comparaison des prix »²⁹³⁷. Les entreprises ne peuvent se contenter de tenir un discours différent en fonction de chacune de leurs cibles (clients, actionnaires, salariés). La cohérence doit exister à tous les niveaux : « stratégie de développement et stratégie de communication, discours et réalisations, identité visuelle et messages écrits, communication interne et externe »²⁹³⁸.

978. *Name and shame* - Le syndicat de la métallurgie allemande IG-Metall a lancé une plateforme « *FairCrowdWork Watch* » en mai 2015. Ce site offre la possibilité aux

²⁹³⁴ *Walmart: Stop Cutting Our Hours!*, <https://www.coworker.org/petitions/walmart-stop-cutting-our-hours>, consulté le 25 novembre 2015.

²⁹³⁵ *Better treatment for Uber drivers*, <https://www.coworker.org/petitions/better-treatment-for-uber-drivers>, consulté le 25 novembre 2015.

²⁹³⁶ L'opération #DigitAll chez GrDF a permis de mobiliser 500 des 12 000 salariés sur Twitter pour générer du bruit positif concernant le gaz naturel fourni par le groupe. Née sur Twitter, cette communauté baptisée DigitAll n'agit cependant pas sur commande. Elle est entièrement libre de ses actions. Et sa vocation ne se limite pas à l'externe. Au contraire, c'est au sein de GRDF qu'elle contribue avant tout à faire bouger les lignes, en promouvant une culture du numérique et de l'intelligence collective... « Hack ta DRH », proclament ainsi les corsaires de #DigitAll. Ils invitent chacun à interpellier sa ou son directeur des ressources humaines, ou tous ceux qui occupent cette fonction pour les inciter à bouger les lignes, à adopter des méthodes de forbans. A. Kahn, *Réseaux sociaux = haut-parleurs surpuissants pour DRH pionniers*, http://www.lemonde.fr/economie/article/2015/06/19/reseaux-sociaux-haut-parleurs-surpuissants-pour-drh-pionniers_4657941_3234.html, consulté le 12 février 2016.

²⁹³⁷ N. Colin, *Vers de nouvelles propositions de valeur*, <http://www.paristechreview.com/2015/02/19/nouvelles-propositions-valeur/>, consulté le 29 avril 2016.

²⁹³⁸ P. Boistel, « La réputation d'entreprise : un impact majeur sur les ressources de l'entreprise », *Management & Avenir*, n° 17, 1 juin 2008, p. 9.

« *crowd workers* »²⁹³⁹ de noter les entreprises concernées notamment sur les conditions de travail et la rémunération, d'échanger entre eux sur les expériences acquises dans cette forme de travail, mais aussi de bénéficier de conseils juridiques de la part du syndicat. Une initiative qui vise à couvrir cette nouvelle forme de travail dans le champ de sa représentation²⁹⁴⁰. La technique s'inspire de la pratique connue en droit anglais, du *name and shame* qui part de l'idée que pour combattre certains phénomènes difficiles à appréhender au travers d'actes précis, l'action sur la réputation est plus efficace que l'action par le droit. La méthode repose sur l'image que la société va renvoyer. En théorie, les informations sont supposées peser d'elles-mêmes sur le marché, les investisseurs en tenant compte pour faire leurs choix. L'objectif est de conduire les entreprises concernées à préserver leur image en évitant un classement ou la diffusion d'une information dévalorisante. En pratique, il n'est pas certain que les investisseurs effectuent ce contrôle attentif, ou qu'ils soient plus sensibles à ces déclarations qu'au résultat financier de la société²⁹⁴¹. « Si la publication d'une recommandation négative est susceptible de faire grief à certains administrés, elle ne modifie en rien la nature juridique de l'acte : dénué en soi de portée juridique, cet acte n'acquiert pas une telle portée du seul fait de sa publication »²⁹⁴².

979. Diversement apprécié en France - Si le *name and shame* est considéré comme une action civique aux vertus pédagogiques, il est diversement apprécié en France où il est parfois perçu comme un acte de délation moralement inacceptable. En matière sociale, cette technique est notamment utilisée par la Halde pour dénoncer les discriminations²⁹⁴³. S'agissant de la santé au travail, le ministère du travail a également tenté une expérience en publiant en février 2010 sur le site internet « Travailler mieux » un classement tricolore des entreprises, celles ayant signé un accord figurant sur la liste verte désignant les bons élèves. Ce procédé de publicité avait suscité une réaction très

²⁹³⁹ Il s'agit d'activités qui étaient exécutées à l'origine par des partenaires contractuels individuels mais qui ne le sont plus, car elles ont été externalisées en étant proposées à un plus grand nombre de personnes (la crowd) à travers une plateforme internet de crowdsourcing. Ce processus est appelé crowdsourcing, et les clients sont des crowdsourcers, pour lesquels les crowd workers exécutent des prestations. La plupart du temps, ces acteurs ne sont toutefois pas en contact les uns avec les autres, la relation étant gérée par un intermédiaire, la plate-forme de crowdsourcing. *Crowd work - Guide du portage Européen*, <http://www.societeportagesalarial.eu/crowd-work-premiere-approche-dune-nouvelle-forme-demploi/>, consulté le 28 avril 2016.

²⁹⁴⁰ « Allemagne : la ligne de fracture patrons-syndicats entre flexibilité et protection du travail dans le contexte de digitalisation de l'économie s'esquisse nettement », *Planet Labor*, n° 9120, juin 2015 ; in B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, p. 29.

²⁹⁴¹ S'agissant du droit des sociétés, l'action de l'AMF, en rendant plus visibles les bons et mauvais comportements de gouvernance, facilite la pression attendue du marché. P. Deumier, « Le principe « appliquer ou expliquer », appliquer la norme autrement ? », *RTD civ.*, 2013, p. 79.

²⁹⁴² L. Derepas, « Le régime contentieux des décisions prises par la HALDE », *AJDA*, 2007, p. 2145.

²⁹⁴³ F. Piotet, « Retraites : quel travail ? », *Dr. soc.*, 2010, p. 1180.

vive du Medef : la liste intégrale n'est restée qu'un seul jour sur le site²⁹⁴⁴. On notera enfin, que dans d'autres cas, les pouvoirs publics se contentent de faciliter le repérage et la diffusion de « bonnes pratiques » d'entreprise par exemple avec les activités du réseau ANACT sur la santé au travail²⁹⁴⁵. La loi du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale²⁹⁴⁶ a introduit la possibilité pour la juridiction pénale d'ordonner, lorsqu'une amende pour travail illégal est prononcée à l'encontre d'une personne physique ou morale, la diffusion de cette condamnation sur le site Internet du ministère du Travail pour une durée maximale de deux ans²⁹⁴⁷. Alors que le nombre de redressements pour travail dissimulé ne cesse d'augmenter²⁹⁴⁸, le législateur s'est inspiré d'internet pour dissuader les contrevenants. Afin de jeter l'opprobre sur les entreprises épinglées pour des faits de travail illégal, un juge condamnant une personne ou une entreprise à une amende pour travail illégal peut désormais rendre publique son identité sur Internet. Cette peine est prévue par l'article 8 de la loi visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale²⁹⁴⁹. Le décret n°2015-1327 du 21 octobre 2015 relatif à la diffusion sur un site internet de condamnations prononcées pour travail illégal précise les modalités d'application²⁹⁵⁰. Suivant l'article R 8211-1 du Code du travail : « cette diffusion est assurée par les services du ministre chargé du travail sur une partie du site internet de ce ministère, dédiée à la diffusion des décisions pénales prononcées sur le fondement des dispositions susmentionnées à titre de peine complémentaire, en matière d'infractions de travail illégal. Cette rubrique est consultable librement et gratuitement par toute personne ». Cette peine complémentaire peut être choisie par les magistrats selon les cas, à partir du moment où ils décident d'infliger (a minima) une amende au coupable, quel que soit son montant²⁹⁵¹. Les acteurs non-traditionnels du droit international et notamment les collectifs éphémères nés sur internet peuvent également intervenir dans certaines procédures de contrôle. S'agissant plus précisément des ONG, elles exercent un suivi et un contrôle protéiformes qui leur permet de dénoncer le non-respect par les entreprises de leurs obligations sociales. Le *name and shame* peut, dans

²⁹⁴⁴ P. Cherchève, *Houuu, la honte ! Enquête sur la pratique du « name and shame »*, <http://www.marianne.net/houuu-honte-enquete-pratique-du-name-and-shame-100240662.html>, consulté le 14 mars 2016.

²⁹⁴⁵ H. Rouilleault, « Inciter à négocier ? Légitimité de principe et difficultés pratiques », *Dr. soc.*, 2011, p. 563.

²⁹⁴⁶ « Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale » (JO, n°159, 11 juillet 2014, p. 11494).

²⁹⁴⁷ C. trav. art. R. 8211-1.

²⁹⁴⁸ *Travail dissimulé: nombre de redressements record*, <http://www.latribune.fr/economie/france/travail-dissimule-nombre-record-de-redressements-des-urssaf-478727.html>, consulté le 26 octobre 2015.

²⁹⁴⁹ « Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale - Article 8 ».

²⁹⁵⁰ D. n° 2015-1327, 21 octobre 2015, JORF n°0246, 23 octobre 2015, p. 19714.

²⁹⁵¹ Lorsque la juridiction qui a prononcé une amende a ordonné la diffusion de sa décision dans les conditions prévues à la dernière phrase du 4° des articles L. 8224-3 et L. 8256-3 ainsi qu'au dernier alinéa des articles L. 8224-5, L. 8234-1, L. 8234-2, L. 8243-1, L. 8243-2 et L. 8256-7.

certains cas, amener les décideurs à prendre des mesures pour éviter d'être de nouveau pointée du doigt publiquement, mais il est bien évident qu'il est pour le moment limité aux grandes firmes internationales²⁹⁵².

2) *Nouvelles formes de collectifs*

980. **Négociation décentralisée** - La négociation interprofessionnelle fait-elle encore sens aujourd'hui, est-on arrivé au bout d'un modèle ? Les évolutions économiques et organisationnelles semblent avoir mis à mal le syndicalisme d'industrie comme modèle d'organisation et la branche d'activités comme niveau de négociation. La place prise par la négociation décentralisée (d'entreprise par rapport aux autres niveaux : sectoriel, national) qui permet aux entreprises d'élaborer des compromis sociaux sur mesure pose de nombreuses difficultés aux organisations syndicales. Certes, tout ne doit pas être réglé par les accords d'entreprise, mais la place prise par les négociations décentralisées devrait obliger les organisations syndicales à repenser le rôle, la place de leurs structures organisationnelles internes. La refondation proposée repose sur une idée forte : la capacité plus grande du contrat à concilier économique et social²⁹⁵³. L'exemple suédois illustre cette évolution. En une vingtaine d'années, ce pays est passé d'un système collectif de négociation centralisé à une négociation d'entreprise décentralisée. Les syndicats suédois (LO, TCO) ont redéfini leur rôle et leur mission. Ils interviennent maintenant plus comme des conseillers auprès des syndicalistes d'entreprise. Ceci a permis aux représentants des travailleurs d'exercer une plus grande influence sur les lieux de travail²⁹⁵⁴. Le principal « dysfonctionnement vient de la division syndicale qui entraîne une surenchère dans le front du refus des réformes plutôt que le dialogue social. (...) Pourtant, l'émergence d'une véritable démocratie sociale dans laquelle les syndicats seraient capables de négocier collectivement des compromis passe nécessairement par leur union. Les syndicats d'autres pays européens tels que l'Italie ou les Pays-Bas ont montré la voie en constituant des plates-formes unitaires. Pour rompre le cercle vicieux de la défiance, la France doit aussi s'engager dans des réformes profondes de son modèle social »²⁹⁵⁵.

²⁹⁵² « Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ? », 2005, p. 145.

²⁹⁵³ J. Barthélémy et G. Cette, « Droit social : pourquoi et comment le refonder ? », *op. cit.*, p. 763.

²⁹⁵⁴ P. Vendramin et G. Valenduc, « Le travail flexible à l'aube du 21ème siècle : un défi pour les politiques publiques », *op. cit.*, p. 66.

²⁹⁵⁵ Ces divisions sont en partie historiques. Le syndicalisme français s'est construit autour d'organisations de militants, divisés sur des clivages politiques, et non comme un syndicalisme de services à l'instar de celui des pays nordiques. Mais cette division

981. **Nouveaux « collectifs » en ligne** - Dans le monde contemporain du travail, il y a un nombre de plus en plus important de travailleurs non syndiqués ou réputés « difficiles à syndiquer »²⁹⁵⁶. L'intelligence collective est en opposition avec une « intelligence centralisée ». Elle nous pousse à la relativité, à un niveau de réflexion plus élaboré, à négocier en permanence avec les autres²⁹⁵⁷. Il est nécessaire d'« observer les pratiques de syndication auto-appropriées par des communautés de travail atomisées pour en comprendre les besoins »²⁹⁵⁸. Le développement du travail à distance conduit à une individualisation plus forte du rapport au travail. « Non pas que l'individu soit de plus en plus isolé, mais ce sont ses modes d'appartenances qui sont de plus en plus personnalisés »²⁹⁵⁹. Le sociologue Jérémie Rosanvallon distingue les « collectifs de coprésence » et les « collectifs de co-activités », les travailleurs liés par un espace et ceux liés par une activité. Les collectifs de coprésence sont ceux qui exercent une socialisation ; ils sont à la base de solidarité forte. Dans les collectifs de co-activités, c'est la coordination des activités de chacun qui devient essentielle et le collectif est plus impersonnel. Dans les nouvelles formes de travail, pour certains travailleurs, il n'y a plus de temps de coprésence, ni même de co-activités. L'entraide mutuelle est une réponse aux problèmes sociaux auxquels les gens sont confrontés en ligne. De nouveaux collectifs numériques voient ainsi le jour, tels « Turkopticon » et « WeAreDynamo », qui regroupent les utilisateurs de « *Mechanical Turk*²⁹⁶⁰ », qui leurs permettent de peser

peu propice à la confiance mutuelle a également été entretenue par le cadre législatif. Y. Algan et P. Cahuc, *La société de défiance*, *op. cit.*, p. 100.

²⁹⁵⁶ Marie-Josée Legault et Martine D'Amours examinent comment certains de ces travailleurs participent à la régulation de leur travail. Elles considèrent deux types de travailleurs du savoir, les concepteurs de jeux vidéo et les artistes en performance, dont le travail est très qualifié mais qui demeurent pourtant sujets à une grande mobilité et vulnérabilité en raison de la nature des contrats à court terme qu'ils doivent accepter lorsqu'ils entreprennent un projet. Contrairement au modèle de la « citoyenneté industrielle » de l'époque fordiste, où le mode de représentation était collectif par nature, Legault et D'Amours montrent comment ces deux groupes de travailleurs ont adopté des modes de représentation qui sont simultanément collectifs et individuels. L'équilibre entre le collectif et l'individuel varie cependant entre les deux groupes. Les concepteurs de jeux vidéo, en raison de la forte demande pour leurs compétences, ont un plus grand pouvoir de négociation sur une base individuelle. Pour ce groupe, la représentation collective par l'intermédiaire d'une association de travailleurs de l'industrie demeure non structurée. En revanche, les artistes n'ont pas le même pouvoir individuel de négociation dans leur milieu de travail, étant dans un secteur où l'offre de travail dépasse souvent la demande. Par conséquent, ces travailleurs comptent fortement sur la représentation collective en vue d'obtenir des conditions minimales de travail, difficilement atteignables au moyen de la seule négociation individuelle. M.-J. Legault et M. D'Amours, « Représentation collective et citoyenneté au travail en contexte de projet », *Relations industrielles*, vol. 66, n° 4, 2011, p. 655.

²⁹⁵⁷ F. Nêmo, *Réconcilier le Web avec la réalité sociale et politique*, <http://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-121606-la-marque-france-est-legitime-pour-initier-la-deuxieme-revolution-du-web-1087296.php>, consulté le 27 janvier 2015.

²⁹⁵⁸ FRANCE et Conseil national du numérique, *Travail, emploi, numérique : les nouvelles trajectoires*, *op. cit.*, p. 169.

²⁹⁵⁹ J. Rosanvallon, « Le Travail à distance au carrefour de deux types de collectifs », dans *Le travail à l'épreuve des paradigmes sociologiques*, Toulouse, France, Octarès éd., 2007, p. 304.

²⁹⁶⁰ Mechanical Turk, est un service proposé par Amazon qui agrège une myriade de micro-tâches fastidieuses (traductions, tags, commentaires), proposées par des entreprises désireuses de sous-traiter certaines besognes sans embaucher d'intérimaires. Les turkers, comme on appelle ces soutiers du Net qui acceptent des corvées simples mais gourmandes en temps, sont payés (sauf si l'entreprise estime que la tâche est mal faite), mais les sommes sont dérisoires, entre 1 cent et une poignée de dollars. Certains dénoncent un système d'exploitation à échelle mondiale, ignorant le code du travail et le salaire minimum légal. M. Lechner, « Effets de serfs sur la Toile », *Revue du MAUSS*, n° 35, 17 juin 2010, p. 519.

davantage. On peut également observer comment des indépendants ou des télétravailleurs salariés vont vers des espaces de coworking pour retrouver du lien social²⁹⁶¹. Comme le souligne sur son blog, le père du concept de « Digital Labor », Trebor Scholz, des solutions existent. Le chercheur en rappelant l'histoire des coopératives, esquisse un modèle alternatif de réappropriation des plateformes participatives²⁹⁶².

982. **Co-construction des normes** - Les plateformes peuvent également constituer un nouveau mode de concertation en ligne pour coécrire des projets de loi ou des accords au sein des entreprises. Pour la première fois en France, une démarche de ce type a été adoptée à l'occasion de la loi pour une « République numérique ». Après une phase consultative réalisée par le Conseil national du numérique (CNNum), le texte a été publié sur www.republique-numerique.fr, une plateforme participative qui a permis aux citoyens de donner leur avis sur chacun des articles²⁹⁶³. Le texte législatif gouvernemental a ainsi été soumis à une discussion publique ouverte et interactive en ligne, avant son envoi au Conseil d'État et son adoption en conseil des ministres²⁹⁶⁴. Un député souhaite généraliser « la consultation publique en ligne, par l'internet, sur les textes de loi avant leur examen par le Parlement »²⁹⁶⁵. En assurant la dose supplémentaire de participation et de transparence que permet le numérique dans notre démocratie représentative, la consultation publique par l'internet pourrait ainsi contribuer à retisser le lien de confiance distendu, notamment dans l'intervalle entre les élections, entre représentants et représentés. Ce type de dispositif aurait également toute légitimité à se déployer dans les entreprises.

983. **Associer les nouveaux collectifs au dialogue social** - « L'instauration d'un dialogue social oblige les citoyens à s'unir, à négocier et à trouver des compromis. Pour activer la confiance mutuelle, l'État doit donc transférer des champs de compétence à la société civile. Ce constat n'est pas nouveau. (...) Cependant le succès d'une telle

²⁹⁶¹ G. Valenduc et P. Vendramin, *Le travail dans l'économie digitale : continuités et ruptures*, Brussels, Fondation Travail-Université, 2016, p. 45.

²⁹⁶² Il y évoque les exemples de LaZooz et Fairmondo, un Uber et un eBay initiés par des utilisateurs sous forme coopérative. T. Scholz, *Platform Cooperativism vs. the Sharing Economy*, <https://medium.com/@trebors/platform-cooperativism-vs-the-sharing-economy-2ea737f1b5ad#.dkrgq37mu>, consulté le 29 avril 2016.

²⁹⁶³ Au total, ce sont 21 330 contributeurs qui ont voté près de 150 000 fois et déposé plus de 8500 arguments, amendements et propositions de nouveaux articles. Des débats intenses ont vu le jour et de nombreux compléments ont été proposés, dont certains très soutenus par les participants.

²⁹⁶⁴ É. Scaramozzino, « Numérique - Projet de loi - Une consultation fructueuse », *JAC*, n° 29, 2015, p. 8.

²⁹⁶⁵ P. Martin-Lalande, *Généralisation de la consultation publique en ligne, par l'internet, sur les textes de loi avant leur examen par le Parlement*, 2016.

évolution nécessite également une réforme du syndicalisme et des organisations patronales. Si les syndicats et les organisations patronales sont amenés à avoir un plus grand pouvoir décisionnel, encore faut-il qu'ils soient réellement représentatifs²⁹⁶⁶. Or, on peut définir la représentativité comme « la revendication d'une aptitude à représenter »²⁹⁶⁷. La fragmentation des entreprises en réseaux de contrats entre leurs différentes composantes et les sources diverses de production érodent la conception classique du milieu de travail. « Il y a une déconnection croissante entre les organisations syndicales et une main-d'œuvre de plus en plus diversifiée et précaire »²⁹⁶⁸. De fait, des collectifs, hors syndicats, apparaissent à l'intérieur et à l'extérieur des entreprises, notamment via les réseaux sociaux²⁹⁶⁹. Il est possible d'associer ces « nouveaux collectifs » au dialogue social. Certes ces collectifs ne sont pas représentatifs des salariés au sens de la représentativité syndicale et donc ils n'ont pas vocation à être parties prenantes des négociations collectives. Cependant, les associer d'une façon ou d'une autre, notamment via une consultation, permettrait de freiner l'écart qui se crée souvent entre les représentants du personnel et les salariés²⁹⁷⁰. De ce point de vue, les réseaux sociaux peuvent permettre aux syndicats de se rapprocher des problèmes du terrain et ouvrir l'expression des travailleurs dont ils redeviendraient la courroie de transmission lors des négociations. Pour autant on n'anime pas un collectif numérique comme une distribution de tracts. Les syndicats doivent adopter une démarche de « community management ». Le cœur de cette nouvelle compétence consiste à renforcer la cohésion et les interactions. Cette démarche peut aussi bien se matérialiser à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'entreprise. La CFDT cadre organise par exemple des « *afterworks* » à partir de discussions thématiques sur LinkedIn. L'UGICT, prépare de son côté une plateforme collaborative de géolocalisation pour centraliser et diffuser les rassemblements créés par les internautes

²⁹⁶⁶ Y. Algan et P. Cahuc, *La société de défiance*, *op. cit.*, p. 98.

²⁹⁶⁷ S. Bérout, J.-P. Le Crom et K. Yon, « Représentativités syndicales, représentativités patronales. Règles juridiques et pratiques sociales. Introduction », *op. cit.*

²⁹⁶⁸ C. Brunelle, A. Hayden et G. Murray, « Les systèmes de représentation au travail : à la mesure des réalités contemporaines ? », *op. cit.*, p. 496.

²⁹⁶⁹ On retrouve sur les réseaux sociaux des entreprises, des collectifs qui peuvent regrouper des personnes par thématique par exemple la lutte contre les discriminations entre les hommes et les femmes, ou encore des communautés de nouveaux embauchés, ou encore des corps de métiers par exemple les assistantes, etc.

²⁹⁷⁰ La transformation numérique étant permanente, il s'agit de mettre en place au sein des entreprises des processus de co-construction et de co-innovation, en cohérence avec l'esprit collaboratif et participatif des pionniers de l'économie numérique (exemples : management participatif, co-innovation en passant par des enquêtes larges auprès des salariés sur les évolutions possibles des produits, process, etc.). La mission a constaté que les entreprises ayant adopté cet état d'esprit ont vu une meilleure adhésion à la transition numérique et ont gagné en agilité et en innovation, facteurs de performance économique et de qualité de vie au travail. FRANCE et Conseil national du numérique, *Travail, emploi, numérique : les nouvelles trajectoires*, *op. cit.*, p. 164.

(qui n'appartiennent pas forcément au syndicat)²⁹⁷¹. Sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, il est difficile d'imaginer une grande loi pour envisager toutes les questions et les solutions, c'est pourquoi il revient aux entreprises et aux syndicats de s'entendre au niveau de chaque entreprise pour établir de nouvelles bases plus saines pour un dialogue social plus serein.

984. **Conclusion** - L'analyse du dialogue social numérique permet de mettre en avant les différentes problématiques liées aux pratiques numériques pour les organisations représentatives. Jusqu'à présent les TIC ont permis seulement permis une modernisation à la marge des relations sociales. « Les organisations syndicales, patronales et l'État sont de grands ensembles organisationnels et il faut du temps pour qu'une pratique ou une logique nouvelle soit diffusée et réappropriée dans toutes ses ramifications. Sur le terrain, les acteurs sociaux expérimentent, tâtonnent, inventent de nouvelles formes de dialogue, de nouvelles manières de se faire entendre, de contester ou de créer de nouvelles alliances. La mutualisation de ces expérimentations sociales n'est pas automatique et souvent l'inventivité locale peine à se diffuser dans les organisations »²⁹⁷². Parmi les différentes raisons permettent d'expliquer ce constat, une est prépondérante, il s'agit de l'obligation de conclure des accords d'entreprises. Le consensus est d'autant plus difficile à trouver que les acteurs ne sont souvent pas formés pour appréhender toutes les composantes de la révolution numérique et ses implications sur l'emploi. Les invitations conventionnelles et législatives à négocier sur ce thème ne constituent pas des obligations de conclure un accord. Cet état est particulièrement préjudiciable à l'emploi et à la maturité numérique des entreprises dans leur ensemble alors que le législateur a étendu la responsabilité des partenaires sociaux. S'agissant des conflits sociaux, les entreprises commencent seulement à prendre conscience que les agissements des salariés qui étaient hier cantonné au périmètre de l'entreprise peuvent désormais s'élargir au monde par l'intermédiaire des médias sociaux. Entraver l'accès aux médias sociaux de l'entreprise va motiver les représentants du personnel à déplacer le dialogue en dehors de l'entreprise avec le risque que ceux-ci soient eux même dépassés.

²⁹⁷¹ C. Durand, *#OnVautMieuxQueÇa : le futur de la révolte sociale est-il numérique ?*, <http://www.numerama.com/politique/148239-onvautmieuxqueca-le-futur-de-la-revolte-sociale-est-il-numerique.html>.

²⁹⁷² A. Garabige, « Les relations professionnelles au prisme de l'innovation : enjeux pratiques et théoriques », *La Revue de l'Ires*, n° 75, 2012, p. 5.

985. **Des intérêts convergents** - Suivant les conclusions d'une enquête sur l'image des syndicats²⁹⁷³, la confiance accordée par les Français et par les salariés aux syndicats tend à s'éroder, tout comme l'efficacité perçue de l'action syndicale. Ainsi, pour défendre leurs intérêts, les salariés considèrent qu'il est plus efficace de se coordonner avec d'autres salariés qui partagent leurs préoccupations que de s'adresser aux syndicats. Cette remise en cause trouve ses racines dans une action syndicale perçue comme « obsolète » alors que les Français et les salariés semblent davantage dans une attente d'ouverture, de souplesse, de transparence et de réciprocité, s'inscrivant dans l'ère du collaboratif. Un des enjeux pour les syndicats de demain est de réinventer les formes d'engagements, vers un syndicalisme de service, plus « à la carte », et également un enjeu pour les directions des entreprises, très attendues sur le partage et la transparence. En définitive, sous le prisme de la défense de leurs intérêts propres, les relations numériques font converger de manière inédite les intérêts des représentants du personnel et ceux de l'entreprise. Les outils numériques doivent permettre d'améliorer la qualité de l'accès à l'éducation numérique pour les représentants des salariés et ainsi contribuer à l'allègement d'un certain formalisme dont est parfois emprunt le fonctionnement des IRP. Si la négociation sociale doit continuer à privilégier la forme présenteielle, l'information comme la consultation des IRP doivent privilégier les formes numériques. Ces outils permettent en outre de faire évoluer l'organisation du dialogue social en ouvrant des espaces d'échanges entre salariés, leurs représentants et l'entreprise sur les différents grands sujets d'évolution de l'organisation du travail²⁹⁷⁴. Le dialogue social peut être « relancé » en saisissant la transformation numérique comme une opportunité pour co-construire les enquêtes et permettre aux IRP de se consacrer pleinement à leur rôle d'analyse et de co-construction des réponses sociales au sein de l'entreprise.

Titre 2 L'EXPRESSION DIRECTE ET COLLECTIVE DES SALARIES

986. **L'expression de tous au travail** - L'expression de tous peut-elle renvoyer à une dimension collective ? « Promue par les lois Auroux, la question de l'expression des

²⁹⁷³ TNS Sofres, « Baromètre 2015 sur l'image des syndicats », novembre 2015.

²⁹⁷⁴ B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, op. cit., p. 59.

salariés au travail est tout sauf une idée neuve. Pourquoi renaîtrait-elle aujourd'hui alors qu'elle avait été accueillie avec une grande méfiance dans les années 80 tant par les dirigeants d'entreprises que par une large partie des représentants du personnel, craignant que celle-ci soit utilisée pour contourner leurs prérogatives ? »²⁹⁷⁵. Ce droit repose sur l'idée que le salarié qui exécute un travail occupe une place privilégiée pour en analyser les différents aspects et pour proposer les améliorations à y apporter. La dimension individuelle de l'expression au travail est de prime abord la plus aisée à identifier. Il y a *a priori* une scission claire entre l'expression individuelle, lorsque les salariés s'expriment en leur nom, et l'expression collective, lorsque les syndicats font part de leurs positions, tracts, décisions, au niveau local, d'une entreprise ou d'un secteur. Mais l'expression individuelle également est « collective » dans le sens où chacun doit pouvoir s'exprimer, non pas dans un rapport individuel salarié-hiérarchie, mais en tant que membre d'une collectivité de travail. Désormais, au-delà des formes instituées de représentation, des modes moins traditionnels, laissent la place à des usages nouveaux. Si les sujets abordés ne révèlent pas de caractère innovant, la portée des messages est différente grâce aux TIC. Les réseaux sociaux peuvent être à la fois ce qui donne du contenu à une action collective et refléter l'état social lors d'un conflit ou d'une situation de restructuration²⁹⁷⁶. Les blogs et réseaux sociaux renvoient en effet à quatre grandes fonctions : l'information, la discussion, la collaboration, la pétition/revendication. De fait, l'expression individuelle redevient collective lorsque l'expression du salarié devient publique. En ligne, elle acquiert en effet une capacité nouvelle à agréger de la reconnaissance d'une audience et à défendre des revendications relatives au travail. Pour toute une génération élevée dans l'abstention et le rejet des organisations classiques du mouvement social, les réseaux sociaux deviennent un outil de mobilisation et d'engagement de premier ordre²⁹⁷⁷. En février 2016, le projet de loi initialement nommée « projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs », dite loi travail ou loi El Khomri sur la réforme du droit du travail²⁹⁷⁸ n'a pas manqué pas de susciter des débats au sein de la classe politique et des syndicats, mais c'est sans doute internet qui a le plus mis en difficulté le gouvernement. La pétition « Loi travail : non, merci ! », à l'initiative d'une

²⁹⁷⁵ P. Archias, V. Bussat, C. Teissier et C.E. Triomphe, *Expression directe au travail, le retour ? Les enseignements d'Astrees Lab*, *op. cit.*, p. 1.

²⁹⁷⁶ *Ibid.*, p. 17.

²⁹⁷⁷ D. Danet, « Intelligence juridique et réputation de l'entreprise », *Revue internationale d'intelligence économique*, Vol 3, n° 1, 13 octobre 2011, p. 103.

²⁹⁷⁸ « Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », *op. cit.* (JO n°0184, 9 août 2016).

seule personne, a ainsi recueilli plus de 1,2 millions de signatures. La mobilisation a aussi gagné les réseaux sociaux à l'instar de *Facebook*, avec une page appelant à la « grève générale »²⁹⁷⁹ contre la loi le 9 mars, jour où le projet devait être présenté en Conseil des ministres²⁹⁸⁰. Les tweets du hashtag #OnVautMieuxQueCa sont très rapidement devenus une place publique pour les revendications, plaintes et slogan qu'on a l'habitude de voir lors des manifestations physiques (entre une banderole rouge et un drapeau breton). Ces initiatives prennent de vitesse, le gouvernement mais aussi les centrales syndicales, qui ont critiqué le texte mais n'ont pas réagi aussi vite que les internautes. Pour expliquer son projet, le gouvernement a d'ailleurs pris l'initiative originale de créer un compte Twitter spécial, baptisé @LoiTravail. « On parle beaucoup de moi mais on me connaît mal. Et si on faisait connaissance ? », lit-on sur compte, s'adressant aux internautes sur un ton didactique, comme si la loi parlait à la première personne. Un style de communication aussitôt moqué par des centaines d'opposants au texte, qui ont répliqué sur le même ton sur Twitter. Le numérique apparaît comme un atout dans le fonctionnement d'un nouveau mode de dialogue social. Il permet avant tout de réduire le délai de transmission d'une information, pour un coût quasiment nul. Sans leader ni porte-parole, le mouvement « Nuit debout »²⁹⁸¹, né le 31 mars 2016 après une manifestation contre la « loi travail », illustre un mouvement de convergence entre les mouvements participatifs en ligne et les conflits sociaux physiques²⁹⁸².

987. Le salarié devient un média - L'évolution technologique a transformé le problème de la correspondance qui ne se limite plus au secret des correspondances, mais est caractérisée par les logiques « d'autodétermination »²⁹⁸³. Le « numérique » élargit de

²⁹⁷⁹ On peut lire sur la page de l'événement : « Pour la convergence des luttes des salariés, des précaires, des chômeurs, des retraités, des jeunes, des personnes qui survivent avec des minimas sociaux en baisse CONTRE « la loi Gattaz-Hollande-Valls-Macron-El Khomri » et toutes les régressions sociales, avec ou sans les directions syndicales, le 9 mars (jour de présentation de la loi en conseil des ministres) on ira défendre notre peau. Le 10 on remet ça (avec les retraités qui ont déjà prévu de manifester) et les jours suivants jusqu'au retrait total de ce projet de loi ! NB: cet appel n'est pas à l'initiative d'une organisation. C'est un appel citoyen et militant ».

²⁹⁸⁰ *Réforme du droit du travail : sur Facebook, appel à la « grève générale »*, <http://rue89.nouvelobs.com/2016/02/25/reforme-droit-travail-facebook-appel-a-greve-generale-263281>, consulté le 26 février 2016.

²⁹⁸¹ Sur le site internet de nuitdebout.fr le manifeste du mouvement indique : « Sais-tu ce qui se passe là ? Des milliers de personnes se réunissent Place de la République à Paris, et dans toute la France, depuis le 31 mars. Des assemblées se forment où les gens discutent et échangent. Chacun se réapproprie la parole et l'espace public. Ni entendues ni représentées, des personnes de tous horizons reprennent possession de la réflexion sur l'avenir de notre monde. La politique n'est pas une affaire de professionnels, c'est l'affaire de tous. L'humain devrait être au cœur des préoccupations de nos dirigeants. Les intérêts particuliers ont pris le pas sur l'intérêt général. Chaque jour, nous sommes des milliers à occuper l'espace public pour reprendre notre place dans la République. Venez nous rejoindre, et décidons ensemble de notre devenir commun ».

²⁹⁸² Initialement formé dans un contexte de mobilisation contre la loi Travail, le mouvement aborde des sujets nombreux. Les manifestants de la place de la République à Paris ont trouvé un relais important sur Periscope, l'application de partage en direct de vidéos. Au plus fort de l'audience, 80.000 personnes ont suivi les événements. *lefigaro.fr*, « Sur Periscope, le succès de la «Nuit Debout» », *Le Figaro*, 04/04/2016.

²⁹⁸³ P. Perraki, *La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé européen: Étude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen*, Editions L'Harmattan, 2015, p. 20.

manière considérable les possibilités effectives d'expression. Les salariés y trouvent un moyen d'expression relatif à leur sphère (« vie ») privée, mais également à leur entreprise. Cela représente un véritable enjeu de *e-réputation* pour les individus notamment en termes de chances de recrutement, mais également pour les entreprises qui peuvent perdre ou gagner en réputation auprès des consommateurs ou des candidats à l'emploi. L'entreprise peut bénéficier de ce phénomène si les propos valorisent son activité. Dans ce cas elle ne s'en plaindra pas. Toutefois, ces propos peuvent aussi porter sur les conditions de travail ou sur des sujets qui font débat dans la société, et lui porter préjudice²⁹⁸⁴. C'est pourquoi la *e-réputation* et la liberté d'expression deviennent des éléments clés dans les nouvelles relations collectives de travail. Leur contrôle revête une importance particulière pour la protection de la vie personnelle et l'expression collective à l'ère numérique. Les réseaux numériques posent par ailleurs la question de l'identité du salarié au sein des collectifs de travail et en dehors. « L'individu membre d'une organisation, dès lors qu'il maîtrise l'utilisation des TIC est en mesure de se déplacer et d'évoluer dans le cyberspace, peut, s'il le désire, être véritablement « visible et audible » et ce, quelle que soit la taille de l'organisation dans laquelle il évolue. Le numérique est en effet en mesure de le faire « exister », que ce soit par l'intermédiaire des forums électroniques ou des différents types de dialogues en ligne et de le faire ainsi participer à l'intelligence collective avec la certitude d'être clairement identifié et reconnu comme un élément de l'ensemble. A contrario, il peut tout autant s'il le désire, garder l'anonymat et se cacher derrière un pseudonyme »²⁹⁸⁵.

988. Droit d'expression numérique - Une transformation des pratiques démocratiques et de la participation citoyenne semble être dès lors à l'œuvre grâce à la « routinisation » des usages d'internet. Est-ce que cette révolution est réelle ? Peut-on parler d'un renversement de pouvoir ? Comment le droit du travail encadre ce phénomène ? L'arrêt Clavaud²⁹⁸⁶ a mis en lumière une question qui n'a pas été résolue de façon exhaustive par la doctrine et la jurisprudence. Il s'agit d'arbitrer entre une confrontation qui oppose un certain nombre de droits : droit d'expression, droit de la personnalité, droit à l'information du public, etc. Aujourd'hui, Internet exacerbe cette problématique. Il contribue à banaliser l'information et à développer de nouvelles

²⁹⁸⁴ *Le numérique et les droits fondamentaux, op. cit.*, p. 387.

²⁹⁸⁵ L. Roche et Y. Chatelain, « L'impact des nouvelles technologies de l'information et de la communication sur les hommes et les femmes », *op. cit.*, p. 93.

²⁹⁸⁶ *Cass. soc.*, 28 avr. 1988, pourvoi n°87-41.804, *Bull. civ.*, V, n°257.

exigences pour les salariés qui ne perdent pas leur qualité de citoyens. Ces derniers deviennent eux-mêmes émetteurs d'informations notamment sur les réseaux sociaux²⁹⁸⁷. D'ailleurs, les concepts de « Web 2.0 », de « Réseaux Sociaux Numériques », de « Médias sociaux », ou de « Web Interaction » caractérisent cette évolution d'Internet, désormais centré sur les utilisateurs, favorisant les échanges, la création et le partage d'information²⁹⁸⁸. Avec les nouveaux modes d'expressions en ligne la liberté d'expression se développe au profit des individus (Chapitre 1). Si l'usage des réseaux sociaux est protégé par des droits et libertés fondamentales bien établis, son détournement peut affecter la relation de travail, en particulier lorsque le salarié critique son entreprise (Chapitre 2).

Chapitre 1 Les enjeux de la liberté d'expression en ligne des salariés

989. **La liberté d'expression, une liberté fondamentale** - Les initiatives en réseau en mode coopératif peuvent être un vecteur puissant pour refonder une politique économique et sociale performante. Mais pour que la démocratie sociale devienne réellement participative, cela passe notamment dans les entreprises par une adaptation du droit d'expression des salariés. La liberté d'expression est « l'un des droits les précieux de l'Homme »²⁹⁸⁹ protégée par le droit international, européen et national. Suivant l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 : « Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit ». La liberté d'expression est également proclamée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁹⁹⁰, l'article 11 de la

²⁹⁸⁷ Les médias sociaux pouvant être définis comme « un ensemble d'identités sociales telles que des individus ou encore des organisations reliées entre elles par des liens créent lors des interactions sociales », décloisonnent les frontières entre individu et entreprise, entre vie privée et vie professionnelle. « Réseau social », dans *Wikipédia*, 2016, .

²⁹⁸⁸ *What Is Web 2.0*, <http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>, consulté le 12 janvier 2016.

²⁹⁸⁹ Art. 11, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme. Tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

²⁹⁹⁰ « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques, et sans considération de frontières ».

Charte des droits fondamentaux de l'UE et par l'article 19 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques²⁹⁹¹. Enfin, l'article 14 de la Constitution de 1946, repris par celle du 4 octobre 1958, a reformulé le principe affirmé par les articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789²⁹⁹² dans les termes suivants : « Tout homme est libre de parler, d'écrire, d'imprimer, de publier ; il peut, soit par la voie de la presse, soit de toute autre manière, exprimer, diffuser ou défendre toute opinion dans la mesure où il n'abuse pas de ce droit ». La liberté d'expression est le corollaire de la liberté d'opinion, ils forment un ensemble, et font indiscutablement partie des « libertés publiques », ou « libertés fondamentales », auxquelles tous les auteurs accordent « l'autorité de principes constitutionnels »²⁹⁹³.

990. Dans l'entreprise et en dehors – Appliquée aux relations de travail, la liberté d'expression fut d'abord accordée au salarié en dehors des temps et lieu de travail²⁹⁹⁴. Il a fallu attendre 1999 pour que la liberté d'expression soit reconnue au salarié y compris lorsqu'il se trouvait dans l'entreprise, soumis au pouvoir de son employeur²⁹⁹⁵. C'est désormais dans une même formule que la jurisprudence rappelle régulièrement : « le salarié jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression »²⁹⁹⁶. Dans tous les cas, la Cour de cassation veille au respect du droit de savoir du public en opérant la difficile conciliation qu'impose l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme entre la liberté d'expression protégée par le § 1 de cet article et les limites qu'autorise son § 2 pour protéger la réputation et les droits d'autrui, empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou garantir l'autorité du pouvoir judiciaire. Mais la liberté d'expression fait partie, avec le droit au respect de la vie privée, des droits dont l'application est bouleversée par l'arrivée des TIC dans le monde du travail. En effet, les conversations entre amis et collègues, qui étaient autrefois séparées du canal d'information médiatique traditionnel, acquièrent aujourd'hui une plus grande visibilité. Les échanges sur les réseaux sociaux en ligne permettent ainsi de faire côtoyer de façon inédite des

²⁹⁹¹ La liberté d'expression comprend : « la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix ».

²⁹⁹² Art. 10, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « Nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ».

²⁹⁹³ J. Rivero, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. soc.*, n° 5, mai 1982, p. 421.

²⁹⁹⁴ *Cass. soc.*, 28 avr. 1988, pourvoi n°87-41.804, *Bull. civ.*, V, n°257, *op. cit.*

²⁹⁹⁵ *Cass. soc.*, 14 déc. 1999, pourvoi n°97-41.995, *Bull. civ.*, V, n°488.

²⁹⁹⁶ *Cass. soc.*, 22 juin 2004, pourvoi n°02-42.446, *Bull. civ.*, V, n°175 ; *Cass. soc.*, 23 mai 2007, pourvoi n°05-41.374, *Bull. civ.*, V, n°82 ; *Cass. soc.*, 28 avr. 2011, pourvoi n°10-30.107, *Bull. civ.*, V, n°96.

conversations privées et publiques²⁹⁹⁷. Il convient donc de savoir si la liberté d'expression du salarié « dans l'entreprise et en dehors » trouve à s'appliquer sur internet ? Le salarié est certes subordonné à l'employeur sur le lieu de travail mais il n'en demeure pas moins un individu qui dispose très souvent d'un accès à internet (Section 2). *A contrario*, ce n'est pas parce que le salarié se trouve à son domicile, en dehors de son temps de travail, qu'il peut s'affranchir de ses obligations notamment en matière de confidentialité (Section 2).

Section 1 Internet, extension technique de la liberté d'expression

991. **L'évolution des médias** - L'histoire de la civilisation est l'histoire de la communication. L'invention, au beau milieu du 15^{ème} siècle, des caractères métalliques mobiles par Johannes Gutenberg a entraîné la première extension de la liberté d'expression. La liberté d'expression s'est construite à travers l'évolution des techniques de communication au sein des médias classiques que sont la presse, la photographie, la radio puis la télévision. Aujourd'hui, elle doit être appréciée au regard aussi du média émergent : Internet. Par le passé des personnes offraient des contenus aux internautes mais désormais un simple particulier, un internaute amateur, peut devenir lui-même éditeur²⁹⁹⁸. Jusqu'à présent, pour pouvoir s'exprimer il fallait soit relever d'une profession particulière (journaliste, présentateur, animateur) soit avoir été invité à s'exprimer. Avec Internet, il n'y plus de barrière envisageable puisque tous les individus peuvent s'exprimer librement. On peut ainsi désormais parler d'un « droit à la communication » renouvelé (I). Cette liberté s'applique de façon nouvelle dans l'entreprise à travers la faculté de recevoir et d'exprimer des communications mais également sur le fond par la faculté d'exprimer publiquement ses convictions qui forment ensemble l'identité de la personne (II).

²⁹⁹⁷ « Nouvelles technologies, réseaux sociaux, critique de l'employeur et conséquences d'une rétractation d'une promesse d'embauche », *LPA*, n° 123, juin 2012, p. 10.

²⁹⁹⁸ I. Chupin, N. Hubé et N. Kaciaf, « Le brouillage des frontières médiatiques (des années 1980 à nos jours) », dans *Histoire politique et économique des médias en France*, La Découverte., coll.« Repères », 2012, vol.2e éd., p. 90.

I. Le droit de l'homme à la communication

992. **La naissance du « droit à la communication »** – Le concept de « droit à la communication » été énoncé publiquement pour la première fois en 1969 par Jean d'Arcy, prédisant ainsi l'émergence d'Internet 40 ans avant son invention. « La Déclaration universelle des droits de l'homme qui, il y a vingt et un ans, pour la première fois établissait en son article 19 le droit de l'homme à l'information, aura un jour à reconnaître un droit plus large : le droit de l'homme à la communication. (...) Au lieu des structures actuelles verticalement diversifiées : presse, radio, cinéma télévision, informatique, etc. en grand ensembles ayant chacun leurs moyens et leurs réglementation de semi-liberté propres, nous verrons apparaître des structures différentes de type horizontal : collecte, production, distribution du message, réponse »²⁹⁹⁹. Le plaidoyer de Jean d'Arcy en faveur de ce nouveau droit s'ordonne autour de plusieurs arguments. « Il procède de la nature même de la personne humaine comme être de communication et du besoin humain de communiquer, au niveau de l'individu et de la société. Il met l'accent sur le processus de la communication plutôt que sur le contenu du message. Il suppose la participation. Il suggère un échange mutuel dans le transfert de l'information »³⁰⁰⁰. Le « droit à la communication » est un concept qui transcende la liberté d'expression. « Envisagés globalement, le droit d'entendre et d'être entendu, d'informer et d'être informé, peuvent être considérés comme les composantes essentielles du « droit à la communication ». (...) L'exercice du « droit à la communication » constitue un objectif souhaitable pour toute société démocratique, car ainsi chaque individu saurait qu'il a le droit d'être informé et d'être entendu en quelque endroit de son propre pays qu'il réside, travaille ou se déplace »³⁰⁰¹. Le droit à la communication tend aujourd'hui à se matérialiser dans l'entreprise à travers la liberté d'accès à internet (A) et le respect des échanges électroniques dits « personnels » (B).

A. La liberté d'accès à Internet au travail

993. **Le droit à l'information** - « La liberté d'opinion et d'expression telle qu'elle figure dans la Déclaration universelle des droits de l'homme ne présente pas un

²⁹⁹⁹ J. d'Arcy, « Le droit de l'homme à communiquer », *Revue de l'UER*, novembre 1969, p. 15.

³⁰⁰⁰ D. Fisher, *Le Droit à la communication : rapport sur l'état de la question*, UNESCO, 1984, p. 8.

³⁰⁰¹ *Instant World*, Information Canada, 1971, p. 3.

caractère suffisamment fondamental, car elle met l'accent sur le contenu plutôt que sur le processus de la communication et donne l'impression d'une communication à sens unique allant de l'émetteur de l'information au récepteur »³⁰⁰². En l'absence de définition juridique, on peut retenir celle proposée par Frédérique Brocal dans sa thèse : « Informer, c'est donner connaissance d'un fait. C'est un ensemble de nouvelles destinées à être communiquées. Le problème est de savoir quel type de nouvelles mérite le qualificatif d'information. La définition passe alors par la reconnaissance de ses qualités d'objectivité et de véracité. Une information vraie est un pléonasme, car si elle est fautive, ce n'est plus une information, même si on emploie l'expression fautive information »³⁰⁰³. Le Conseil constitutionnel n'a jamais utilisé explicitement l'expression « droit à l'information », et pourtant, c'est à partir de ses décisions relatives à la presse qu'a émergé ce droit³⁰⁰⁴. Cette conception de la liberté d'expression et d'opinion souffre toutefois de sa définition attachée au régime de la presse. Elle ne permet pas d'appréhender le « droit à l'information » sur internet où tout le monde a la capacité de s'adresser à tout le monde³⁰⁰⁵. Cette problématique du droit à l'information se pose accrue dans les entreprises. A l'intérieur de l'entreprise, et sur les réseaux de l'entreprise, le salarié peut-il s'informer et informer les autres ?

994. Le droit d'être informé au travail - La notion de « droit à l'information » doit être appréhendée comme une liberté publique, principalement pour satisfaire la liberté d'expression dans une société démocratique³⁰⁰⁶. Le concept de « droit à l'information » ne saurait être dévoyé dans l'entreprise. « Le droit à l'information réclame pour tous les citoyens une égale possibilité d'accès à tous les faits de l'actualité, que ceux-ci résident dans les événements eux-mêmes ou dans l'expression de jugements ou d'opinions »³⁰⁰⁷. Le travailleur ne cesse pas d'être un citoyen lorsqu'il franchit les portes de l'entreprise.

³⁰⁰² D. Fisher, *Le Droit à la communication, op. cit.*, p. 8.

³⁰⁰³ F. Brocal, *Le droit à l'information en France*, Thèse de doctorat, Université Lumière-Lyon 2, 2004, p. 30.

³⁰⁰⁴ « Le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale auquel sont consacrées les dispositions du titre II de la loi est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; qu'en effet, la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents ; qu'en définitive, l'objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 précité soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire les objets d'un marché (...) ». *CC., 11 oct. 1984, déc. n°84-181 DC, Recueil*, p. 78.

³⁰⁰⁵ Le blog n'est pas simplement un outil d'information, c'est également un outil de communication où la multitude s'adresse à la multitude. « Contrairement aux médias traditionnels où l'information centralisée et pyramidale va du haut vers le bas, de l'un vers les plusieurs sans retour d'information, le blog offre la capacité d'une diffusion décentralisée du plusieurs vers plusieurs ». I. Pledele, « Les nouvelles logiques d'expression : blogs et journalisme participatif, vers une e-démocratie ? », dans *La démocratie à l'épreuve de la Société Numérique*, Editions Karthala., 2007, p. 209.

³⁰⁰⁶ N. Mallet-Pujol, « Le double langage du droit à l'information », *D.*, 2002, p. 2420.

³⁰⁰⁷ G. Vogel, *Le nouveau droit de la presse*, Groupe de Boeck, 2004, p. 53.

« Le droit à l'information est un droit universel, inviolable et inaltérable de l'homme moderne. Il s'agit d'un droit à la fois actif et passif : d'une part, la recherche de l'information, et, d'autre part, la possibilité pour tous de la recevoir »³⁰⁰⁸.

995. Internet et l'accès à l'information - La liberté d'expression et la liberté d'accès à internet sont liées. La Cour de Strasbourg a reconnu, le 10 mars 2009, dans un arrêt *Times Newspaper Ltd (numéros 1 et 2) c/ Royaume-Uni* que « grâce à leur accessibilité ainsi qu'à leur capacité à conserver et à diffuser de grandes quantités de données, les sites internet contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la circulation de l'information »³⁰⁰⁹. Ce lien a été évoqué en France lors des débats sur les lois HADOPI. Le Conseil constitutionnel français a admis par sa décision du 10 juin 2009³⁰¹⁰, que la liberté d'expression impliquait la liberté d'accès à internet. Toutefois il ne consacre pas, en lui-même, un droit fondamental d'accès à internet. Même s'il est protégé, il peut y avoir des atténuations à ce droit lorsqu'il y a atteinte à d'autres droits constitutionnellement reconnus. Cette dernière condition fragilise le droit et la liberté d'accès à internet dans l'entreprise. Sur le lieu de travail, le salarié peut avoir à sa disposition une connexion à internet. Pour autant, l'obligation d'assurer à chacun une possibilité d'accès à internet n'existe pas. En règle générale, l'utilisation d'internet doit être professionnelle, mais une utilisation personnelle est tolérée si celle-ci est raisonnable³⁰¹¹. Le droit d'utiliser internet à des fins personnelles dans l'entreprise est l'accessoire du droit à la vie privée, non du droit à la communication. L'employeur peut notamment mettre en place des dispositifs de filtrage de sites non autorisés.

996. Une liberté fondamentale du citoyen salarié - Si le blocage de certains sites apparaît légitime (caractère pornographique, pédophile, d'incitation à la haine raciale, révisionnistes, etc.) ou légal³⁰¹², le blocage des médias sociaux apparaît moins justifiable au regard de la sécurité et du fonctionnement de l'entreprise. En théorie, le temps

³⁰⁰⁸ J. d'Arcy, « Le droit de l'homme à communiquer », *op. cit.*, p. 2.

³⁰⁰⁹ *CEDH, 10 mars 2009, n°3002/03 et n°23676/03.*

³⁰¹⁰ « En l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services ». *CC., 10 juin 2009, déc. n°2009-580 DC, JO n°0135, 13 juin 2009, p. 9675, op. cit.*

³⁰¹¹ *Infra.* Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 3, II : « les ressources informatiques appartenant au salarié ».

³⁰¹² En application de l'article L.336-3 du CPI le chef d'entreprise a « l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par le droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits ».

consacré au réseau social pourrait être décompté du temps de travail³⁰¹³. Mais en pratique, le droit accorde au salarié au sein même de l'entreprise le droit à une vie privée résiduelle³⁰¹⁴. Or les médias sociaux offrent aux individus de nouveaux moyens d'expression et de réception. A l'instar d'internet, les blogs, Facebook, Twitter permettent à chacun de s'exprimer librement et facilement. Ils doivent donc être intégrés à cette liberté. L'envoi de publications privées quelques minutes par jour sur les médias sociaux, durant les heures de travail, ne constituerait pas un usage excessif de l'outil mis à la disposition du salarié par son employeur. Le salarié ne devrait donc pas être licencié de ce fait. Suivant la Cour d'appel de Chambéry : « le fait d'avoir (...) pu consacrer un temps aussi limité à l'envoi de tweets non professionnels, y-compris à des horaires communément retenus comme travaillés ce qui n'est pas démontré, alors que le salarié était au demeurant du fait de ses fonctions, connecté à Internet de manière quasi continue, ne peut être retenu comme fautif »³⁰¹⁵. En somme, interdire Facebook au travail, c'est comme interdire le téléphone. Comme le souligne Jean-Emmanuel Ray : « S'il est sans doute techniquement possible à un employeur, pour éviter tout problème, d'interdire à un salarié subordonné toute communication non professionnelle pendant le travail, sur internet et intranet, à partir, sur et vers du matériel appartenant à l'entreprise, une telle prohibition totale apparaît comme totalement irréaliste au XXIème siècle »³⁰¹⁶. Par ailleurs, le filtrage apparaît de plus en plus caduc face au phénomène du « Bring Your Own Device » qui consiste à utiliser au bureau son ordinateur personnel, et face à la multiplication des smartphones qui possèdent leur propre accès à internet³⁰¹⁷. Restreindre l'accès à Facebook peut aussi s'avérer un véritable frein au « bouche-à-oreille numérique ». Les premiers promoteurs de l'entreprise étant souvent les salariés qui communiquent avec leur communauté. Il est donc préférable d'intégrer les usages des médias sociaux faits par les salariés pour mieux les intégrer. L'idée est de miser sur la bonne connaissance que pourront avoir les acteurs de l'entreprise afin d'éviter de mauvaises utilisations involontaires. Les collaborateurs sont conscients qu'ils ont tout intérêt à valoriser et à protéger l'image de leur entreprise car ils en seront les premiers

³⁰¹³ Infra. Partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2 : « le temps de travail à l'épreuve de l'espace numérique ».

³⁰¹⁴ Selon les recommandations de la CNIL, l'utilisation d'internet au travail à titre personnel ne doit pas se faire au-delà d'un délai raisonnable, et les sites consultés ne doivent pas avoir un contenu contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. CNIL, *Le contrôle de l'utilisation d'internet et de la messagerie*, <http://www.cnil.fr/documentation/fiches-pratiques/fiche/article/le-controle-de-lutilisation-dinternet-et-de-la-messagerie/>, consulté le 14 janvier 2013.

³⁰¹⁵ CA Chambéry, 25 fév. 2016, n°15/01264, *op. cit.*

³⁰¹⁶ J.-E. Ray, *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC*, Paris, Liaisons, 2001, p. 83.

³⁰¹⁷ Infra. Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 3, II : « les ressources informatiques appartenant au salarié ».

bénéficiaires³⁰¹⁸. A cet égard, il est possible de mettre en place différents outils en interne afin de limiter la divulgation d'informations potentiellement dommageable pour l'entreprise. On peut citer la création d'une charte éthique, la mise en place d'une charte informatique, des formations aux pratiques de la communication sur internet, la sensibilisation du personnel à la confidentialité, au devoir de loyauté et aux risques encourus en cas de divulgation, la mention dans le contrat de travail des clauses de confidentialité, de non concurrences du devoir de réserve³⁰¹⁹.

B. Le droit au respect de la vie sociale

997. **Une liberté relationnelle** - C'est désormais une chose entendue, la « transformation digitale » est avant tout culturelle et managériale. On entre dans l'ère du collaboratif et de l'intelligence collective. C'est sans aucun doute le plus grand défi associé à l'ère numérique : instaurer le travail coopératif. Pour réussir, il lui faut revoir les frontières du travail notamment à travers la liberté d'expression. « La liberté d'expression est une liberté de communication à autrui, une liberté relationnelle. Elle protège la faculté d'extérioriser, par l'écrit ou la parole, des pensées, des opinions. Brider la liberté d'expression, c'est non seulement provoquer le despotisme, mais c'est encore interdire l'existence sociale de l'individu dans sa plénitude d'être pensant »³⁰²⁰. Cette liberté se matérialise aussi bien pour les actes de la vie courante que dans l'entreprise. Par ailleurs, la loi à travers l'article 9 du Code civil garantit à chacun le respect de sa vie privée. L'article 3 du rapport dit « Badinter » actualise ce principe : « le secret de la vie privée est respecté et les données personnelles protégées dans toute relation de travail »³⁰²¹. L'employeur ne peut donc pas s'immiscer dans les affaires personnelles de ses salariés (sauf si celles-ci empiètent de manière abusive sur la vie de l'entreprise³⁰²²). Le droit au respect de la vie privée ne se limite pas seulement au droit de rester chez soi à l'abri du regard des autres : c'est aussi le droit d'aller vers les autres pour tisser les liens d'une vie sociale³⁰²³.

³⁰¹⁸ J. Digout, C. Fueyo et J.-M. Decaudin, *E-Réputation des marques, des produits et des dirigeants*, Vuibert, 2013, p. 164.

³⁰¹⁹ Supra. Partie 2, titre 2, chapitre 1, section 2, « la confidentialité, limite juridique à l'expression en ligne ».

³⁰²⁰ G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, op. cit., p. 690.

³⁰²¹ FRANCE, Premier ministre et R. Badinter, *Comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail*, La Documentation Française, 2016, p. 7.

³⁰²² Supra. Partie 2, titre 2, chapitre 2, section 2, II : « établir l'abus sur les médias sociaux ».

³⁰²³ G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, op. cit., p. 690.

998. **Les communications personnelles** - Au nom de la liberté d'expression et du droit à la vie privée un salarié peut non seulement surfer sur Internet, téléphoner ou envoyer des e-mails personnels pendant ses horaires de travail mais il peut aussi y recevoir sa correspondance privée. La seule condition devant être la modération. En effet, les communications du salarié ne doivent pas l'empêcher d'effectuer correctement le travail pour lequel il est payé³⁰²⁴.

999. **Correspondance privée ou public** - L'espace de travail n'est pas un lieu privé. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'existe aucun espace privé sur le lieu de travail. « Il y a correspondance privée lorsque le message est exclusivement destiné à une ou plusieurs personnes, physiques ou morales, déterminées et individualisées »³⁰²⁵. Appliqué à l'origine aux lettres postales, ce principe s'est étendu aux correspondances téléphoniques, puis, de proche en proche, à toutes les correspondances émises par la voie de communications électroniques, notamment SMS, courrier électronique, messagerie instantanée. Ouvrir un courrier ou un courriel personnel est passible d'un an d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende³⁰²⁶. Toute clause du règlement intérieur prévoyant l'ouverture du courrier adressé aux salariés³⁰²⁷ ou interdisant au salarié toute conversation étrangère au service est donc illégale³⁰²⁸. Dans le célèbre arrêt Nikon du 2 octobre 2001³⁰²⁹, la Cour de cassation a ainsi rappelé aux employeurs 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 ». Doivent être considérés comme privés les seuls courriels dont il apparaît clairement qu'ils sont personnels en raison de signes extérieurs, par exemple la mention

³⁰²⁴ Cass. soc., 26 fév. 2013, pourvoi n°11-27.372, inédit, *op. cit.*

³⁰²⁵ TGI Puteaux, 28 sept. 1999.

³⁰²⁶ C. pén. art. 226-15 et 432-9.

³⁰²⁷ Toutefois, selon une jurisprudence ancienne, sans l'indication sur les enveloppes du caractère privé de la correspondance, celles-ci peuvent à juste titre être considérées comme professionnelles et non personnelles et ouvertes par l'employeur ou un salarié mandaté par lui. Cass. crim., 16 janv. 1992, pourvoi n°88-85.609, inédit, *op. cit.*

³⁰²⁸ CE, 25 janv. 1989, req. n°64296, tables Rec. Lebon, Dr. soc. 1990, p. 201.

³⁰²⁹ Cass. soc., 2 oct. 2001, pourvoi n°99-42.942, Bull. civ., V, n°291, *op. cit.* ; J. Hauser, « Vie privée du salarié : E-mail, domicile, sacs, bermudas et survêtement », *RTD civ.*, 2002, p. 72 ; P.-Y. Gautier, « La preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la « vie privée » des salariés », *D.*, 2001, p. 3148 ; J.-E. Ray, « Courrier privé et courriel personnel », *op. cit.*

« personnel » portée dans l'objet du message³⁰³⁰. Sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à disposition du salarié et identifiés par lui comme personnels qu'en présence de celui-ci ou celui-ci dûment appelé³⁰³¹.

1000. La correspondance est professionnelle par défaut – Le droit à la communication n'est toutefois pas absolu dans l'entreprise. La Cour de cassation a ainsi rappelé, en 2011, que « 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 ». L'employeur est en droit de les ouvrir en dehors de la présence de l'intéressé sauf s'ils sont identifiés comme étant personnels. Dans cette affaire, le salarié a été licencié car il tenait un commerce illicite en utilisant son ordinateur professionnel. L'employeur, pour obtenir des preuves en vue de licencier le salarié, a consulté ses emails. Les emails du salarié n'étaient pas identifiés « comme étant personnels et qu'ils étaient, sans signe distinctif, dans sa messagerie professionnelle ». Les juges ont déduit « qu'ils pouvaient être régulièrement ouverts par l'employeur et que la preuve ainsi rapportée était licite »³⁰³². L'employeur peut démontrer la faute grave en produisant un ou plusieurs emails le visant en des termes insultants ou outranciers lorsque des emails échangés entre collègues à titre personnel sont découverts au cours d'un audit³⁰³³.

1001. Extension aux médias sociaux - Enfin, il existe des éléments sur internet qui ne sont pas encore classés dans l'une ou l'autre de ces catégories. On peut citer comme exemple le « mur » *Facebook*. La qualification de correspondance privée ou de communication au public n'est pas encore précisément établie. Il semble que cela dépende des paramétrages du compte d'utilisateur de *Facebook*³⁰³⁴. Il convient également d'appréhender la finalité poursuivie lors de la création du compte. Une décision de la Cour européenne des droits de l'homme rendue le 12 janvier a confirmé qu'un employeur pouvait avoir un droit de regard sur le contenu des chats des employés à partir des comptes internes de la société³⁰³⁵ Cette décision particulièrement commentée

³⁰³⁰ Infra. Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 3, I, B : « l'usage personnel des moyens informatiques de l'entreprise ».

³⁰³¹ Cass. soc., 17 mai 2005, pourvoi n°03-40.017, Bull. civ., V, n°165, op. cit.

³⁰³² Cass. soc., 18 oct. 2011, pourvoi n°10-26.782, inédit.

³⁰³³ Cass. soc., 2 fév. 2011, pourvoi n°09-72.449, inédit, op. cit.

³⁰³⁴ Supra. Partie 2, titre 1, chapitre 2, section 1, II, A : « le caractère public des médias sociaux ».

³⁰³⁵ CEDH, 12 janv. 2016, *Bărbulescu c. Roumanie*, n°61496/08, op. cit.

fait dire à certains auteurs que la vie privée en voie d'extinction³⁰³⁶. En l'espèce, l'employeur avait installé pendant neuf jours un logiciel espion sur l'ordinateur professionnel d'un salarié et enregistrait toute l'activité de ce dernier. Au cours de ces neuf jours, il a remarqué que le salarié avait utilisé le compte *Yahoo Messenger*, ouvert par le salarié à la demande de l'employeur, à des fins personnelles. Le salarié a nié avoir envoyé des mails personnels avec ce compte normalement dédié aux communications avec les clients de l'entreprise. En réponse à cette affirmation, l'employeur a communiqué des transcriptions de messages envoyés par le salarié à son frère et à sa fiancée *via* la messagerie instantanée du compte *Yahoo*. Les messages portés sur des données « sensibles » au sens de la loi n° 677/2001 et de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 (relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données) puisque, dans les transcriptions des messages, l'état de santé et la vie sexuelle du salarié étaient évoqués. Pourtant, l'utilisation des transcriptions des communications du requérant dans le cadre de la procédure n'a pour la CEDH pas porté atteinte à la vie privée du salarié dans la mesure où les juridictions internes n'ont pas révélé dans leur décision ni le contenu des messages ni leur destinataire³⁰³⁷. Bien que le requérant n'ait causé aucun préjudice à son employeur, la CEDH estime qu'il n'est pas déraisonnable pour un employeur de vouloir vérifier que les employés achèvent leurs tâches professionnelles pendant les heures ouvrables. Cette solution est critiquable à bien des égards et semble remettre en cause la jurisprudence antérieure³⁰³⁸ de la Cour sur cette question. Il est également permis d'émettre un regret tiré d'un point qui n'a pas pu être abordé du fait du contenu de la plainte du ressortissant roumain qui était limité à la question du contrôle de ses communications. Celui-ci a trait à l'interdiction, portée par le règlement intérieur, de toute utilisation personnelle des moyens numériques de l'entreprise, dont la licéité peut être discutée au regard du droit français³⁰³⁹. « Quand bien même l'employeur aurait prohibé l'usage à titre personnel des équipements de l'entreprise, est-ce que cela justifie l'utilisation d'un logiciel espion sur l'ordinateur d'un salarié ? À l'heure où les salariés se connectent depuis leur ordinateur à leur banque, leur sécurité sociale, ou leurs impôts, n'est-ce pas là une faille énorme dans la sécurité de tous ces organismes si l'employeur peut simplement récupérer les

³⁰³⁶ M. Peyronnet, « La vie privée du salarié sur internet en voie d'extinction », *Dalloz actualité*, 29 janvier 2016.

³⁰³⁷ *Infra*. Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 2, I, loyauté des enregistrements.

³⁰³⁸ *CEDH*, 3 avril 2007, *Copland c/ Royaume-Uni*, n°62617/00, *op. cit.*

³⁰³⁹ A. Gardin, « Contrôle du compte professionnel de messagerie instantanée du salarié : la CEDH à la recherche de l'équilibre », *CEDH* 12 janvier 2016 req. n° 61496/08, B. c/ Roumanie », *RJS*, 15 avril 2016, p. 338.

identifiants, mots de passe du salarié et les communiquer au prétexte qu'il lui était interdit d'utiliser internet ? »³⁰⁴⁰.

II. L'identité des salariés en ligne

1002. **La communication publique** - La polémique suscitée par la vidéo du footballeur Serge Aurier en février 2015, illustre la relation compliquée qu'entretiennent les salariés avec les réseaux sociaux³⁰⁴¹. La vie d'une personne « ne peut faire l'objet d'un morcellement et force est de constater qu'à l'occasion de l'exécution de la prestation de travail, l'individu ne peut faire abstraction de sa personnalité, de certains attributs de sa vie privée »³⁰⁴². Plus encore dans l'économie numérique construite sur la créativité des individus, le fait d'être entier, d'être autant « soi » à la maison et au travail est devenu incontournable. On passe progressivement d'un droit de communiquer, perçu comme la liberté d'opinion et d'expression au droit à la communication. Ce droit comprend le droit d'être informé mais aussi la liberté d'informer les autres grâce aux possibilités offertes par les médias sociaux (A). Pour autant le salarié peut-il exprimer ses opinions de la même façon sur Internet que dans un cadre informel ? Un employeur peut-il interdire à ses salariés d'entreprendre des activités personnelles qui auraient pour effet d'entacher son image ou sa réputation ? (B)

A. L'affirmation de sa personnalité sur Internet

1003. **L'épanouissement de sa vie personnelle** - La protection des libertés individuelles des salariés dans le droit du travail a toujours été une question intrinsèquement liée au fait que le contrat de travail crée un lien de subordination entre l'employeur et le salarié. Cependant, par le contrat de travail, « le salarié met à la disposition de l'employeur sa force de travail mais non sa personne »³⁰⁴³. Ainsi, « le

³⁰⁴⁰ M. Peyronnet, « La vie privée du salarié sur internet en voie d'extinction », *op. cit.*

³⁰⁴¹ Periscope est une application disponible sur Android et IOS qui permet à ses utilisateurs de filmer avec leur smartphone et de diffuser le contenu en direct par l'intermédiaire d'un flux vidéo. Les utilisateurs de Periscope sont en mesure de choisir ou non de rendre publique leur vidéo ou simplement les rendre visibles à certains utilisateurs tels que leurs amis ou les personnes qu'ils suivent Periscope. Serge Aurier n'a vraisemblablement pas mesuré le caractère public de sa conversation avec les spectateurs. Se sentant en vase clos et vraisemblablement installé dans un espace privé, le footballeur fait sauter ses filtres habituels pensant dialoguer avec une communauté familière et critique ses coéquipiers et son entraîneur. « Serge Aurier rétrogradé en équipe réserve pendant trois semaines », *Le Monde.fr*, février/2016.

³⁰⁴² « A propos de la vie privée », *Action juridique, Revue de la CFDT*, n° 6, 1994, p. 8.

³⁰⁴³ M. Despax, « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP*, I, 1963, p. 1776.

salarié ne peut et ne doit être ramené à un simple « être du travail » et que l'entreprise doit être assimilée à une microsociété, au sein de laquelle le salarié doit, en principe, jouir des mêmes droits et libertés dont il jouit dans la société comme citoyen. Il ne peut pas s'aliéner de ses droits les plus fondamentaux et de certaines prérogatives qui sont attachées à sa personne, telles que le droit à sa vie personnelle, mais également d'autres libertés liées à la pleine jouissance et à l'épanouissement de sa vie personnelle, telles que sa liberté d'opinion, sa liberté d'expression ou même sa liberté de religion »³⁰⁴⁴.

1004. La liberté de manifester ses convictions – *A priori* le salarié est libre d'exprimer ses convictions sur Internet. La Cour de cassation énonce qu'un « fait imputé à un salarié, dès lors qu'il relève de sa vie personnelle, ne peut constituer une faute »³⁰⁴⁵. Par ailleurs, la liberté de religion et de convictions est un principe consacré par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et par l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme dispose que : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de convictions, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Ces dispositions protectrices de la liberté des opinions politiques, philosophiques ou des convictions religieuses garantissent autant la liberté de conscience que la liberté d'exprimer ses convictions. Ainsi, un message sur un réseau social susceptible d'exprimer une adhésion publique à une religion ou à un mouvement politique ou philosophique, doit être rattaché à la liberté de religion ou de pensée.

1005. Principe de non-discrimination - L'article L. 1132-1 du Code du travail interdit de discriminer un candidat ou de sanctionner ou licencier un salarié en raison de « ses opinions politiques... ou de ses convictions religieuses ». Cette liste est toutefois limitative, et le texte reste muet sur le problème posé par l'expression des opinions

³⁰⁴⁴ P. Perraki, *La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé européen*, op. cit., p. 18.

³⁰⁴⁵ Pour la Cour de cassation, les agissements d'un salarié « ordinaire » dans le cadre de sa vie privée ne peuvent pas justifier son licenciement disciplinaire. *Cass. soc.*, 16 déc. 1997, pourvoi n°95-41.326, *Bull. civ.*, V, n°441.

philosophiques, éthiques, sociales, historiques du salarié, qui peuvent tout aussi bien déplaire à l'employeur et pousser ce dernier à les sanctionner. Le principe de non-discrimination ne doit pas se heurter à d'autres principes du droit du travail liés notamment à la bonne marche de l'entreprise³⁰⁴⁶. « Qu'on imagine les réactions des dirigeants d'une entreprise fabriquant des munitions face aux prises de positions publiques d'un salarié objecteur de conscience ou militant pour l'abolition de la chasse, ou d'une manufacture de tabac dont un cadre supérieur écrit un pamphlet contre les fumeurs, ou d'une entreprise commercialisant des contraceptifs dont un salarié, catholique d'obédience stricte, manifeste publiquement son hostilité à l'usage de ces produits etc. »³⁰⁴⁷. Il convient à ce titre de préciser que la liberté de manifester ses convictions religieuses ou ses opinions politiques n'est pas absolue, des atténuations existent dans les entreprises dites « de tendances », lorsque le salarié a été engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur³⁰⁴⁸.

B. La notion de trouble dans l'entreprise

1006. **Interdiction relative** - Dans l'entreprise, les salariés restent des citoyens à part entière et peuvent discuter de tout autour de la machine à café. L'employeur ne saurait ainsi interdire purement et simplement une conversation à connotation religieuse ou politique entre des salariés³⁰⁴⁹. Dans un arrêt du 25 janvier 1989, le Conseil d'État a censuré un règlement intérieur interdisant « les discussions politiques ou religieuses et, d'une manière générale, toute conversation étrangère au service ». La haute juridiction a considéré que ces dispositions du règlement intérieur excédaient l'étendue du pouvoir patronal « eu égard à l'atteinte qu'elles portaient aux droits de la personne »³⁰⁵⁰. Mais les conversations entre collègues qui avaient très peu de chances d'être enregistrées par la machine à café acquièrent à travers les réseaux internet une visibilité pouvant porter tort au salarié ou à l'employeur³⁰⁵¹. Avec l'émergence d'internet, des communautés virtuelles représentent des microsociétés électroniques rassemblant des individus ayant

³⁰⁴⁶ « La Religion dans l'entreprise », *Dr. soc.*, n° 1, janvier 2010, p. 65-72.

³⁰⁴⁷ O. De Tissot, « Pour une meilleure définition du régime juridique de la liberté d'expression individuelle du salarié », *Dr. soc.*, 1992, p. 952.

³⁰⁴⁸ M.-C. Piatti, *Les libertés individuelles à l'épreuve des nouvelles technologies de l'information*, op. cit., p. 65.

³⁰⁴⁹ A. Bennani, *La prise en compte du fait religieux par les organisations: vers l'émergence de nouvelles pratiques managériales*, Editions Publibook, 2015, p. 196.

³⁰⁵⁰ CE, 25 janv. 1989, req. n°64296, tables Rec. Lebon, *Dr. soc.* 1990, p. 201, op. cit.

³⁰⁵¹ *Le numérique et les droits fondamentaux*, op. cit., p. 388.

une passion ou des intérêts communs (religion, politique, etc). Les membres partagent sans contrainte d'espace ni de temps. Mais ces communautés en ligne peuvent interroger l'entreprise³⁰⁵².

1007. Climat de l'entreprise – La mise en place d'une plateforme collaborative, ou plus généralement l'adoption d'une démarche d'intelligence collective doit s'accompagner de règles et de prérequis clairement définis, pouvant se présenter sous la forme de charte. En effet, l'entreprise est une structure spécifique, comportant ses propres besoins, tant au niveau des données sensibles que personnelles pour mener à bien la mission de création de valeur qui lui incombe. Sur son lieu de travail, le salarié conserve ainsi sa liberté d'opinion et de conscience, mais dans certaines limites. Tout va donc dépendre de la nature des discussions ou des échanges et des éventuelles conséquences sur le climat dans l'entreprise³⁰⁵³. La doctrine considère que « sûr qu'il est de ne pouvoir être sanctionné pour sa foi ou sa croyance, le salarié est néanmoins tenu, au sein de l'entreprise, à une certaine réserve. S'il n'est pas condamné au silence, s'il peut se faire reconnaître, autour de lui, pour ce qu'il est, encore faut-il que ses propos et son comportement ne causent pas un trouble. Responsable du climat de l'entreprise, l'employeur veille à éviter toute tension dans les rapports des salariés entre eux, et des salariés avec l'encadrement »³⁰⁵⁴.

1008. Message à connotation religieuse et abus – Suivant l'assemblée plénière de la Cour de cassation, il résulte de la combinaison des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du code du travail que les restrictions à la liberté du salarié de manifester ses convictions religieuses doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché³⁰⁵⁵. Dans un arrêt d'espèce du 1^{er} juillet 2015³⁰⁵⁶, un agent de sécurité avait envoyé sur le portable professionnel d'un salarié de l'entreprise, un texto appelant à boycotter les produits d'une société israélienne qui avait vendu de la viande de porc. La société décide de licencier pour faute grave son auteur au motif que le message, envoyé pendant le temps de travail, comportait « une connotation politique et religieuse,

³⁰⁵² A. Bennani, *La Prise en compte du fait religieux par les organisations*, op. cit., p. 389.

³⁰⁵³ La réception par le salarié d'une revue d'échangistes qu'il s'est fait adresser sur le lieu de son travail ne constitue pas un manquement aux obligations résultant de son contrat. L'employeur ne peut, sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié, se fonder sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner son destinataire. *Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, pourvoi n°05-40.803, Bull. 2007, Chambre mixte, n°3.*

³⁰⁵⁴ Collectif, F. Messner et P. Prélot, *Traité du droit français des religions*, Paris, Lexis Nexis, 2003 ; in D. Bouzar, *Laïcité, mode d'emploi : Cadre légal et solutions pratiques : 42 études de cas*, Editions Eyrolles, 2011, p. 163.

³⁰⁵⁵ *Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, pourvoi n°13-28.369, Bull. A.P., n° 1.*

³⁰⁵⁶ *Cass. soc., 1 juil. 2015, pourvoi n°14-13.871, inédit.*

totale­ment inap­pro­priée dans une en­tre­prise laïque ». Mais selon une jurispru­dence con­stante, « sauf abus, 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 »³⁰⁵⁷. Or, comme le re­lève la Cour de cas­sa­tion dans la dé­ci­sion pré­ci­tée, ni les fonc­tions du sa­la­rié, un agent de sé­cu­ri­té, ni l'ac­ti­vi­té de l'en­tre­prise, la sé­cu­ri­té, per­mettent de pen­ser que le sa­la­rié a abusé de sa li­berté d'ex­pres­sion. L'en­tre­prise ne fait nota­ment pas état de réac­tions né­ga­tives de la part du per­son­nel ou des cli­ents. En somme, puis­que le com­por­te­ment du sa­la­rié n'avait pas per­tur­bé le bon fonc­tion­ne­ment de l'en­tre­prise, le li­cen­ciement était sans motif³⁰⁵⁸.

1009. **Obstacle à l'identité en ligne du salarié** – Il faut prendre soin de caractériser, d'analyser et de fonder dans la décision en quoi, compte tenu de la fonction du salarié et de la nature de l'entreprise, la seule relation du travail peut justifier l'interdiction par l'employeur d'exercer une liberté individuelle ou collective en dehors du temps de travail³⁰⁵⁹. Il convient toutefois de relativiser la capacité des salariés à affirmer leur « *e-identité* » sur Internet. On peut par exemple imaginer la situation d'un cadre qui choisisse de développer un blog personnel en dehors de ses horaires de travail sur la diversité des pratiques sexuelles. Ce même salarié peut être chargé de négocier d'importants contrats dans un pays au conservatisme religieux affirmé. Dans ce cas, l'entreprise risque fort d'être tentée de contrôler, voire de sanctionner d'une façon ou d'une autre ce cadre³⁰⁶⁰. Pour autant le trouble est encadré de manière très stricte par la Cour de cassation. L'employeur ne peut se revaloir de faits extérieurs à la vie professionnelle que si ces faits génèrent un trouble caractérisé au sein de l'entreprise³⁰⁶¹. La conséquence est que, dans une entreprise ordinaire, les cas où un trouble peut être considéré sont rares. Le trouble causé à l'entreprise est apprécié *in concreto*. La nature des tâches, les fonctions du salarié, la taille et la nature particulière de l'entreprise, son secteur, sa notoriété, la réaction du personnel, le caractère gênant du fait reproché au salarié, sont autant d'éléments que le juge doit prendre en compte pour se prononcer sur l'existence d'un trouble objectif. La mesure patronale est alors une réponse, non au comportement du salarié, mais aux conséquences qui en découlent. Elle constitue nécessairement une

³⁰⁵⁷ Cass. soc., 28 avr. 2011, pourvoi n°10-30.107, Bull. civ., V, n°96, op. cit.

³⁰⁵⁸ B. Bossu, « L'envoi d'un message à connotation religieuse au temps et au lieu du travail », *RDT*, 2015, p. 614.

³⁰⁵⁹ P. Perraki, *La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé européen*, op. cit., p. 441.

³⁰⁶⁰ O. Charbonnier et S. Enlart, *A quoi ressemblera le travail demain ?*, op. cit., p. 99.

³⁰⁶¹ Cass. soc., 26 sept. 2012, pourvoi n°11-11.247, inédit.

mesure non-disciplinaire. Le but qui sous-tend le critère de trouble est, à la fois, de garantir la liberté du salarié, dans et hors de l'entreprise, et de préserver les intérêts de l'employeur³⁰⁶².

1010. Conclusion section - La liberté d'expression est une notion qui sera toujours amenée à susciter beaucoup de contentieux car elle se confronte fréquemment à d'autres libertés fondamentales. Tout au long du XXème siècle, le droit du travail s'est attaché à protéger les salariés contre une exploitation patronale abusive, ainsi qu'à préserver la vie extra-professionnelle du salarié contre l'envahissement du travail. Les règles érigées ne sont que le résultat d'un mouvement de balancier entre les intérêts des employeurs et les intérêts des salariés. La reconnaissance de la « vie personnelle » marque la reconnaissance d'un espace d'autonomie et de liberté dont jouit le salarié, aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur de l'entreprise. Cette évolution est consacrée par internet qui abolit les frontières spatiales et entraîne une désynchronisation entre les temps jadis consacrés au travail, aux loisirs ou à la vie citoyenne³⁰⁶³. Il est désormais acquis, et c'est là une évolution majeure, que le travailleur ne met pas ses droits et libertés fondamentales de côté lorsqu'il est au travail³⁰⁶⁴. Parallèlement, en dehors du temps de travail, « on tire de la vie personnelle du salarié des obligations professionnelles spécifiques qu'il devra respecter en-dehors de sa vie professionnelle. De manière générale, rattacher certains faits de la vie personnelle à la vie professionnelle conduit à faire disparaître la frontière entre ces deux sphères et à dénier aux salariés la capacité de faire la distinction »³⁰⁶⁵. Cette approche est différente de la conception « *employment at will* » qui caractérise les relations de travail aux États-Unis où le salarié renonce à tout droit allant à l'encontre des intérêts de son employeur. Ainsi, durant les heures de travail, les employés ne bénéficient d'aucune protection de leur personnalité juridique et des droits qui en découlent face à leur employeur. Si le salarié utilise à des fins personnelles les moyens techniques mis à sa disposition par l'employeur, il renonce au respect de sa vie privée pour ce qui est du contenu de ses messages³⁰⁶⁶.

³⁰⁶² P. Perraki, *La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé européen*, op. cit., p. 412.

³⁰⁶³ Infra. Partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2, I « la porosité des temps de travail ».

³⁰⁶⁴ A. Bennani, *La Prise en compte du fait religieux par les organisations*, op. cit., p. 148.

³⁰⁶⁵ P. Perraki, *La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé européen*, op. cit., p. 401.

³⁰⁶⁶ K. Eltis, « La surveillance du courrier électronique en milieu de travail: le Québec succombera-t-il à l'approche américaine ? », *McGill Law Journal*, 2006, p. 487-488.

Section 2 La confidentialité, obstacle juridique à l'expression en ligne

1011. **Réglementation de la société de l'information** - À l'heure de l'émergence de l'économie « postindustrielle » la réglementation de l'usage de l'information est envisagée comme un chantier majeur des sociétés contemporaines³⁰⁶⁷. Le nombre d'attaques économiques, au sens large (débauchage d'un cadre, harcèlement juridique, atteinte à l'image, vol de secret industriel, etc.), visant des entreprises françaises, est en forte croissance³⁰⁶⁸. La discrétion que l'entreprise entend garder sur elle-même implique que ses salariés témoignent d'une certaine réserve. Pour organiser le contrôle de l'information, particulièrement menacé par l'usage généralisé des TIC, se développent nombre d'obligations de confidentialité³⁰⁶⁹. Même si le salarié est soumis à un devoir général de loyauté, ce « standard moral » gagne à être précisé autant pour des raisons de prévention que d'efficacité³⁰⁷⁰. Ainsi le contrat s'impose comme un outil visant à organiser des obligations dites de confidentialité ou de secret (I). Malgré leur profusion, la portée de ces mécanismes conventionnels est largement inexplorée notamment pour gérer la fin de la relation de travail (II).

I. L'obligation de confidentialité

1012. **Divulgence et dissémination de renseignements confidentiels** - Les technologies de l'information et de la communication permettent d'accéder à une multitude de données pouvant être communiquées à un auditoire élargi en quelques secondes. Si la rapidité des communications peut s'avérer avantageuse à certains égards, elle présente néanmoins des risques de divulgations ou de dissémination de renseignements confidentiels, tels les secrets commerciaux, les plans d'affaires, les banques de données de l'entreprises, les renseignements personnels détenus par

³⁰⁶⁷ N. Mallet-Poujol, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.*, n° 31, 1997, p. 330.

³⁰⁶⁸ Selon la direction centrale du renseignement intérieur (DCRI), les atteintes au secret des affaires constatées prennent le plus souvent la forme de vol de documents ou de supports contenant des fichiers informatiques sensibles (9,2 % de l'ensemble des atteintes économiques recensées), de piratage informatique avec vols de données (6,7 %), de détournement de savoir-faire ou de données par un stagiaire, étudiant ou salarié étrangers (4,8 %), de débauchage de personnel emportant des données stratégiques (2,1 %) et d'actions contentieuses visant en réalité à obtenir des données sensibles (1,9 %). B. Carayon, *Rapport n°4159, fait au nom de la commission des lois*, Assemblée Nationale, 2012, p. 9.

³⁰⁶⁹ O. Leclerc, « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », *Droit social*, février 2005, p. 173.

³⁰⁷⁰ A. Latreille, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », *LPA*, n° 156, août 2006, p. 4.

l'employeur concernant ses salariés et ses clients ou d'autres tiers³⁰⁷¹. Le droit du travail fait découler une obligation de confidentialité de l'existence même d'un contrat de travail (A). Mais certaines catégories de salariés sont soumises à une obligation de confidentialité spécifique en raison de la sensibilité des informations (B).

A. Obligation générale de confidentialité

1013. **Obligation de loyauté** - « Le contrat de travail produit des effets juridiques même quand il ne donne pas lieu à un travail, et pour des raisons de fait dont certaines sont liées au développement des nouvelles technologies »³⁰⁷². Le droit à la liberté d'expression des salariés dans et hors l'entreprise est défini par l'article L. 1121-1 du code du travail. Si le salarié jouit de la liberté d'expression, il doit toutefois observer une obligation de loyauté, en application des articles L. 1222-1. « Le contrat de travail est exécuté de bonne foi ». Cette obligation de loyauté est également fondée sur l'article 1134, alinéa 3, du code civil : « les conventions légalement formées [...] doivent être exécutées de bonne foi ». L'obligation de loyauté est ainsi inhérente au contrat de travail, même si elle n'est pas reprise spécifiquement par une clause.

1014. **Obligation générale de confidentialité** – Forme d'expression du lien de subordination, la loyauté emporte un devoir de discrétion durant la relation de travail. Selon une jurisprudence ancienne, la divulgation d'informations internes portant atteinte à la réputation de l'entreprise est considérée comme constituant un manquement à l'obligation de bonne foi. Sa violation peut entraîner des sanctions allant de l'avertissement au licenciement pour faute grave³⁰⁷³. Une mise à pied est justifiée dès lors que le salarié n'a pas respecté, conformément au contrat de travail et au règlement intérieur, une obligation générale de confidentialité en communiquant des informations sur la société à des journalistes à la suite d'une démarche personnelle, l'article paru dans la presse locale faisant non seulement état d'emplois menacés, mais précisant également des projets avec certains clients³⁰⁷⁴. Autrement dit, le salarié est tenu d'une obligation de discrétion concernant les informations auxquelles il a accès dans le cadre de ses

³⁰⁷¹ Conférence des arbitres du Québec, « Mes amis facebook, moi et mon emploi: l'arbitrage de grief à l'ère des réseaux sociaux », Wilson & Fleur, 2012, p. 105.

³⁰⁷² P. Waquet, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *op. cit.*, p. 18.

³⁰⁷³ Cass. soc., 13 juin 1989, pourvoi n°86-44.995, inédit.

³⁰⁷⁴ CA Nancy, 21 nov. 2001, n°00-604.

fonctions. La fonction exercée par le salarié est le premier facteur considéré dans la détermination du caractère abusif ou non de ses dénonciations et critiques publiques. À titre d'exemple, commet une faute grave un directeur des services comptables qui divulgue des renseignements relatifs aux difficultés financières de l'entreprise, portant atteinte à sa réputation et à son crédit, et ce même en l'absence d'une clause spécifique de discrétion³⁰⁷⁵. Cette jurisprudence est parfaitement transposable aux médias sociaux. La publication de toute information relative à l'activité d'une entreprise, quelle que soit son objectivité, sur le blog ou le site web personnel de salariés peut être constitutive d'une violation de l'obligation de loyauté du salarié.

1015. Suspension et rupture du contrat de travail - L'obligation de loyauté du salarié persiste pendant tout le temps du contrat de travail, mais également au-delà. Tout d'abord, l'obligation perdure pendant les arrêts de travail et les congés. Autrement dit, le salarié ne peut pas se livrer pendant ces périodes à des actes de dénigrement à l'égard de l'entreprise. Au cours d'une grève, les salariés peuvent toutefois exprimer librement leurs réclamations et leurs revendications sur les conditions de travail³⁰⁷⁶. En tout état de cause, la sanction de l'obligation relève du droit du travail : celui qui ne respecte pas la confidentialité s'expose à un licenciement, le cas échéant pour faute grave. La responsabilité civile du salarié ne peut être mise en œuvre que si l'indiscrétion portant préjudice à l'entreprise peut être qualifiée de faute lourde (la faute lourde étant celle commise avec intention de nuire)³⁰⁷⁷. Il convient de rappeler que ne sont pas confidentielles les informations faisant l'objet d'une publicité obligatoire³⁰⁷⁸.

B. Obligations de confidentialité spécifiques

1016. Risques de divulgation - L'obligation de discrétion est parfois spécifiquement prévue par la loi, comme pour certaines professions réglementées (1) et les représentants du personnel³⁰⁷⁹ (2). Cette obligation peut à la fois remettre en cause la forme et le fond de leur droit d'expression en ligne.

³⁰⁷⁵ Cass. soc., 30 juin 1982, pourvoi n°80-41.114, Bull. civ., n°425.

³⁰⁷⁶ Infra. Partie 2, titre 1, chapitre 1, section 2, II : « L'expression de critiques publiques ».

³⁰⁷⁷ « Attendu, cependant, que la faute lourde est caractérisée par l'intention de nuire à l'employeur, laquelle implique la volonté du salarié de lui porter préjudice dans la commission du fait fautif et ne résulte pas de la seule commission d'un acte préjudiciable à l'entreprise ». Cass. soc., 22 oct. 2015, pourvoi n°14-11.801, en cours de publication.

³⁰⁷⁸ A. Viottolo, « Du bon usage de la liberté d'expression », *Les Cahiers Lamy du CE*, décembre 2010, p. 28.

³⁰⁷⁹ C. trav. art. L. 2325-5.

1) *Les professions réglementées*

1017. **Secret professionnels** - Les fonctions occupées par le salarié, mais également son statut peuvent conduire l'employeur à encadrer l'utilisation des réseaux sociaux à titre professionnel, voire à titre privé³⁰⁸⁰. Le collaborateur astreint à des obligations conventionnelles de réserve et de discrétion se doit d'être particulièrement vigilant sur la nature des informations communiquées sur les réseaux. Aux termes de l'article 226-13 du Code pénal : « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». Spécialement, les secrets professionnels entraînent une réduction du droit à la libre expression du médecin salarié ou de l'avocat salarié. Une recherche systématique des conventions collectives permet de faire ressortir que les conventions collectives des professions assimilables prestataires de services prévoient en grande majorité des dispositions particulières susceptibles d'atteindre à la liberté d'expression. On peut par exemple citer l'article 8.5.2 de la convention collective nationale des cabinets d'experts comptables et de commissaires aux comptes qui prévoit expressément que les « collaborateurs sont tenus, indépendamment d'une obligation de réserve générale, à une discrétion absolue sur tous les faits qu'ils peuvent apprendre en raison de leurs fonctions ou de leurs missions ainsi que de leur appartenance au cabinet ». L'article 25 de la convention collective des sociétés financière du 30 juin 2016 rappelle également que « conformément aux dispositions de l'article 57 de la loi du 24 janvier 1984, tout membre du personnel est tenu au secret professionnel, tant à l'intérieur de l'entreprise qu'à l'égard des tiers ». Il n'est toutefois pas nécessaire que ces dispositions soient déjà prévues par la loi, on peut à ce titre citer l'article 2 de l'avenant du 17 décembre 2003 relatif au personnel des prestataires de services dans le domaine du secteur tertiaire. « Le salarié est tenu au secret professionnel à l'égard des tiers pour tout ce qui concerne l'exercice de ses fonctions et, d'une façon générale, pour tout ce qui a trait à l'activité de l'entreprise qui l'emploie et dont la divulgation serait susceptible de porter préjudice à celle-ci. Le salarié est tenu par la même obligation vis-à-vis de tout document ou information dont il aura eu connaissance chez les clients de son employeur. Cette

³⁰⁸⁰ F. Bergeron, « Réseaux sociaux et droit d'expression des salariés », *Economie & Comptabilité*, n° 245, janvier 2015, p. 58.

obligation a un caractère absolu et n'a pas vocation à être limitée dans le temps et dans l'espace. Elle n'a d'autre but que de sauvegarder les intérêts légitimes de l'entreprise ». Dans les autres secteurs, on retrouve des clauses de secret professionnel qui s'assimile surtout à des clauses de non concurrence mais rien qui puisse atteindre fondamentalement le droit du salarié à s'exprimer en ligne. Cette différence s'explique certainement par la sensibilité des informations traitées par les salariés dans le secteur des services.

1018. Devoir de réserve des fonctionnaires - Le devoir de réserve interdit à un fonctionnaire de tenir, publiquement, des propos outranciers visant ses supérieurs hiérarchiques, ou plus généralement, dévalorisant l'administration : l'enjeu est de ne pas donner du service public une image dégradée, qui puisse nuire à son bon fonctionnement³⁰⁸¹. Cette obligation concerne le mode d'expression des opinions et non leur contenu. L'expression sur les médias sociaux étant majoritairement publique, elle sera *a priori* appréciée plus sévèrement. Les fonctionnaires et agents non titulaires sont également soumis à la discrétion et au secret professionnels³⁰⁸². Cette obligation s'applique plus ou moins sévèrement selon le contexte et la place de l'agent dans la hiérarchie³⁰⁸³. Haut fonctionnaire tenu au devoir de réserve, un préfet ne peut, pour se défendre d'une poursuite en diffamation, se prévaloir de l'outrance permise dans le débat politique³⁰⁸⁴. La Cour administrative d'appel de Nantes³⁰⁸⁵ a également considéré qu'un maire avait pris une sanction proportionnée en révoquant un agent public qui avait publié un commentaire injurieux sur la page *Facebook* de l'entreprise dirigée par le premier adjoint. Son devoir de réserve « imposait d'éviter, même en dehors de son service, toute manifestation d'opinion et les comportements de nature à porter atteinte à l'autorité territoriale ».

1019. « Mes tweets n'engagent que moi » - Une telle obligation ne constitue pas l'apanage des professions réglementées. On peut admettre que la réserve et la discrétion soient de rigueur dès lors qu'un salarié s'exprime à titre professionnel ou personnel en associant directement, ou même indirectement, son image ou ses propos à son

³⁰⁸¹ « La portée du devoir de réserve », *AJFP*, 2007, p. 146.

³⁰⁸² *CE*, 10/ 7 SSR, 28 juil. 1993, req. n°97189, publié au Rec. Lebon, p. 248.

³⁰⁸³ S. Pringault, « Le droit positif à la recherche du point d'équilibre entre obligation de réserve et devoir de dénonciation du harcèlement moral », *AJFP*, 2012, p. 202.

³⁰⁸⁴ *Cass. crim.*, 19 juin 2012, pourvoi n°11-84.235, *Bull. crim.*, 2012, n°153.

³⁰⁸⁵ *CAA Nantes*, 3^e ch., 21 janv. 2016, B. F. C/ La commune de Montargis.

employeur. Or nombre de personnes, en particulier les journalistes, déclarent tweeter en leur nom personnel, tout en indiquant où elles travaillent. Il est paradoxal d'indiquer où l'on travaille et sa fonction tout en précisant que ce qu'on déclare reste personnel³⁰⁸⁶. Il convient de préciser que la mention « mes tweets n'engagent que moi » n'a aucune valeur. Les déclarations qu'un employé fait sur Internet, en mentionnant qu'il travaille dans telle entreprise, peuvent être imputées à l'entreprise, et donc lui causer un préjudice. La meilleure protection serait de retirer les informations relatives à sa situation professionnelle de son profil public et de tweeter uniquement en sa qualité d'individu ou d'avoir deux comptes, l'un privé (sous pseudonyme, pour se protéger), l'autre purement professionnel. Le salarié doit également faire attention à l'utilisation des signes protégés comme les logos ou les marques et à la reprise de contenu protégé par les droits d'auteur³⁰⁸⁷. Afin de prévenir d'éventuelles atteintes et des revendications liées aux droits de propriété intellectuelle, le MEDEF fait des recommandations pratiques dans un guide à l'attention des employeurs sur les réseaux sociaux. Il recommande en particulier aux entreprises de déterminer précisément les personnes habilitées à publier pour le nom et pour le compte de l'entreprise³⁰⁸⁸.

2) *La discrétion des représentants du personnel*

1020. Obligation de discrétion - L'obligation de loyauté s'impose à tout salarié. Le représentant du personnel doit donc conjuguer son obligation de représenter les intérêts syndicaux et son devoir de loyauté envers l'employeur. Le comité d'entreprise et le CHSCT sont susceptibles de recevoir nombre d'informations dont l'employeur ne souhaite pas la divulgation sur l'internet mais également sur l'intranet de l'entreprise³⁰⁸⁹. Le législateur a pris soin de garantir cette confidentialité pour « les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur »³⁰⁹⁰, ainsi que les représentants du personnel

³⁰⁸⁶ *Ces propos n'engagent que moi, le grand paradoxe Twitter*, <http://www.chalifour.net/marketing-interactif/ces-propos-nengagent-que-moi-le-grand-paradoxe-twitter/>, consulté le 24 février 2016.

³⁰⁸⁷ « La marque employeur a un visage vos meilleurs ambassadeurs ? Vos collaborateurs ! », Carnet du thème n°1, L'Atelier BNP Paribas, 2013, p. 7.

³⁰⁸⁸ « Prévoir des intitulés de compte spécifiques en lien avec l'entreprise. Prévoir en amont que les contenus et les comptes utilisés appartiennent à l'employeur. Désactiver les comptes/modifier les paramètres des comptes lorsque les salariés ne travaillent plus pour l'entreprise ». MEDEF, *Réseaux sociaux et entreprises : quels enjeux juridiques ?*, 2014, p. 22.

³⁰⁸⁹ Supra. Partie 2, titre 2, chapitre 1 : « le numérique objet du dialogue social ».

³⁰⁹⁰ C. trav. art. L. 2325-5.

au CHSCT³⁰⁹¹. Cette obligation est étendue au syndicat en tant que personne morale. « Si un syndicat a le droit de communiquer librement des informations au public sur son site internet, cette liberté peut être limitée dans la mesure de ce qui est nécessaire pour éviter que la divulgation d'informations confidentielles porte atteinte aux droits des tiers »³⁰⁹². Toute la difficulté est de savoir ce que recouvre la confidentialité.

1021. Confidentialité au cas par cas - Pour le Professeur Jean-Emmanuel Ray, « définir la confidentialité est mission impossible », d'autant que l'employeur aura souvent « une vision panoramique de la confidentialité »³⁰⁹³. En réalité, certaines informations sont confidentielles par nature. Il s'agit des informations comptables³⁰⁹⁴ et de celles données dans le cadre d'une procédure d'alerte économique³⁰⁹⁵. Elles sont « réputées confidentielles » et donc elles sont par nature confidentielles, que l'employeur l'ait rappelé ou pas. À ce titre, elles ne peuvent donc pas être divulguées par les membres du CE. Selon l'article L. 2325-5 du Code du travail, « les membres du comité d'entreprise sont tenus au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication ». D'autres sont déclarées confidentielles par l'employeur, mais encore faut-il que celui-ci invoque le caractère confidentiel de l'information au moment où il la délivre. Cette confidentialité ne peut être que sélective et temporaire. L'employeur doit respecter l'équilibre avec le droit des salariés à être informés par l'intermédiaire de ses représentants. L'article R. 2323-1-8, issu du décret du 27 décembre 2013, réaffirme ainsi que les informations figurant dans la base de données qui revêtent un caractère confidentiel doivent être présentées comme telles par l'employeur, tout en précisant que celui-ci doit indiquer la durée du caractère confidentiel de ces informations que les personnes légalement visées sont tenues de respecter. « À l'ère de la transparence, gageons que le droit à la libre expression syndicale ne devrait pas, en définitive, être sérieusement malmené »³⁰⁹⁶. La Cour de cassation a pu estimer que l'employeur prenant soin d'estampiller comme étant « confidentielle » toute information économique réputée sensible avait abusé de cette faculté de restriction de communication externe en déclarant confidentielle systématiquement toute information soumise au CE. La chambre sociale y voit ainsi une

³⁰⁹¹ C. trav. art. L. 4614-9.

³⁰⁹² Cass. soc., 5 mars 2008, pourvoi n°06-18.907, Bull. civ., V, n°55, op. cit.

³⁰⁹³ J.-E. Ray, « Actualité des TIC », *Dr. soc.*, 2007, p. 959.

³⁰⁹⁴ C. trav. art. L. 2323-10.

³⁰⁹⁵ C. trav. art. L. 2323-82.

³⁰⁹⁶ G. Loiseau, « La liberté d'expression du salarié », *RDT*, 2014, p. 396.

entrave aux attributions du CE. L'employeur doit limiter la mesure de confidentialité aux seuls documents à protéger au regard des intérêts légitimes de l'entreprise³⁰⁹⁷. Compte tenu des possibilités pour les participants d'échanger en direct sur les médias sociaux, il est également recommandé de préciser pendant la réunion, au cas par cas, la confidentialité des informations communiquées lors de chaque réunion. L'employeur peut également faire figurer ces mentions dans l'ordre du jour préalablement élaboré.

1022. **Sanction** - Le salarié qui abuse de sa liberté d'expression est passible de sanctions disciplinaires. Il s'expose généralement à une mesure de licenciement, le cas échéant pour faute grave. Il en va également pour les membres du CE, en particulier s'il y a violation de l'obligation de confidentialité. Dans ce cas, le CE engage même sa responsabilité civile envers l'employeur. Un salarié, membre du comité d'entreprise et délégué syndical, ayant divulgué, en les déformant qui plus est, des informations confidentielles à la presse concernant des réductions d'effectif, a ainsi valablement pu être mis à pied pendant 15 jours³⁰⁹⁸. En revanche, le salarié qui diffuse en interne des informations qui lui ont été communiquées par des élus ne commet pas de faute³⁰⁹⁹. En effet, la Chambre sociale a jugé dans un arrêt du 22 mars 2007, que la diffusion anonyme à partir du matériel informatique de l'entreprise d'un rapport d'audit comptable et financier en discussion devant le comité d'entreprise, laissant entendre que des informations importantes en ce qui concerne la poursuite de l'activité avait été dissimulées, ne constituait pas une faute suffisamment sérieuse pour justifier le licenciement. La liberté d'expression des salariés qui ne sont pas délégués syndicaux est protégée avec une certaine bienveillance et en l'occurrence le salarié était vraisemblablement le messenger mais pas la source à l'origine de la « fuite » du rapport. Cette jurisprudence s'explique aisément par le fait que le salarié n'avait pas forcément connaissance du niveau de confidentialité des informations. Par ailleurs, les juges semblent également plus « flexibles » lorsque les informations ont été dévoilées dans l'entreprise et non à l'extérieur.

1023. **La liberté d'expression syndicale** - Concernant l'expression syndicale, seules les personnes physiques peuvent être poursuivies pour diffamation, pas le syndicat. La Cour de cassation déduit de l'article 43-1 de la loi du 29 juillet 1881, qu'en dehors des

³⁰⁹⁷ Cass. soc., 5 nov. 2014, pourvoi n°13-17.270, en cours de publication, *op. cit.*

³⁰⁹⁸ Cass. soc., 6 mars 2012, pourvoi n°10-24.367, inédit.

³⁰⁹⁹ Cass. soc., 22 mars 2007, pourvoi n°05-45.062, inédit.

cas expressément prévus par les textes, les personnes morales ne sauraient encourir de responsabilité pénale à raison des contraventions de presse³¹⁰⁰. L'abus de la liberté d'expression expose son auteur aux sanctions pénales de l'injure et de la diffamation publiques. Par ailleurs, l'obligation de neutralité de l'employeur quant aux élections professionnelles « oblige l'employeur et ses représentants à rester en dehors des débats électoraux. Le terme de la campagne électorale leur permet de recouvrer l'intégralité de leur pouvoir de direction, ce qui les autorise à sanctionner les salariés ayant fait un usage disproportionné de leur liberté d'expression et à commenter le processus électoral clos. Demeure une réserve : ne pas exercer de pressions à l'encontre des syndicats »³¹⁰¹. Enfin, un tract syndical qui critique une clause de confidentialité totale imposée aux syndicats ou encore s'interroge sur les moyens alloués aux organisations syndicales, ne peut être considéré comme diffamatoire, dès lors qu'il n'exprime que l'opinion de leur auteur sur l'organisation de ce dialogue dans un cadre de « polémiques syndicales » où une certaine « vivacité de ton est admise »³¹⁰².

II. Négocier sa liberté d'expression

1024. **Stipulations particulières** - L'obligation générale de confidentialité peut parfois apparaître imprécise et justifier des stipulations particulières³¹⁰³. Par ailleurs, le champ attaché aux dispositions de nature pénale se trouve très strictement limité aux « secrets de fabrique » et aux « informations à caractère secret »³¹⁰⁴. C'est pourquoi le contrat de travail individuel peut aussi constituer un moyen de réduire le champ de la liberté d'expression du salarié. L'employeur aura ainsi la faculté de préciser de manière plus expresse le type d'informations et de données qu'elle entend effectivement protéger d'une éventuelle divulgation (A). Le spectre de la protection pourra alors se trouver plus étendu et faciliter la reconnaissance judiciaire de la responsabilité du salarié « indiscret », mais également d'anciens salariés (B).

³¹⁰⁰ Cass. crim., 10 sept. 2013, pourvoi n°12-83.672, Bull. crim., 2013, n° 178.

³¹⁰¹ Cass. crim. 2 sept. 2008, pourvoi n° 07-81661, Bull. crim. 2008, n°174, JCP éd. soc. 2009, 1019, note Jean-François Cesaro.

³¹⁰² TGI Paris, 15 mai 2015, n° 13/13434.

³¹⁰³ F.X. Testu, « La confidentialité conventionnelle », *Dr. et patrimoine*, n° 102, 2002, p. 81.

³¹⁰⁴ Clause de confidentialité, https://www.cfdt.fr/portail/le-carnet-juridique/les-clauses-du-contrat/clause-de-confidentialite-rec_66132, consulté le 25 février 2016.

A. Au cours de la relation de travail

1025. **Clauses contractuelles** - L'entreprise ne peut, sauf circonstances tout à fait exceptionnelles, interdire à ses salariés d'utiliser les réseaux sociaux et les services « Web 2.0 » dans leur sphère privée. En revanche, la société, gardienne de ses secrets, de son image et de manière générale, de sa sécurité, peut définir les conditions sous lesquelles elle accepte ou non que ses salariés s'expriment sur ses activités. L'obligation légale de confidentialité peut ainsi être précisée et renforcée par des stipulations contractuelles³¹⁰⁵. On relève par exemple dans certains contrats une obligation de discrétion à la charge de chercheurs, cadres ou techniciens. Ces obligations de confidentialité sont aussi dénommées non-divulgaration, non-communication, non-révélation, secret ou encore discrétion. Se répand aussi de plus en plus l'usage du sigle anglo-saxon NDA pour *Non Disclosure Agreement*³¹⁰⁶.

1026. **L'opportunité d'insérer une clause de confidentialité** - Lors de la conclusion d'un contrat de travail par écrit, l'employeur peut notamment exprimer le besoin, selon la nature des tâches qu'il entend confier au salarié nouvellement recruté à son service, d'insérer dans ce contrat une clause dite de confidentialité, afin que ce salarié conserve le secret sur certaines informations dont il pourrait avoir connaissance, en raison ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, et dont la divulgation à autrui pourrait se révéler préjudiciable à l'entreprise³¹⁰⁷. On peut toutefois estimer que tous les salariés ne sont pas numériquement « murs » pour négocier ce type de clause. Selon le Professeur Verdier, seuls « les partenaires sociaux peuvent tout au plus négocier avec infiniment de prudence des aménagements à l'exercice des libertés »³¹⁰⁸. Si le salarié est tenu par une clause de confidentialité, l'alerte lancée par voie de presse sera considérée comme fautive du seul fait de la violation de la clause³¹⁰⁹. Lorsque le salarié est amené à travailler sur des questions sensibles, il paraît également opportun de faire souscrire un engagement de confidentialité isolé, au moment où la mission devient confidentielle. Une clause du contrat de travail peut par exemple imposer au salarié de respecter une obligation de confidentialité et de discrétion concernant les informations dont il a

³¹⁰⁵ O. Leclerc, « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », *op. cit.*, p. 173.

³¹⁰⁶ J. Rivero, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *op. cit.*, p. 423.

³¹⁰⁷ Cass. soc., 12 fév. 2014, pourvoi n°11-27.899, inédit.

³¹⁰⁸ J.-M. Verdier, « Libertés et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge », *D.*, 1988, p. 65.

³¹⁰⁹ Cass. soc., 4 fév. 1997, pourvoi n°96-40.678, inédit.

connaissance en sa qualité de membre du personnel de l'entreprise³¹¹⁰. Une telle clause a le mérite de rappeler au salarié son devoir de discrétion. L'engagement spécifique de confidentialité a des vertus préventives, et est souvent plus efficace puisque l'obligation s'y trouve mieux délimitée qu'un « standard moral »³¹¹¹. On trouve, pour cette raison, la confidentialité dans les contrats de travail, mais aussi dans les règlements intérieurs³¹¹² ou dans des chartes éthiques qui prévoient une telle obligation de confidentialité³¹¹³.

1027. Interdiction spéciale et précise - Pour autant peut-on réduire complètement le salarié au silence numérique ? À l'heure où les propos tenus par les salariés sur les réseaux sociaux peuvent susciter des difficultés pour l'entreprise, la restriction ainsi apportée à la liberté d'expression devra être appréciée au regard des fonctions du salarié. Les juges devront s'interroger sur la capacité du salarié à porter effectivement atteinte à la réputation de son employeur³¹¹⁴. Surtout, la protection accordée par la loi au salarié gréviste ne permettra pas à l'employeur de faire jouer la clause pour des propos tenus lors d'un conflit collectif³¹¹⁵. Enfin, la confidentialité de données doit toujours être spéciale et précise ; il n'y a pas de protection générale d'informations qui seraient considérées, par nature, comme sensibles. Les clauses ou dispositions peuvent ainsi présenter l'intérêt de désigner les informations ou les types d'information devant rester confidentiels³¹¹⁶. L'entreprise pourra par exemple interdire la publication d'informations sur les réseaux sociaux au sujet de certaines activités de l'entreprise (projets spécifiques, activités, résultats financiers, etc.). Doivent ainsi être précisées les interdictions de communication sur et au nom de l'établissement, aussi bien dans la sphère privée, dans le respect du principe de la liberté d'expression, que professionnelle ; et la possibilité d'effectuer des signalements d'éventuels abus de la part d'un tiers. La clause de discrétion qui ne porte pas atteinte au libre exercice par le salarié d'une activité professionnelle mais se borne à lui imposer la confidentialité des informations détenues par lui concernant la société n'ouvre pas droit à une contrepartie financière³¹¹⁷.

³¹¹⁰ Cass. soc., 19 mars 2008, pourvoi n°06-45.322, inédit.

³¹¹¹ F. X. Testu, « La confidentialité conventionnelle », *op. cit.*, p. 81.

³¹¹² Le Conseil d'État a reconnu la licéité d'une disposition du règlement intérieur rappelant « l'obligation de discrétion professionnelle qui s'oppose à la divulgation de renseignements confidentiels ». CE, 26 nov. 1990, n°96.564.

³¹¹³ F. G'Sell et P. Durand-Barthez, *Protection contre l'appropriation illicite des secrets d'affaires et des informations commerciales confidentielles*, Fondation pour le droit continental, 2013, p. 18.

³¹¹⁴ C. Mathieu, « Les clauses contractuelles limitant la liberté d'expression », *RDT*, 2014, p. 179.

³¹¹⁵ Cass. soc., 9 mai 2012, pourvoi n°10-24.307, Bull. civ., V, n°131.

³¹¹⁶ Le Conseil d'Etat considère que le règlement intérieur peut édicter la confidentialité des documents de toute nature, détenus par les salariés et nécessaires à leur activité. CE, 26 sept. 1990, n°108.279.

³¹¹⁷ Cass. soc., 15 oct. 2014, pourvoi n°13-11.524, Bull. civ., V, n° 240.

1028. **Usages des médias sociaux** - Il appartient à l'employeur de définir les règles d'accès aux médias sociaux depuis les postes de travail ou durant le temps de travail en établissant une « charte d'utilisation des systèmes d'information » de l'entreprise annexée au règlement intérieur³¹¹⁸. Il pourra ainsi opportunément rappeler « qu'à l'occasion de ses connexions professionnelles ou privées, le salarié s'interdit de participer à des forums de discussion ou à des dialogues synchrones ou asynchrones sur les réseaux sociaux sans disposer au préalable des autorisations internes nécessaires pour s'exprimer au nom de l'entreprise. De façon générale, le salarié s'engage, dans l'utilisation qu'il fait des réseaux sociaux à faire preuve de discernement afin de ne pas porter atteinte directement ou indirectement à l'image et à la notoriété de l'entreprise d'une part, et à la dignité et à l'honneur de ses dirigeants, de ses salariés, associés [actionnaires] et de ses administrateurs d'autre part »³¹¹⁹.

1029. **Autorisation préalable** - Les clauses doivent remplir deux conditions cumulatives : être justifiées et être proportionnées. La Cour de cassation a été conduite à préciser que ces principes sont applicables à la mise en place d'un code de conduite des affaires dans une entreprise ou un groupe³¹²⁰. En l'espèce, le « Code de conduite des affaires » de la société Dassault Systèmes, qui soumettait les salariés employés en France à une obligation de réserve très contraignante en prévoyant notamment que, au-delà de l'interdiction classique de divulgation d'informations « confidentielles », un salarié ne pouvait diffuser des « informations à caractère interne » qu'après « autorisation préalable ». Un tel code ne peut pas soumettre la diffusion d'informations non confidentielles qualifiées « à usage interne » à une autorisation préalable de leur auteur, sans en donner une définition précise permettant de contrôler que cette restriction est justifiée³¹²¹. Par ailleurs, il ne peut soumettre à autorisation préalable l'utilisation de telles informations dans le cadre du droit d'expression directe et collective des salariés sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail, ce droit s'exerçant dans les conditions légales³¹²².

³¹¹⁸ Infra. Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 1, III : « chartes et supports internes ».

³¹¹⁹ F. Bergeron, « Réseaux sociaux et droit d'expression des salariés », *op. cit.*, p. 58.

³¹²⁰ Cass. soc., 8 déc. 2009, pourvoi n°08-17.191, Bull. civ., V, n° 276, *op. cit.*

³¹²¹ F. G'Sell et P. Durand-Barthez, *Protection contre l'appropriation illicite des secrets d'affaires et des informations commerciales confidentielles*, *op. cit.*, p. 21.

³¹²² C. de cassation FRANCE, *Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation. Le droit de savoir*, *op. cit.*, p. 245.

1030. **Confidentialité dans le temps et l'espace** - La validité des clauses qui instaurent une obligation de confidentialité sans limite d'application dans le temps ou dans l'espace peut être remise en cause. En effet, l'application de la clause de confidentialité peut rendre impossible l'embauche de salariés très spécialisés dans des conditions compatibles avec leur formation ou leur expérience professionnels puisque ces derniers ne pourront pas illustrer leurs compétences en mettant en avant leurs réalisations auprès de leur précédent employeur. Dans cette hypothèse la clause de confidentialité tend par ses effets, à se rapprocher de la clause de non concurrence. Même justifiée par la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, la restriction doit alors être jugée disproportionnée³¹²³.

1031. **Charte de bonnes pratiques et sensibilisation** - Dans le cadre de la publication de commentaires négatifs sur une société, l'on peut s'interroger sur l'efficacité d'une sanction des agissements du salarié au regard du préjudice qui peut être subi par l'entreprise³¹²⁴. Au-delà du devoir de réserve du salarié, le risque majeur est que les propos soient repris sur d'autres sites, forums, blogs. Si les agissements du salarié peuvent être sanctionnés, l'entreprise devra surtout prévoir une politique de veille et de sensibilisation de ses salariés en amont³¹²⁵. Cette anticipation peut prendre plusieurs formes. Les salariés et les entreprises doivent tout d'abord prendre conscience, du fait que les frontières entre vie personnelle et vie professionnelle s'estompent de plus en plus³¹²⁶, que les salariés deviennent des porte-paroles de leur entreprise³¹²⁷. Les salariés peuvent aussi participer de manière positive à la valorisation de l'e-réputation de leur entreprise. Les entreprises ont ainsi tout intérêt à former leurs salariés à l'utilisation des médias sociaux (qu'ils soient amenés à les utiliser professionnellement ou non) et les aider à développer des stratégies de présence numérique (notamment leur *personal branding*³¹²⁸), en s'appuyant sur une ligne éditoriale. L'entreprise peut également tirer profits de cette exposition pour repérer parmi les salariés des influenceurs ou des leaders d'opinion et leur confier la mission de porte-parole d'entreprise sur le web social, en

³¹²³ F.X. Testu, « La confidentialité conventionnelle », *op. cit.*, p. 81.

³¹²⁴ Infra. Partie 2, titre 1, chapitre 2, section 1, II, B, 2 : « intérêt à agir ». Par ses efforts, la victime de l'effet Streisand encourage malgré elle l'exposition d'une publication qu'elle souhaitait voir ignorée.

³¹²⁵ E. Walle et S. Savaïdes, « L'e-réputation sous le prisme du droit du travail », *op. cit.*, p. 26.

³¹²⁶ É. Delcroix, « Médias sociaux et évolutions de la vie privée », *Les Cahiers Dynamiques*, n° 47, 26 octobre 2010, p. 94.

³¹²⁷ V. Larroche, « Quelle visibilité professionnelle pour un salarié ambassadeur 2.0 auprès des recruteurs potentiels ? », *Communication et organisation*, n° 44, 1 décembre 2013, p. 52.

³¹²⁸ Le marketing personnel a pu se développer grâce à la possibilité d'utiliser des moyens simples comme les réseaux sociaux (Facebook, LinkedIn et autres), les blogs, les sites de microblogging (Twitter) pour publier facilement du contenu sur soi, augmenter son réseau, échanger avec lui en temps réel, sans considération de lieu ni de temps. F.-B. Huyghe, « Soft power : l'apprenti sorcier », *Médium*, n° 27, 1 avril 2011, p. 76.

définissant au préalable les règles à suivre et la ligne éditoriale à tenir. L'information et la sensibilisation peuvent s'effectuer au sein de chartes de systèmes d'information, de livrets de bonne conduite ou encore par la désignation d'interlocuteurs privilégiés formés sur ces questions. La désignation de référents peut s'avérer efficace. La mise en œuvre de ces outils en amont permettra de responsabiliser et d'informer au préalable les salariés, mais également dans le cas où la charte des systèmes d'information serait intégrée au règlement intérieur, de lui donner une valeur contraignante³¹²⁹.

B. A l'issue de la relation de travail

1032. **Après la rupture du contrat** - Si les clauses de confidentialité visant la période d'exécution du contrat peuvent parfois paraître superflues, il n'en va pas de même des clauses visant l'après-contrat. L'obligation de confidentialité du salarié peut également perdurer après la rupture du contrat. Les clauses de confidentialité peuvent valablement prévoir qu'elles s'appliqueront après la fin du contrat de travail et que leur inexécution par le salarié postérieurement à son départ de l'entreprise le rendra responsable du préjudice qui en résulte pour celle-ci³¹³⁰. Si le salarié devait violer la clause après son départ de l'entreprise, et si cette dernière a prévu son applicabilité dans un tel cas de figure, il pourrait être reconnu civilement responsable du préjudice causé et ce même en l'absence de faute lourde. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 19 mars 2008 ; un inspecteur gastronomique du guide Michelin avait publié, après avoir quitté l'entreprise, un manuscrit dévoilant des informations sur les méthodes d'élaboration de ce guide, en violation d'une clause de confidentialité applicable pendant et après le contrat. « Une clause de confidentialité destinée à protéger le savoir-faire propre à l'entreprise peut valablement prévoir qu'elle s'appliquera après la fin du contrat de travail et que l'inexécution par le salarié de l'obligation de confidentialité postérieurement à son départ de l'entreprise le rend responsable du préjudice qui en résulte pour celle-ci, même en l'absence de faute lourde »³¹³¹. Cette jurisprudence tend ainsi à reconnaître aux employeurs un moyen d'action juridique efficace leur permettant de protéger l'e-réputation de leur entreprise contre les publications déloyales ou dénigrantes de leurs salariés sans préjudice des autres éventuels recours susceptibles

³¹²⁹ E. Walle et S. Savaïdes, « L'e-réputation sous le prisme du droit du travail », *op. cit.*, p. 26.

³¹³⁰ F. G'Sell et P. Durand-Barthez, *Protection contre l'appropriation illicite des secrets d'affaires et des informations commerciales confidentielles*, *op. cit.*, p. 22.

³¹³¹ Cass. soc., 19 mars 2008, pourvoi n°06-45.322, inédit, *op. cit.*

d'être exercés au civil comme au pénal sur le fondement des abus de la liberté d'expression.

1033. **Obligation légale** - Selon l'article L. 1222-5 du code du travail, le salarié qui met fin au contrat de travail pour créer ou reprendre une entreprise « reste soumis à l'obligation de loyauté à l'égard de son employeur ». Même en l'absence de clause de confidentialité, le salarié ne doit pas, après la cessation de son contrat de travail, divulguer des secrets de fabrication, sous peine de sanctions pénales³¹³². Par ailleurs, l'employeur ne peut pas imposer la signature d'un document confirmant l'obligation générale de confidentialité. « La cour d'appel a relevé que Mme X... qui était tenue par des fonctions qu'elle exerçait depuis plusieurs années au secret professionnel, n'avait aucune obligation de faire le serment de confidentialité que lui demandait l'employeur et qui présentait un caractère superfétatoire, vexatoire et désobligeant »³¹³³.

1034. **Négociation sa liberté d'expression** – La liberté d'expression dans les médias sociaux est-elle susceptible d'être négociée ? La transaction est définie par l'article 2044 du Code civil comme « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». La transaction peut aussi bien intervenir pour mettre fin à une procédure en cours que pour éviter les suites d'un litige naissant. Elle implique que chacune des parties puisse faire valoir à l'égard de l'autre une prétention, c'est-à-dire qu'elles soient engagées dans un rapport d'obligations réciproques qui permette à chacune de faire des concessions, formalisées dans un acte écrit et signé qui mettra fin au litige. L'objet de la transaction doit être licite. D'après l'article 2046 du code civil, on ne peut pas transiger sur des matières intéressant l'ordre public. La transaction va pouvoir ainsi être annulée lorsqu'elle contrevient à des dispositions d'ordre public de droit du travail. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a jugé qu'il est possible de restreindre, par transaction, la liberté d'expression d'un salarié³¹³⁴. La question d'une possible négociation de la liberté d'expression était inédite et la réponse apportée est positive. Il s'agissait en l'espèce de Patrick Poivre d'Arvor, qui avait publiquement critiqué la société TF1 après avoir signé une transaction comportant l'engagement réciproque de cesser tout propos critique et dénigrant. Le présentateur estimait que l'article 4 de la transaction, visant à limiter sa liberté d'expression, était

³¹³² C. pén. art. 226-13.

³¹³³ Cass. soc., 19 oct. 1994, pourvoi n°93-40.652, inédit.

³¹³⁴ Cass. soc., 14 janv. 2014, pourvoi n°12-27.284, Bull. civ., V, n° 6.

contraire à l'article L. 1121-1 du code du travail et à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme en raison de l'interdiction de toute critique à l'égard de la chaîne (personnes physiques et morales et de ses programmes). Le présentateur considérait la clause comme disproportionnée, et invalide en raison de son objet qui, selon lui, portait sur un objet relevant de l'ordre public absolu et ne pouvant faire l'objet de dérogation. La Cour de cassation va rejeter l'argumentation du présentateur estimant que « des restrictions peuvent être apportées à la liberté d'expression pour assurer la protection de la réputation et des droits d'autrui dès lors que ces restrictions sont proportionnées au but recherché ». Le salarié qui ne respecte pas son engagement s'expose donc à des dommages et intérêts, en dehors de tout abus de sa liberté d'expression.

1035. Proportionnalité et justification de la clause - La Cour de cassation semble en l'espèce appliquer l'article L.1121-1 (sans pour autant le viser explicitement) et contrôler la proportionnalité et la justification de la clause. Elle constate que « par la transaction conclue le 17 septembre 2008, les parties avaient entendu mettre fin à une intense polémique médiatique entretenue par le salarié après son licenciement, de nature à nuire à la réputation de son employeur, que cette transaction comportait l'engagement réciproque de cesser tout propos critique et dénigrant, qu'elle était précise dans son objet et quant aux personnes physiques et morales ainsi qu'aux programmes que le salarié s'engageait à ne pas critiquer ou dénigrer, qu'elle était limitée à dix-huit mois ». Elle conclut qu'une limitation de la liberté d'expression du salarié est licite, sous réserve d'être justifiée et proportionnée au but recherché et précise que la protection de la réputation d'autrui constitue un motif légitime de restriction, de sorte qu'en dehors de tout abus de sa liberté d'expression, le salarié s'expose à des dommages et intérêts³¹³⁵. En définitive, il n'est pas possible d'interdire à un ancien salarié d'avoir un compte Facebook, ou de manière plus générale d'utiliser les médias sociaux. En revanche, l'entreprise peut négocier la non diffusion d'un certain nombre d'informations non confidentielles ou de critiques à son égard, alors même que les propos de son ancien salarié relèvent de sa plus stricte liberté d'expression.

1036. Conclusion de section - En définitive, la confidentialité des données, si elle est utile pour préserver les intérêts de l'entreprise attachés à la non-divulgaration de certaines

³¹³⁵ M. Peyronnet, « Le silence du salarié licencié peut faire l'objet d'une transaction », *Dalloz actualité*, 28 janvier 2014.

informations, n'affecte finalement que peu le droit des salariés à la libre expression. Elle n'est pas le « bâillon » que l'on pourrait redouter, mais plutôt un filtre de ce qui peut être dit. Le droit de critique demeure très largement sous réserve de ne pas faire état de la donnée confidentielle. Internet préfigure ce qui pourrait être une transparence portée à son paroxysme. « La société de transparence, où l'on aspire à tout voir, à tout savoir, devient maison de verre, transparence à tous les étages proclamée ou réclamée »³¹³⁶. Plus rien ne serait confidentiel, tout serait relayé sur Internet. « Les nouvelles technologies, parce qu'elles rendent possible en fait l'accès ou la diffusion sans limites de l'information, ont, aux yeux de certains, rendu illégitimes les restrictions juridiques. Dans cette conception, l'internet devrait être envisagé comme un espace déconnecté des pesanteurs du monde réel, et en particulier des contraintes juridiques, un espace sans cloisonnement, où tout peut être dit, où tout peut être su »³¹³⁷. La question de la protection de la vie personnelle du salarié sur internet soulève des problématiques inédites en droit du travail. « La vie personnelle est étroitement liée à la démocratie participative moderne qui requiert la notion de délibération libre, qui comporte non seulement le droit de discuter tout sujet librement et en équité en public, mais également le droit de ne pas participer à la délibération ou de participer partiellement »³¹³⁸, ce qui rend nécessaire de pouvoir participer effectivement à des forums de discussion. L'expression de sa vie personnelle devient la liberté complémentaire de la liberté de participer à la délibération publique. La liberté d'expression ne correspond pas à la notion de « dialogue social » au sens juridique. Pourtant par l'intermédiaire des réseaux en ligne, la liberté d'expression fait place à un nouveau rapport de force hors des institutions imaginées par le droit du travail. La diffusion des usages d'internet, induite en grande partie par l'arrivée des outils interactifs et collaboratifs contribue à démocratiser l'expression publique. En donnant la possibilité à tout internaute « ordinaire » de prendre la parole et de la rendre visible, le web dans sa « version 2.0 » a conduit à un processus inédit d'élargissement de l'espace public. Ce processus conduit à une redistribution potentielle des rôles, non seulement entre gouvernants et gouvernés, mais aussi plus largement entre professionnels de l'information à caractère public et amateurs, auteurs de propos en tout genre. Attention toutefois, « la situation du salarié est quelque peu différente de celle du citoyen. Il est en effet membre d'une collectivité de travail et subordonné à son employeur. Il est alors traditionnellement admis qu'il doit

³¹³⁶ C. de cassation FRANCE, *Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation. Le droit de savoir*, op. cit., p. 71.

³¹³⁷ *Ibid.*, p. 81.

³¹³⁸ P. Perraki, *La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé européen*, op. cit., p. 7.

exister une cloison étanche entre vie professionnelle et vie personnelle »³¹³⁹. En effet, il faut garder à l'esprit que l'employeur est avant tout un chef d'entreprise et qu'il trouve son intérêt à diriger l'activité menée par son entreprise, et notamment les hommes qui y participent. Il a aussi le pouvoir de restreindre la liberté d'expression pendant le travail, si ceci perturbe le rythme du travail et diminue la productivité du salarié ou de ses collègues ou nuit à l'image de l'entreprise.

Chapitre 2 Le droit à la critique en ligne

1037. **Proportionnalité des restrictions** – Internet fait émerger le sentiment général que les citoyens (et donc également les salariés), peuvent tous s'exprimer sur tous les sujets, de n'importe quelle façon³¹⁴⁰. Cette confusion représente un risque majeur pour la démocratie qui se voudrait « idéale mais qui ne pourrait être qu'apparente »³¹⁴¹. Car il existe aussi un principe démocratique avéré, qui veut que la liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres³¹⁴². Jusqu'à présent les propos échangés entre salariés au téléphone ou à la machine n'étaient habituellement pas connus de l'employeur, des autres salariés ou des tiers. Cette situation est en train de radicalement changer avec l'avènement des médias sociaux, sur lesquels se transposent les discussions des salariés entre eux ou avec des tiers, dont le contenu est parfois accessible à tous et qui peuvent être reproduits à l'infini³¹⁴³. Puisque le Code du travail autorise à restreindre la liberté d'expression des salariés, dans la mesure où la restriction apportée est justifiée par la nature des tâches à accomplir et proportionnelle au but recherché³¹⁴⁴, peut-on envisager un régime particulier pour les propos tenus en ligne ? Si s'exprimer sur ses conditions de travail et sa vision de l'entreprise est une chose considérée comme naturelle (section 1), ce droit lorsqu'il est exprimé en ligne peut se heurter à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, de son image et de sa réputation (section 2).

³¹³⁹ *Ibid.*, p. 293.

³¹⁴⁰ Les contenus diffusés sur internet sont plus nombreux et plus simples à élaborer que par voie de presse ou de communication audiovisuelle. Ils sont également plus accessibles au grand public grâce aux moteurs de recherche et d'une diffusion plus large, en particulier par l'usage des liens hypertextes. Dès lors, certains salariés-internautes, croyant pouvoir s'abriter derrière un anonymat qui leur assurerait toute impunité, n'hésitent pas à tenir des propos outranciers qui seront dans certains cas largement relayés, causant un important préjudice à leur entreprise.

³¹⁴¹ I. Pledel, « Les nouvelles logiques d'expression : blogs et journalisme participatif, vers une e-démocratie ? », *op. cit.*, p. 209.

³¹⁴² Article 4, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

³¹⁴³ Conférence des arbitres du Québec, « Mes amis facebook, moi et mon emploi », *op. cit.*, p. 118.

³¹⁴⁴ C. trav. art. L. 1121-1. « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

Section 1 Le droit du salarié de critiquer son employeur

1038. **Le droit à la critique** - La liberté d'expression ne se limite pas à la « vie personnelle » du salarié. La liberté d'expression du salarié sur l'entreprise est une construction récente en droit du travail puisqu'elle a été consacrée par un arrêt du 28 avril 1988³¹⁴⁵. Un ouvrier avait été licencié à la suite de la publication dans le quotidien L'Humanité d'un article rapportant des déclarations qu'il avait faites à un journaliste sur ses conditions de travail. Cette solution, qui résulte, notamment, de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 aux termes duquel « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». La Chambre sociale distinguant cependant deux cas de figure selon que l'exercice de la liberté d'expression prenne place au sein de l'entreprise ou en dehors de celle-ci. Cependant, la frontière apparaît de plus en plus mince entre les deux sphères. Sur les intranets ou sur internet, les salariés peuvent être tentés de discuter certaines décisions ou, encore, critiquer l'attitude ou la gestion de leur supérieur. Mais quand le salarié poste en ligne ses idées, des humeurs et ses opinions sur l'entreprise qui l'emploie, peut-il vraiment tout écrire ? Si l'expression du salarié est classiquement limitée dans l'entreprise (I), elle l'est également en dehors (II).

I. Le droit à la critique au sein de l'entreprise

1039. **Exercice du droit d'expression** – Libérer la parole au travail est un enjeu de compétitivité dans les entreprises. Constatant qu'il est souvent compliqué de s'exprimer sans « langue-de-bois » dans un cadre professionnel, des applications permettent aux salariés de s'exprimer sur la vie au bureau de manière anonyme³¹⁴⁶. En effet, « dans des organisations donnant sa plénitude à l'individu, les entreprises doivent fournir un cadre à l'intérieur duquel les personnes se sentent libres et autonomes, capables

³¹⁴⁵ Cass. soc., 28 avr. 1988, pourvoi n°87-41.804, Bull. civ., V, n°257, op. cit.

³¹⁴⁶ L'application Zest prétend par exemple libérer l'expression et la créativité dans l'entreprise. Anonymement, chaque utilisateur peut partager spontanément son humeur, notée de 1 à 5. L'entreprise peut ainsi sonder en temps réel l'impact d'une stratégie sur le moral des salariés, éventuellement site par site, ou pays par pays, dans le cas de groupes transnationaux. La deuxième fonctionnalité (feed back) permet de donner un avis négatif ou positif sur une situation donnée ou d'évaluer ses pairs, qu'ils soient collaborateurs ou managers. B. Askenazi, *Zest, l'appli qui veut libérer la parole des salariés*, <http://business.lesechos.fr/entrepreneurs/idees-de-business/zest-l-appli-qui-veut-liberer-la-parole-des-salaries-205239.php#Xtor=AD-6000>, consulté le 26 octobre 2016.

d'autorégulation avec les autres personnes »³¹⁴⁷. S'il n'est pas facile de s'exprimer sur le travail, la perspective de redonner la parole à ceux qui le font suscite de la méfiance chez les employeurs et les organisations syndicales. Les premiers craignent que cela vienne bousculer la chaîne hiérarchique, les seconds que cela serve à les court-circuiter. Pour autant, dans l'entreprise la liberté d'expression du salarié peut s'exprimer sous différentes formes. La loi n° 82-689 du 4 août 1982 concernant les libertés des travailleurs dans l'entreprise, qui définit entre autres les modalités d'élaboration et le contenu du règlement intérieur, marque une étape importante dans la conception des relations du travail en France. Par la suite, l'article L. 1121-1 du Code du travail, issu de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992, généralise l'obligation pour l'employeur de respecter les libertés du travailleur. Le droit positif reconnaît ainsi aux salariés un droit à l'expression directe et collective « sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail »³¹⁴⁸ (A). S'ajoutant à ce droit à l'expression directe et collective du salarié, le législateur consacre également la liberté d'expression individuelle du salarié dans les rapports du travail (B). Les technologies de l'information et de la communication viennent bousculer ces droits.

A. Un droit d'expression directe et collective des salariés dépassé

1040. Un droit dépassé par les TIC - L'article L. 2281-1 du Code du travail pose le principe du droit d'expression dont bénéficient les salariés : « les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail ». Ces opinions, « quelle que soit la place du salarié dans la hiérarchie professionnelle » ne peuvent être sanctionnées³¹⁴⁹. Les articles suivants précisent les conditions de son exercice. En pratique, le droit d'expression directe et collective apparaît limité. Sur le fond, il ne vise que l'expression sur le contenu et les conditions du travail. Il n'est donc pas possible de critiquer les choix stratégiques de l'entreprise. Ensuite, l'exercice du droit est protégé dans la limite de tout abus. Ainsi, peut faire l'objet de sanction un comportement visant à faire état de critiques excessives et malveillantes à l'égard de la direction émises durant une réunion d'expression³¹⁵⁰. Le droit d'expression direct apparaît également très limité sur la forme. Il ne peut selon la

³¹⁴⁷ *Être un leader à l'ère du numérique*, Entreprise et Progrès, 2015, p. 51.

³¹⁴⁸ C. trav. art. 2281-1.

³¹⁴⁹ C. trav. art. L. 2281-3.

³¹⁵⁰ Cass. soc., 20 janv. 1993, pourvoi n°91-43.652, inédit.

jurisprudence de la Cour de cassation s'exercer que dans le cadre de réunions collectives organisées sur les lieux et pendant le temps de travail³¹⁵¹. Ainsi, dans les faits, le droit d'expression direct est resté largement inappliqué, notamment en raison de son absence d'opérabilité, il est pratiquement impossible de faire des groupes de travail avec tous les salariés où chacun s'exprime sur de très nombreux sujets. Il n'est *a priori* pas possible d'organiser ce droit sous la forme de forum d'échanges ou d'une conversation collective en ligne alors que ces modalités permettraient au plus grand nombre d'y participer effectivement. De la même façon, il a été jugé que les propos tenus par un salarié en dehors de l'entreprise ne constituent pas l'exercice du droit d'expression prévu par l'article L. 2281-1 du Code du travail³¹⁵². Les commentaires laissés sur les réseaux sociaux, les blogs et autres sites internet relèvent donc du champ d'application plus large du droit à la liberté d'expression du salarié.

B. Un droit d'expression numérique à construire

1041. **Désaccord avec sa hiérarchie** - La condition de l'utilité d'un réseau social dans l'entreprise est précisément liée à la gestion de son imprévisibilité. « Les libertés d'expression sont la garantie même que l'outil ne devienne pas une coquille vide »³¹⁵³. L'évolution de la liberté d'expression au sein de l'entreprise reflète l'évolution des libertés au sein de l'entreprise. D'abord exprimée de manière collective, la question de la liberté d'expression du salarié se pose également d'un point de vue individuel. Cette liberté est toutefois pondérée. Si le salarié est en toujours en droit de manifester son accord avec sa hiérarchie, il est plus difficile d'exprimer en ligne un désaccord avec sa hiérarchie. En effet, les propos diffamatoires, injurieux ou excessifs quittent le cadre de la liberté d'expression pour constituer un abus de droit³¹⁵⁴. Cette formule pose des difficultés, l'analyse de l'excès étant toujours empreinte d'une certaine subjectivité. Le juge est ainsi amené à dire comment la liberté d'expression du salarié, entendue comme un droit de critiquer, peut s'exercer dans le cadre du statut de subordonné inhérent au contrat de travail. Dans une décision du 17 décembre 2014³¹⁵⁵, un courriel avait été adressé de manière isolée sans aucune forme de publicité. Il était destiné au seul

³¹⁵¹ Cass. soc., 2 mai 2001, pourvoi n°98-45.532, Bull. civ., V, n°142.

³¹⁵² Cass. soc., 16 nov. 1993, pourvoi n°91-45.904, Bull. civ., V, n°278.

³¹⁵³ P. Archias, V. Bussat, C. Teissier et C.E. Triomphe, *Expression directe au travail, le retour ? Les enseignements d'Astrees Lab, op. cit.*, p. 16.

³¹⁵⁴ Supra. Partie 2, titre 2, chapitre 2, section 1 : « Abus de droit ».

³¹⁵⁵ Cass. soc., 17 déc. 2014, pourvoi n°13-19.659, inédit.

président de la société actionnaire majoritaire. La salariée ne faisait qu'exprimer un désaccord sur certaines orientations et pratiques qu'elle estimait irrégulières. Ces propos n'étaient ni injurieux, ni diffamatoires ou excessifs. En effet, il convient de remarquer que pour retenir l'abus de droit, les juges tendent à prendre en compte la plus ou moins large diffusion des propos litigieux³¹⁵⁶.

1042. **Nombres de destinataires** - L'envoi limité dans le temps de plusieurs lettres dont seul l'employeur était destinataire, en réplique à un avertissement que le salarié estimait injustifié, ne caractérise pas, dès lors qu'elles ne contiennent aucun propos injurieux, diffamatoires ou excessifs, un abus de sa liberté d'expression³¹⁵⁷. *A contrario*, dans un arrêt du 22 juin 2004, la Cour de cassation a déclaré que l'employeur n'était pas en droit de licencier un salarié pour faute grave en raison de la diffusion à l'ensemble des salariés d'une lettre ouverte faisant état de son désaccord avec la direction³¹⁵⁸. En effet, la lettre ouverte répondait à celle adressée par son employeur qui était à la mesure de l'émotion suscitée par la mise en cause publique de ses compétences alors que son travail n'avait jusqu'alors donné lieu à aucun reproche. A partir de ces décisions, on peut estimer que le salarié peut exprimer ses doutes sur le réseau social interne de l'entreprise en commentant par exemple une actualité ou en répondant à une question ouverte. Le salarié devra toutefois être particulièrement vigilant quant à la formulation de son opinion. Si les salariés peuvent dénoncer publiquement certains faits, ils doivent agir de bonne foi sans intention de nuire à l'employeur³¹⁵⁹. Cette formule pose des difficultés, l'analyse de l'excès étant toujours empreinte d'une certaine subjectivité. La notion de loyauté rejoint immédiatement la notion de confiance. En effet, la confiance qui lie l'employeur au salarié de l'entreprise tient aux qualités qu'il est supposé posséder en vue d'accomplir les fonctions pour lesquelles il est recruté. La dimension personnelle, subjective, de la relation salariée découle de cette confiance : l'employeur présume les qualités du salarié, et espère sa loyauté³¹⁶⁰.

³¹⁵⁶ X. Orgerit, « Le droit de critiquer du salarié et ses limites », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 3 février 2015.

³¹⁵⁷ *Cass. soc.*, 2 mai 2001, pourvoi n°98-45.532, *Bull. civ.*, V, n°142, *op. cit.*

³¹⁵⁸ *Cass. soc.*, 22 juin 2004, pourvoi n°02-42.446, *Bull. civ.*, V, n°175, *op. cit.*

³¹⁵⁹ La bonne foi permet de « dépasser l'approche strictement patrimoniale du rapport d'emploi salarié pour lui imprimer une dimension plus personnelle ». C. Vigneau, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. soc.*, août 2004, p. 706.

³¹⁶⁰ X. Orgerit, « Le droit de critiquer du salarié et ses limites », *op. cit.*

1043. S'exprimer c'est bien, se faire entendre c'est mieux - Les institutions représentatives du personnel au sein de l'entreprise jouent de moins en moins leur rôle de médiation et de représentation dans un environnement en rapide évolution où les réseaux sociaux permettent des échanges à la fois globaux, ciblés et plus rapides³¹⁶¹. La question de ce que l'on fait de la parole des salariés se pose et ce, quel que soit l'acteur qui initie une démarche de recueil de l'expression, direction ou organisation(s) syndicale(s). Pour les directions, il s'agit de démontrer aux salariés que leur parole est utile, qu'il ne s'agit pas d'une démarche participative en trompe l'œil. Pour les organisations syndicales, l'enjeu est à deux niveaux. Il s'agit d'une part de renforcer la démocratie représentative et donc pouvoir alimenter par l'expression directe le travail de représentation. Et de l'autre, de définir grâce à l'expression les moyens de faire advenir des changements concrets dans les organisations du travail³¹⁶². La taille de l'entreprise ou encore le degré d'implantation de la démarche jouent un rôle non négligeable, ne serait-ce que pour organiser la remontée de la parole à différents niveaux de l'entreprise. Pour éviter ces écueils, il conviendrait d'adapter les principes du dialogue social en transmettant en amont de chaque démarche les informations nécessaires à la compréhension des grands enjeux et à prendre l'engagement de ne pas prendre de décision avant la consultation en ligne des salariés.

1044. Proposition de loi - Si l'expression de tous au travail est facilitée par les outils numériques, pourquoi ne pas l'expérimenter à une échelle beaucoup plus grande ? La présente proposition de loi vise à favoriser ces évolutions et à organiser de façon plus efficace et moins coûteuse l'exercice du droit d'expression de façon à ce que les salariés puissent effectivement s'exprimer, dans la mesure où il le souhaite, sur les conditions générales dans lesquelles s'exerce leur contribution à la bonne marche de l'entreprise et se sentent ainsi reconnus et considérés comme des acteurs à part entière de l'entreprise. Pour cela les articles L. 2281-1 et suivants doivent être refondus de façon à intégrer le droit d'expression des salariés sur les espaces de discussions en ligne internes aux entreprises. Il convient par ailleurs d'articuler l'exercice de ce droit avec la négociation d'accords d'entreprise par les représentants élus ou désignés des salariés, de façon à ce que l'expression des salariés sur l'organisation du travail et de ses contreparties au sein de l'entreprise puisse constituer une matière première pour les partenaires sociaux dans

³¹⁶¹ B. Dévernois, « Vers la fin du taylorisme et une refondation du droit du travail conduite du bas vers le haut (bottom up) ».

³¹⁶² P. Archias, V. Bussat, C. Teissier et C.E. Triomphe, *Expression directe au travail, le retour ? Les enseignements d'Astrees Lab, op. cit.*, p. 14.

leurs négociations. Il conviendrait également d'indiquer clairement que l'exercice de ce droit est prévu par la loi dans les entreprises employant au moins cinquante salariés. En conséquence, le législateur pourrait adopter la proposition de loi suivante. L'article L. 2281-1 du Code du travail est ainsi modifié : « Les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail sur tous les réseaux internes à l'entreprise. Dans les entreprises employant au moins cinquante salariés, l'expression directe et collective doit être organisée en ligne préalablement à l'ouverture par les partenaires sociaux des négociations portant sur l'organisation du travail et/ou de ses contreparties au sein de l'entreprise, dans le cadre de la négociation obligatoire ». L'article L. 2281-2 du Code du travail est modifié afin de laisser aux employeurs et aux partenaires sociaux le soin d'inventer le modèle qu'ils souhaitent : « Les modalités d'exercice du droit d'expression sont définies par un accord conclu entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives. Cet accord définit notamment : les niveaux du droit d'expression en ligne, les modalités de connexion à l'intranet, l'accès de tous les salariés aux espaces de discussion en ligne, le mode d'organisation des consultations préalables aux négociations obligatoires, les mesures destinées à concilier la liberté d'expression de chacun sur l'intranet de l'entreprise et la bonne marche de l'entreprise ainsi que le droit des salariés à l'oubli numérique. En l'absence d'accord sur le droit d'expression, dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, les modalités d'exercice par le salarié de son droit d'expression sont définies par l'employeur et communiquées par tout moyen aux salariés concernés ». Afin de protéger tous les salariés, l'article L. 2281-3 du Code du travail est remplacé : « Les opinions que les salariés, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement sauf s'il caractérise un abus ». L'article L. 2281-4 du Code du travail est modifié afin de permettre aux salariés de contribuer à enrichir le collectif de travail en dehors du temps de travail sans entrave : « Lorsqu'il s'exerce sur les lieux et pendant le temps de travail, le temps consacré à l'expression est rémunéré comme temps de travail. Lorsqu'il s'exerce en dehors il est considéré sur la base du volontariat ». Afin de rendre ce droit effectif, il convient également de prévoir une sanction en cas de non-respect par l'employeur de l'exercice effectif du droit d'expression. Il est ainsi créé un nouvel article L. 2283-5 dans le Code du travail : « Le fait de ne pas appliquer les dispositions prévues à l'article L. 2281-1 du Code du travail

est puni d'une amende de la 4ème classe par salarié privé de la possibilité d'exercer, s'il le souhaite, son droit d'expression ». Les articles L. 2281-6 à L. 2281-12 sont abrogés.

II. L'expression de critiques publiques

1045. Propos critiques - Les activités syndicales d'organisation de la revendication sont également concurrencées par les interpellations directes et en temps réel sur les réseaux sociaux. Le travail de représentation ne trouve plus sa place et l'expression collective génère un brouillage des frontières entre prises de parole individuelles et collectives³¹⁶³. En dehors de l'entreprise, le salarié retrouve en principe le plein exercice de sa liberté d'expression. Or, la liberté d'expression inclut la critique. C'est à l'occasion de l'affaire Clavaud que la Cour de cassation a consacré la liberté d'expression comme un droit pour les salariés : un ouvrier avait livré au journal l'Humanité des propos critiques sur ses conditions de travail de nuit. Les juges ont considéré qu'était nul, car portant atteinte à une liberté fondamentale, le licenciement prononcé à raison de ses propos³¹⁶⁴. Mais un salarié peut-il évoquer des faits concernant l'entreprise sur Internet (A) ou dénoncer des actes illicites ou suspectés de l'être (B) ?

A. La liberté d'expression sur les médias sociaux

1046. Salariés ambassadeurs - Le « numérique » modifie le rapport que les salariés entretiennent avec les structures. Ceux-ci construisent leurs propres réseaux de contacts, une identité professionnelle distincte de celle de leur entreprise, partagent leurs veilles, leurs avis, et leurs sentiments. On entrevoit à travers les réseaux sociaux un entrelacement inédit entre la sphère personnelle et professionnelle de l'individu. Les salariés reflètent en ligne la nature de leurs rapports à leurs employeurs. « S'ils se sentent satisfaits dans leur vie quotidienne, ils diffuseront un message bienveillant. A l'inverse, s'ils ont le sentiment que la communication interne, par exemple, peine à les informer des changements en passe de se produire, ils répercuteront leurs incertitudes »

³¹⁶³ *Ibid.*, p. 20.

³¹⁶⁴ *Cass. soc.*, 28 avr. 1988, pourvoi n°87-41.804, *Bull. civ.*, V, n°257, *op. cit.*

constate Olivier Fécherolle, ancien directeur général stratégie et développement du réseau professionnel Viadéo³¹⁶⁵.

1047. **La liberté d'expression sur les médias sociaux** – La jurisprudence a d'abord reconnu au salarié le droit de s'exprimer dans la presse³¹⁶⁶. Il s'agit d'un droit indirect puisqu'il est effectivement exercé par un autre. C'est le journaliste qui relaie l'expression du salarié³¹⁶⁷. Or, la liberté d'expression sur les médias sociaux est particulière. Il s'agit d'un véritable média de transmission, de diffusion de l'information mais aussi un lieu d'échanges instantané entre des émetteurs et des récepteurs. Ce lien d'ailleurs est à l'image de ce qu'a permis l'invention d'internet et le passage au web 2.0. En effet, le récepteur ne se contente plus de recevoir une information et de la partager avec les personnes qui l'entourent, il est un acteur de ce droit à l'information et il peut lui même devenir émetteur de celle-ci. Sur internet, la liberté d'expression peut donc avoir des vocations différentes. On distingue alors une liberté d'expression à des fins privées mais également des actes qui peuvent être qualifiés de communications publiques. La communication au public par voie électronique se définit comme « toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée »³¹⁶⁸. Chaque réseau social pose des questions nouvelles. On peut par exemple s'interroger sur la faculté qu'à l'employeur de sanctionner un salarié qui partage des contenus négatifs sur son entreprise. Partager un contenu ne veut en effet pas forcément dire qu'on partage son opinion. Pour autant, invité par un sénateur à apporter son éclairage, sur le statut des « *retweet*³¹⁶⁹ » le Garde des Sceaux a indiqué le fait de « *retweeter* » un message était passible de sanctions. Au titre de l'article 29 de la loi sur la liberté de la presse, qui réprime la diffamation, « la simple reproduction d'une imputation ou allégation diffamatoire constitue le délit ». Sur cette base, un retweet est « punissable au même

³¹⁶⁵ O. Fécherolle, *Comment faire de vos salariés les ambassadeurs de votre marque employeur*, <http://www.focusrh.com/tribunes/comment-faire-de-vos-salaries-les-ambassadeurs-de-votre-marque-employeur-par-olivier-fecherolle.html>, consulté le 11 décembre 2013.

³¹⁶⁶ Cass. soc., 28 avr. 1988, pourvoi n°87-41.804, Bull. civ., V, n°257, op. cit.

³¹⁶⁷ En décidant que l'envoi d'une lettre au Canard Enchaîné, décrivant comment l'employeur soumettait le salarié à des tracasseries administratives, caractérisait une faute grave, la cour d'appel a violé les textes susvisés. Cass. soc., 5 mai 1993, pourvoi n°90-45.893, inédit.

³¹⁶⁸ Art. 1 « Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique », op. cit. (JO, n°143, 22 juin 2004, p. 1168).

³¹⁶⁹ Le verbe « *retweeter* » désigne l'action d'utiliser le tweet d'une autre personne (c'est à dire un tweet émis par un autre compte Twitter) pour l'ajouter à sa propre liste de tweet. Le retweet est une composante fondamentale de l'utilisation de Twitter. En effet, contrairement à un blog classique, il est possible, sur ce réseau social, de créer un fil d'actualité autour d'une thématique par le simple jeu des retweets, sans rédiger un seul contenu original.

titre que la publication ou la diffusion directe » d'un tweet diffamatoire. Le tout à condition bien entendu que le compte Twitter de celui qui retweete soit public³¹⁷⁰.

1048. **Un site Internet accessible à tous** - L'employeur ne peut sanctionner un salarié ayant usé de sa liberté d'expression que si celle-ci entraîne un abus. Selon la jurisprudence, « une simple imprudence dans la tenue même publique de propos ne saurait caractériser à elle seule, de la part du salarié, un abus du droit dont il jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression »³¹⁷¹. C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans un arrêt du 6 mai 2015³¹⁷². Dans un article mis en ligne le 14 février 2011, sur le site internet Miroir social, accessible à des personnes étrangères à l'entreprise, M. X... affirmait que l'un de ses collègues de travail avait été « sanctionné pour avoir soi-disant mal répondu à son chef d'équipe, motif monté de toutes pièces », celui-ci résidant dans la circonstance que ce « jeune salarié avait osé revendiquer l'application du Code du travail », et précisait qu'en participant à une réunion de négociation qui s'était tenue avec le directeur régional, lui et ses collègues avaient subi « chantage et menaces déguisés ». L'employeur licencia alors le salarié pour faute grave considérant qu'il avait abusivement usé de sa liberté d'expression. Dans le cas d'espèce, la Cour de cassation considère que le licenciement ne reposait ni sur une faute grave, ni sur une cause réelle et sérieuse. En effet, le salarié ne faisait que s'interroger sur le licenciement d'un de ses collègues, sur un site Internet quasiment confidentiel, sans que ses propos soient injurieux ou vexatoires. Dès lors, le salarié n'avait pas abusé de sa liberté d'expression. La Cour de cassation prend le soin de noter les conséquences des propos en indiquant qu'ils n'ont porté atteinte à la réputation et à la crédibilité de l'employeur puisque l'audience du site était confidentielle³¹⁷³.

1049. **La situation des journalistes** – Il convient également de mentionner que la liberté d'expression vaut pour les idées répandues mais aussi pour celles qui dérangent. Selon l'arrêt *Handyside* du 7 décembre 1976³¹⁷⁴, portant sur une affaire de presse en Grande-Bretagne : « La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de

³¹⁷⁰ « Pénalisation des contenus retransmis sur le réseau social Twitter, Réponse du Ministère de la justice, JO Sénat 07/04/2016, p. 1457 ».

³¹⁷¹ *Cass. soc.*, 9 janv. 2002, pourvoi n°99-45.875, inédit.

³¹⁷² *Cass. soc.*, 6 mai 2015, pourvoi n°14-10.781, inédit.

³¹⁷³ *Supra*. Partie 2, titre 2, chapitre 2, section 2, II, A, 2 : « Communautés d'intérêts ».

³¹⁷⁴ *CEDH, pl.*, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, Req. n°5493/72.

l'épanouissement de chacun. Sous réserve des restrictions mentionnées, notamment dans l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, elle vaut non seulement pour les informations ou les idées accueillies avec faveur, ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'y a pas de société démocratique ». Les journalistes bénéficient ainsi d'une protection particulière. « La liberté journalistique comprend le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire de provocation »³¹⁷⁵. Cette liberté propre aux journalistes pourrait valablement être étendue à tous les citoyens à partir du moment où l'on peut considérer que ceux-ci sont également capables de véhiculer des informations sur les médias sociaux³¹⁷⁶. L'accroissement de la participation du citoyen à la prise de décision publique est également devenu d'autant plus nécessaire que l'intervention publique s'est démultipliée, investissant des champs de la société jusqu'alors réservés à l'initiative individuelle et manifestant les limites des procédures de décision uniquement fondées sur la représentation électorale³¹⁷⁷.

1050. Question intéressant le public - « Le propos incriminé [...] qui avait été porté sur la place publique lors d'une manifestation syndicale [...] en devenant ainsi une question d'actualité intéressant le public, ne dépassait pas les limites admissibles de la liberté d'expression »³¹⁷⁸. Lors d'une manifestation syndicale de soutien à une salariée licenciée, son employeur, interrogé par un journaliste, tint les propos suivants : « L'entreprise, pour pouvoir fonctionner convenablement, a besoin que ses collaborateurs respectent leurs horaires de travail et rejoignent leurs postes conformément au règlement intérieur. Le motif du licenciement est que la collaboratrice ne respecte pas le règlement intérieur et ne s'inscrit pas dans les horaires dans lesquels sa hiérarchie lui demande de travailler, de sorte que ses absences désorganisent le travail ». La salariée se constitua partie civile du chef de diffamation publique envers un particulier. L'employeur fut condamné, aux motifs que ces propos, tenus sur les ondes à une heure de grande écoute, donnaient une image péjorative de la partie civile, portant atteinte à son honneur. La condamnation par la cour d'appel de renvoi est cassée sans

³¹⁷⁵ CEDH, 24 fév. 1997, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, n°7/1996/626/809.

³¹⁷⁶ A. Colosimo, *Les bûchers de la liberté*, Stock, 2016, p. 80.

³¹⁷⁷ FRANCE et D.-J. Chertier, *Pour une modernisation du dialogue social*, La Documentation Française, 2006, p. 9.

³¹⁷⁸ Cass. crim., 12 nov. 2014, pourvoi n°13-84142, inédit.

renvoi, au visa de l'article 10 de la CEDH, car les propos « ne dépassaient pas les limites admissibles à la liberté d'expression ». Suivant la jurisprudence européenne, la liberté d'expression doit être particulièrement protégée en présence d'un « débat d'intérêt général », débat qui permet de caractériser l'exception de bonne foi, fait justificatif de la diffamation³¹⁷⁹. Désormais, un litige privé, tel un licenciement individuel, dès lors qu'il est médiatisé, devient une « question intéressant le public », la bonne foi devant alors être admise dès lors que le prévenu a répliqué « avec prudence et mesure » en livrant « sa version de l'affaire ».

1051. **Polémique médiatique** – À partir de la jurisprudence de la Cour de cassation du 28 avril 2011³¹⁸⁰ on peut supposer que le salarié peut critiquer son employeur en réponse à des propos également négatifs tenus sur lui par ce dernier, lorsque ces propos s'inscrivent dans une polémique médiatique. En l'espèce, la cour d'appel, qui a constaté, d'une part, que le joueur de football avait déclaré dans la presse que l'entraîneur manquait de diplomatie et salissait les joueurs pour laver sa responsabilité, alors que, de son côté, l'entraîneur avait affirmé que le joueur n'avait plus le niveau de ligue 1 et était très orgueilleux et égocentrique, et, d'autre part, que le président n'avait pu ou avait été incapable d'arrêter un lynchage médiatique, a pu décider que le salarié n'avait pas abusé de sa liberté d'expression, les propos reprochés s'inscrivant dans une polémique médiatique avec l'entraîneur. La Cour de cassation semble accorder une certaine importance à la notion de réciprocité en matière de liberté d'expression³¹⁸¹. Cette jurisprudence se rapproche de celle du 22 juin 2004³¹⁸². Ainsi, le salarié n'abuse pas de sa liberté d'expression lorsque les propos litigieux s'inscrivent dans le contexte particulier d'un conflit de travail que l'employeur a largement contribué à provoquer³¹⁸³.

1052. **En période de grève** - La bonne gestion médiatique d'un conflit est un élément essentiel du rapport de force entre un collectif de travail et un employeur³¹⁸⁴. En période de grève, le droit de critique du salarié semble pouvoir s'exercer de façon quasiment illimitée. Seule la faute lourde, caractérisée par l'intention de nuire peut justifier

³¹⁷⁹ CEDH, 7 nov. 2006, *Mamère c/ France*, n°12697/03.

³¹⁸⁰ Cass. soc., 28 avr. 2011, *pourvoi n°10-30.107*, Bull. civ., V, n°96, *op. cit.*

³¹⁸¹ « Liberté d'expression du salarié : cas du sportif professionnel », *D.*, 2011, p. 1288.

³¹⁸² Cass. soc., 22 juin 2004, *pourvoi n°02-42.446*, Bull. civ., V, n°175, *op. cit.*

³¹⁸³ A. Astaix, « Le footballeur professionnel peut s'exprimer également hors du terrain », *Daloz actualité*, mai 2011.

³¹⁸⁴ J.-E. Ray, « De la grève interne aux actions collectives externalisées », *Dr. soc.*, 2003, p. 591.

le licenciement d'un salarié gréviste³¹⁸⁵, comme le rappelle la Cour de cassation dans un arrêt du 9 mai 2012³¹⁸⁶. En l'espèce, un manutentionnaire ayant participé à un mouvement de grève avait été licencié pour faute grave pour avoir, notamment, porté atteinte à la réputation de l'entreprise qui l'employait en distribuant, à la clientèle, des tracts dénonçant les conditions de travail et de sécurité au sein de cette entreprise. Pour la Cour de cassation, la nullité du licenciement d'un salarié n'est pas limitée au cas où le licenciement est prononcé pour avoir participé à une grève mais qu'elle s'étend à tout licenciement prononcé à raison d'un fait commis au cours de la grève et qui ne peut être qualifié de faute lourde. On peut en déduire que lors d'une grève les salariés ont toute liberté pour exprimer leurs revendications et leurs conditions de travail sur les médias sociaux sous réserve de ne pas commettre de faute lourde. Sur un plan pratique, la démarche des salariés apparaît toutefois comme difficilement dissociable de l'intention de nuire. En médiatisant leur mouvement, ils cherchent à faire pression sur l'employeur ou à lui manifester leur opposition ou leur mécontentement. Ils ont nécessairement, de ce fait, la conscience et la volonté de causer un dommage. Toutefois, ce sera à l'employeur qui l'invoque d'en rapporter la preuve. Pour être sanctionnée, il est nécessaire que la faute lourde personnelle soit individualisée.

1053. Le droit au conflit collectif en ligne – « Au commencement, Dieu créa la grève »³¹⁸⁷. Le mythe est demeuré tenace d'un droit du travail conquis par les luttes et qui ne saurait évoluer autrement que par le conflit. Pourtant le nombre de jours de grèves en France est très nettement décroissant dans la sphère privée³¹⁸⁸. Mais le nombre de journées de grève ne rend pas compte à lui seul de la conflictualité du travail. La conflictualité française se traduit de plus en plus dans les manifestations en ligne et les pétitions. On associe parfois l'essor du numérique à un affaiblissement des liens sociaux, sans souligner que si le rapport au travail à l'ère numérique a muté, il ne s'est pas soldé par un égoïsme professionnel. Les membres des professions, qu'elles soient ou non réglementées, éprouvent les mêmes besoins. Toute collectivité de travailleurs a besoin de s'organiser en vue de faire valoir ses intérêts propres, mais aussi de

³¹⁸⁵ C. trav. L. 2511-1 : « L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié. Son exercice ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire telle que mentionnée à l'article L. 1132-2, notamment en matière de rémunérations et d'avantages sociaux. Tout licenciement prononcé en absence de faute lourde est nul de plein droit ».

³¹⁸⁶ Cass. soc., 9 mai 2012, pourvoi n°10-24.307, Bull. civ., V, n°131, op. cit.

³¹⁸⁷ G. Lyon-Caen, *Le droit du travail: une technique réversible*, Dalloz, 1995, p. 12.

³¹⁸⁸ FRANCE, Centre d'analyse stratégique et O. Quintin, *Le travail et l'emploi dans vingt ans, op. cit.*, p. 82.

promouvoir la défense des intérêts personnels de chacun de ses membres³¹⁸⁹. La sociologue Patricia Vendramin qualifie de « nomadisme coopératif » l'organisation du travail des jeunes entreprises. « Le collectif de travail est un réseau d'interconnexions réelles et virtuelles dont les frontières sont redéfinies au gré des projets »³¹⁹⁰. L'avènement des moyens de communication instaure ainsi une conscience du collectif qui n'est pas forcément ancrée à un espace physique. De même, le droit de se regrouper avec d'autres pour faire valoir ses droits ou pour faire avancer une cause peut s'exercer dans et hors du travail, en ligne³¹⁹¹. Les corps intermédiaires prennent ainsi de multiples visages, quitte à permettre l'émergence d'acteurs incertains, mais en apparence plus cohérents car souvent porteurs d'un unique combat, ce qui facilite leur portée médiatique³¹⁹². A l'instar des collectifs de consommateurs, de nouveaux « acteurs » informels se composent sur internet exerçant ainsi des pressions, fortes mais plus ou moins ponctuelles, sur les entreprises³¹⁹³. Ces nouveaux collectifs sont difficiles à appréhender par le droit, car ils ne revendiquent aucune forme, aucun statut juridique, ils sont composés d'individus qui partagent une revendication à un instant donné.

1054. **Droit de pétition** - Nous vivons de plus en plus dans une « société d'individus », pour qui la liberté d'expression en ligne devient aussi importante que le droit de grève³¹⁹⁴. Le droit de pétition, souvent considéré comme une voie de protestation ou de recours, est en fait, à côté du droit de vote, un mode essentiel de participation et de communication entre citoyens et représentants³¹⁹⁵. Le droit de pétition accède au statut et à la garantie constitutionnels dans les termes de la loi de mai 1791 et où il figure au titre des droits « naturels et civils »³¹⁹⁶. Il se matérialise dans l'entreprise par le droit

³¹⁸⁹ J. Barthélémy, *Évolution du droit social*, op. cit., p. 439.

³¹⁹⁰ P. Vendramin, « Les métiers des TIC : un nomadisme coopératif », dans *Où va le travail à l'ère du numérique ?*, Paris, Mines Paris, les presses-Paristech, 2007, p. 95.

³¹⁹¹ « Les modalités d'intégration des individus à la société se sont complexifiées, voyant l'émergence d'identités moins durables et moins construites que les identités nationales ou syndicales, parfois fondées sur un projet commun (associations solidaires...), d'autre fois fondées sur une altérité commune (associations de victimes, de malades...) ou sur une situation partagée (associations de chômeurs, d'étudiants...) ». FRANCE et D.-J. Chertier, *Pour une modernisation du dialogue social*, op. cit., p. 9.

³¹⁹² Au départ, il y avait les « pigeons ». Entrepreneurs du secteur high-tech, poussés par des investisseurs à protester contre un projet de hausse de la fiscalité sur les plus-values à la revente de sociétés. Une campagne menée au départ sur Facebook et Twitter, et qui fit reculer en une semaine le gouvernement. Le dispositif fait depuis recette. A l'automne 2012, des enseignants et personnels de l'éducation nationale se sont organisés en « Dindons », ce collectif entend agir pour la refondation de l'école et milite désormais contre la réforme des rythmes scolaires. En janvier 2013, les « Abeilles » regroupent des salariés de compagnies d'assurance, d'entreprises de courtages et de mutuelles contre le projet de la ministre de la santé Marisol Touraine d'amendement au budget 2014 de la Sécu qui prévoit de surtaxer les entreprises qui ne souscrivent pas à la mutuelle santé recommandée par les partenaires sociaux de leur branche.

³¹⁹³ FRANCE, Centre d'analyse stratégique et O. Quintin, *Le travail et l'emploi dans vingt ans*, op. cit., p. 253.

³¹⁹⁴ F. Brugère, *La politique de l'individu*, Paris, Seuil, 2013, p. 10.

³¹⁹⁵ Y.-A. Marc, *La naissance du droit de pétition: contribution à l'histoire de la démocratie représentative*, 2004, p. 10.

³¹⁹⁶ Constitution des 3-14 septembre 1791, titre 1er : « La Constitution garantit [...], comme droits naturels et civils : [...] La liberté d'adresser aux autorités constituées des pétitions signées individuellement ».

pour n'importe quel salarié de militer pour une amélioration des conditions de travail par la voie de pétitions. Aujourd'hui les pétitions en ligne abordent des sujets très variés et connaissent un nouvel « âge d'or ». Le développement des pétitions électroniques permet en effet de recueillir un nombre considérable de signatures sur un sujet en un temps record. Ce procédé donne en outre la possibilité de mener une action de grande ampleur à moindre coût sans avoir recours aux réseaux professionnels³¹⁹⁷. La Cour de cassation casse les décisions des juges du fond qui retiennent une violation de l'obligation de réserve alors que les propos du salarié ne sont ni injurieux, ni diffamatoires, ni excessifs (en l'espèce la signature du salarié portait sur une demande de personnel supplémentaire)³¹⁹⁸. Il en est de même pour un salarié ayant distribué aux usagers de la déchetterie dans laquelle il travaillait une pétition dont il n'était ni l'instigateur ni le rédacteur, portant sur l'organisation du travail et le fonctionnement de l'entreprise et qui ne contenait aucun propos excessifs, injurieux, ou diffamatoires envers l'employeur. Cette pétition n'avait, de surcroît, eu aucune conséquence sur les relations entre la société et son donneur d'ordre, à l'origine de la nouvelle organisation contestée³¹⁹⁹. Le droit de pétition serait bien, ainsi que l'affirmait Robespierre, le « droit imprescriptible de tout homme en société » caractérisé comme le « droit d'agir comme une collection d'êtres raisonnables, qui peuvent publier leur opinion commune et manifester leurs vœux »³²⁰⁰.

1055. **Entrave numérique** - Le Code pénal incrimine déjà globalement leur entrave à l'article 431-1. « Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ». Toutefois, cette liberté, parce qu'elle expose de manière encore plus sensible les salariés lorsqu'ils s'expriment en ligne, devrait être mieux encadrée et protégée par le droit. En particulier, le montant des sanctions pourrait être réévalué à la hausse afin de prémunir les salariés contre de potentielles pressions. En effet, les salariés lorsqu'ils signent une pétition en ligne exposent publiquement leur nom et peuvent être plus facilement

³¹⁹⁷ P. Preuvot, « Le droit de pétition : mutations d'un instrument démocratique », *Jurisdoctrina*, n° 4, 2010, p. 91.

³¹⁹⁸ Viole l'article L. 1121-1 du code du travail, la cour d'appel, qui retient qu'un salarié n'avait pas observé son obligation de réserve et de loyauté à l'égard de l'employeur, alors que la signature d'une pétition portant sur une demande de personnel supplémentaire, qui ne contient aucun propos injurieux, diffamatoire ou excessif, ne caractérise pas un abus d'expression. *Cass. soc.*, 3 mai 2011, pourvoi n°10-14.104, *Bull. civ.*, V, n°104.

³¹⁹⁹ *Cass. soc.*, 14 nov. 2013, pourvoi n°12-10.082, inédit.

³²⁰⁰ Opinion sur le droit de pétition, séance du 9 mai 1791. M. de Robespierre, *Œuvres de Maximilien Robespierre*, Chez l'éditeur, 1840, p. 91.

identifié par leur entreprise. Cette dernière pourrait alors leur reprocher d'avoir des opinions qui divergent avec les activités de l'entreprise. S'agissant des syndicats, on constate une certaine incapacité à prendre en compte l'individualisation de la société et à soutenir l'individu. « Ces constats ne signifient pas que l'institution syndicale soit perçue comme inutile ; le rapport est plus complexe. Les travailleurs semblent lui confier davantage une fonction de veille et d'animateur en cas de mobilisation, une fonction de gestion de l'emploi et moins du travail »³²⁰¹. Le défi est donc d'intégrer ces nouvelles formes de rapport au collectif à partir d'institutions organisées.

1056. « **Société du jugement** » - On voit enfin apparaître de plus en plus de communautés engagées, en dehors d'une appartenance syndicale, autour de thématiques spécifiques comme la lutte contre les discriminations, l'égalité homme-femme, ou la place des séniors. Nicole d'Almeida propose d'approcher cette complexité au travers du concept de « société du jugement »³²⁰². Cette notion présente l'intérêt de décrire la montée en puissance du jugement dans la société contemporaine. Fondé sur la rupture du modèle unidirectionnel des médias de masse, internet semble constituer le vecteur d'une nouvelle idéologie de la participation citoyenne³²⁰³. « A une société verticale où l'information est descendante, succède une société horizontale »³²⁰⁴. Sur internet, les plateformes dédiées à la création de pétitions fleurissent et les revendications deviennent facilement virales. Quelques dizaines de milliers de signatures suffisent à faire entendre une cause. En quelques heures, par une pétition circulant sur Internet, par une opération de boycott, les clients ou citoyens réputés passifs peuvent décider de l'échec commercial d'une marque, de l'ébranlement d'une entreprise ou de la mise en cause d'une personne³²⁰⁵. S'organisant en une seule entité, le Web peut faire émerger une intelligence et même une véritable conscience collective. Il met ainsi en question les relations de pouvoir verticales qui régissent aujourd'hui les relations sociales à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise³²⁰⁶.

³²⁰¹ P. Vendramin, « Les métiers des TIC : un nomadisme coopératif », *op. cit.*, p. 92.

³²⁰² N. d'Almeida, *La société du jugement : Essai sur les nouveaux pouvoirs de l'opinion*, Paris, Armand Colin, 2007.

³²⁰³ P. Sedda, « L'internet contestataire. Comme pratique d'émancipation », *Les Cahiers du numérique*, vol. 11, n° 4, 18 février 2016, p. 25.

³²⁰⁴ *Internet et la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*, Travaux parlementaires, 24 mars 2015, http://www.senat.fr/espace_presse/actualites/201503/internet_et_la_loi_du_29_juillet_1881_sur_la_liberte_de_la_presse.html.

³²⁰⁵ M. Siraud, *Ces pétitions devenues virales sur internet*, <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2016/02/24/01016-20160224ARTFIG00318-ces-petitions-devenues-virales-sur-internet.php>, consulté le 25 février 2016.

³²⁰⁶ J. de Rosnay et C. Revelli, *La révolte du pronetariat - Des mass média aux média des masses*, Paris, Fayard, 2006, p. 240.

B. La dénonciation de faits illicites

1057. **Le droit de savoir, une transparence mesurée par le droit** – Le droit de savoir, qu'on l'envisage sous l'angle de l'information imposée ou de l'information justifiée, correspond à la reconnaissance, par la loi ou la jurisprudence, d'un intérêt légitime, un intérêt légitime à obtenir d'autrui une information ou à prendre connaissance d'une information. Le droit de savoir du public résulte de la liberté d'expression dont jouit le salarié-citoyen ainsi que de la liberté d'expression syndicale. Une information d'intérêt général (en anglais : *matter of public interest*) doit pouvoir être publiée, quitte à écarter l'application d'un texte qui ne le permettrait pas³²⁰⁷. Cette notion d'intérêt général ne figure pas dans les textes, mais a été établi par la Cour européenne des droits de l'homme³²⁰⁸. Sa jurisprudence en révèle d'ailleurs de nombreuses applications. Les juges ont pu ainsi prendre en compte une question « intéressant le public »³²⁰⁹, « présentant un grand intérêt pour la société »³²¹⁰, ou « largement débattue dans les sociétés européennes »³²¹¹.

1058. **Citoyens-sentinelles** - L'alerte est un concept assez récent introduit par la pratique du *whistleblowing* aux États-Unis³²¹². « Revendiquant publiquement un combat ou agissant sous couvert d'anonymat, les lanceurs d'alerte peuvent être qualifiés de citoyens-sentinelles plaçant l'éthique au-delà des lois et fixant l'intérêt général au sommet de leurs échelles de valeurs »³²¹³. Grâce à Internet, ils sont plus en plus nombreux à dénoncer les erreurs, à leur niveau, d'un système auquel ils appartiennent, au risque de perdre leur emploi ou d'être mis au ban de la société. Les plus célèbres par leur médiatisation sont Edward Snowden qui a rendu public le programme de surveillance de masse de la NSA ; ou Julien Assange fondateur de *Wikileaks*, site de divulgation d'informations secrètes ; ou plus près de nous, Irène Frachon, pneumologue au CHU de Reims, qui a contribué à révéler le scandale du Médiateur des laboratoires Servier³²¹⁴.

³²⁰⁷ CEDH, 7 juin 2007, *Dupuis et autres c/ France*, n°1914/02.

³²⁰⁸ C. Michalski, « Liberté d'expression et débat d'intérêt général », *AJ pénal*, 2013, p. 19.

³²⁰⁹ CEDH, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c/ France*, n°29183/95.

³²¹⁰ CEDH, 4 déc. 2003, *Gündüz c/ Turquie*, n°35071/97.

³²¹¹ CEDH, 22 déc. 2005, *Paturel c/ France*, n°54968/00.

³²¹² D. Danet et C. Champaud, « Gouvernement d'entreprise. Alerte éthique. Whistleblowing. », *RTD com.*, 2006, p. 406.

³²¹³ F. Bost, L. Carroué, S. Colin, C. Girault, A.-L. Humain-Lamoure, O. Sanmartin et D. Teurtrie, *Images économiques du monde 2016*, *op. cit.*, p. 220.

³²¹⁴ D. Lochak, « L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance », *AJDA*, 2014, p. 2236.

1059. Définitions - Selon la définition du Conseil de l'Europe le lanceur d'alerte désigne : « Toute personne qui fait du signalement ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général dans le contexte de sa relation de travail qu'elle soit dans le secteur public ou privé »³²¹⁵. Souvent il s'agit simplement d'informer les employeurs des agissements irréguliers dont ils ignorent l'existence et qu'ils s'empressent de corriger. Dans d'autres cas, les lanceurs d'alertes peuvent estimer nécessaire de contacter les organes règlementaires ou de contrôle, ou les autorités compétentes. Parfois les lanceurs d'alerte voudront rendre publics ces actes répréhensibles, le plus souvent pas le biais de l'internet et d'autres médias, ou en contactant des groupes de défense de l'intérêt général ou des parlementaires³²¹⁶. L'Assemblée nationale a adopté en première lecture, le 14 juin 2016, le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dit « Sapin II »)³²¹⁷. La définition du lanceur d'alerte y est plus restrictive, il s'agit d'une personne « qui révèle, dans l'intérêt général et de bonne foi, un crime ou un délit, un manquement grave à la loi ou au règlement, ou des faits présentant des risques ou des préjudices graves pour l'environnement ou pour la santé ou la sécurité publiques, ou témoigne de tels agissements. Il exerce son droit d'alerte sans espoir d'avantage propre ni volonté de nuire à autrui ». De par ses limitations susceptibles de différentes interprétations, l'article risque ainsi de ne pas couvrir tous les cas de figure pour lesquels un signalement pourrait être effectué. Le texte organise par ailleurs une hiérarchie dans le temps de l'alerte. Elle peut être adressée à une « personne de confiance » désignée par l'employeur, à défaut au supérieur direct ou à l'employeur. Sans suite donnée « dans un délai raisonnable », l'alerte peut être dirigée vers l'autorité judiciaire, l'autorité administrative, le Défenseur des droits, les instances représentatives du personnel, les ordres professionnels ou une association se proposant d'assister les lanceurs d'alerte. C'est n'est qu'en l'absence de prise en compte par l'un de ces organismes ou d'urgence que l'alerte peut être rendue publique³²¹⁸.

1060. Le droit d'alerte des institutions représentatives du personnel - On peut relever en matière sociale que, depuis longtemps, les salariés français via leurs représentants du personnel disposent d'un droit d'alerte dans l'entreprise institué par

³²¹⁵ Conseil de l'Europe, avril 2014, recommandation 2014/7.

³²¹⁶ S. Slama, « Le lanceur d'alerte, une nouvelle figure du droit public ? », *ADJA*, 2014, p. 2229.

³²¹⁷ *Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique - Sénat*, https://www.senat.fr/espace_presse/actualites/201606/le_senat_examine_la_loi_sapin_2.html, consulté le 1 juillet 2016.

³²¹⁸ M.-C. De Montecler, « Les lanceurs d'alerte sous la protection du Défenseur des droits ? », *Dalloz actualité*, juin 2016.

l'article L. 2313-2 du Code du travail. « Si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur ». Les délégués du personnel peuvent par exemple faire usage de leur droit d'alerte pour faire vérifier que l'employeur n'a pas indûment pris connaissance de messages personnels du salarié stockés sur son ordinateur professionnel³²¹⁹. Une fois informé, l'employeur doit procéder sans délais à une enquête avec le délégué du personnel et doit prendre les mesures nécessaires pour remédier à la situation. En pratique ce droit apparaît toutefois limité par son champ d'action restreint aux libertés individuelles des salariés et à la lutte contre les discriminations. Enfin, même si cela ne lui fait acquérir aucun droit nouveau, le comité d'entreprise s'est récemment vu labellisé « *whistleblower* » à l'article L. 2323-50 et suivant du code du travail avec la création d'une sous-section baptisée « droit d'alerte économique et social et utilisation des aides publiques »³²²⁰.

1061. **L'usage des médias** - Pour pouvoir être entendue, mais aussi en cas d'action en justice, l'alerte doit pouvoir être attestée (écrits, courriels, entretiens, témoins). Une alerte diffusée par l'intermédiaire des médias (nouveaux ou anciens) offre de meilleures chances que les dysfonctionnements soient traités mais elle est également plus risquée³²²¹. En France, seule la loi du 6 décembre 2013 relative au signalement des crimes et délits autorise le recours à la presse. La loi du 16 avril 2013 impose le signalement préalable auprès de l'employeur, les autres lois autorisent un signalement direct aux autorités judiciaires ou administratives. De façon plus générique, la jurisprudence européenne relative à la liberté d'expression prévoit que la diffusion des informations s'opère « d'abord auprès de son supérieur ou d'une autre autorité ou instance compétente », avant que ne s'envisage la divulgation au public « en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement »³²²². Les sanctions prises à l'encontre de salariés ayant critiqué le fonctionnement d'un service ou divulgué des conduites ou des actes illicites constatés sur leur lieu de travail constituent une violation à leur droit d'expression au sens de l'article 10-1 de la Convention européenne des droits de

³²¹⁹ Cass. soc., 26 mai 1999, pourvoi n°97-40.966, Bull. civ., V, n°238.

³²²⁰ C. Frouin, « Aspects stratégiques et opérationnels de la loi Rebsamen », *op. cit.*, p. 4.

³²²¹ W. Benedek et M.C. Kettemann, *Liberté d'expression et internet*, *op. cit.*, p. 122.

³²²² CEDH, 11 juil. 2011, *Heinisch c/ Allemagne*, n°28274/08.

l'homme³²²³. Par un arrêt du 30 juin 2016³²²⁴, la Chambre sociale de la Cour de cassation, dans le prolongement des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, et dans le prolongement de sa propre jurisprudence qui admet la nullité du licenciement ou de toute mesure de rétorsion portant atteinte à une liberté fondamentale du salarié, et affirme pour la première fois qu'« en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression, en particulier au droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, le licenciement d'un salarié prononcé pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales, est atteint de nullité ». Dans une note explicative, la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire précise que cette décision « est de nature à protéger les lanceurs d'alerte, dans la mesure où la chambre sociale instaure cette immunité non seulement lorsque les faits illicites sont portés à la connaissance du procureur de la République mais également, de façon plus générale, dès lors qu'ils sont dénoncés à des tiers »³²²⁵.

1062. **Législation parcellaire** - La législation interne relative au régime juridique du lanceur d'alerte et à sa protection est encore trop parcellaire selon une partie de la doctrine³²²⁶. « Les protections progressivement introduites dans les textes par le législateur restent fragmentaires et à l'évidence insuffisantes pour contrebalancer les pressions expresses ou latentes subies par le fonctionnaire ou le salarié de la part de sa hiérarchie ou de ses pairs : elles ne lui apportent pas les garanties concrètes qui pourraient l'inciter à franchir le pas de la dénonciation sans risque »³²²⁷. Alors que nul ne devrait éprouver de crainte à soulever librement des préoccupations d'intérêt général³²²⁸, le législateur français paraît avoir une démarche pour le moins méfiante. Il n'accorde qu'une protection segmentée par secteur et le lanceur d'alerte ne bénéficie que rarement de l'anonymat. « Lancer une alerte, c'est prendre un risque et s'exposer »³²²⁹.

³²²³ CEDH, 12 fév. 2008, *GUJA c. Moldavie*, n°14277/04.

³²²⁴ Cass. soc., 30 juin 2016, pourvoi n°15-10.557.

³²²⁵ Note explicative : protection des lanceurs d'alerte, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/protection_lanceurs_alerte_30.06.16_34751.html, consulté le 30 juin 2016.

³²²⁶ J. Bouton, « Vers une généralisation du lanceur d'alerte en droit français », *RDT*, 2014, p. 471.

³²²⁷ D. Lochak, « L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance », *op. cit.*, p. 2236.

³²²⁸ Conseil de l'Europe, recommandation CM/Rec(2014)7 sur la protection des lanceurs d'alerte.

³²²⁹ D. Lochak, « L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance », *op. cit.*, p. 2236.

1063. **Extension** - La Cour de cassation reconnaît au salarié la possibilité de dénoncer des faits dont il a eu connaissance dans l'entreprise tout en l'encadrant à la connaissance d'une autorité publique³²³⁰. Mais qu'en est-il des dispositifs internes ? Le principe peut paraître simple : donner au salarié les moyens de s'exprimer de manière confidentielle et rassurante. Mais il se confronte à de nombreuses difficultés légales, culturelles et morales³²³¹. Dans un premier temps, interrogée sur l'application extraterritoriale de la loi SOX³²³² par des filiales françaises d'entreprises nord-américaines, la CNIL a interdit les procédures anonymes internes, pour éviter que le lanceur d'alerte ne devienne un « délateur » ou un « calomniateur »³²³³. Elle estimait que « les dispositifs présentés étaient disproportionnés au regard des objectifs poursuivis et des risques de dénonciations calomnieuses et de stigmatisation des employés objets d'une alerte éthique ». Cette approche défiante à l'égard du droit d'alerte était pour le moins préjudiciable à l'intérêt général³²³⁴. En effet, « protéger le lanceur d'alerte est un impératif parce que, sans lui, nombre d'agissements répréhensibles, de comportements coupables, qu'il est socialement nécessaire de combattre (fraudes fiscales, risques sanitaires, corruption...), ne viendraient jamais à la lumière »³²³⁵. Toutefois, la CNIL a défini, le 10 novembre 2005, les conditions que doivent remplir les dispositifs d'alerte professionnelle pour être conformes³²³⁶. Ainsi, en France, les dispositifs d'alerte professionnelle sont licites, à condition toutefois de respecter les dispositions du Code du travail et de la loi Informatique et Libertés. Le dispositif ne peut avoir qu'un caractère complémentaire, être facultatif et avoir un champ restreint. En 2015, un rapport intitulé « Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique » recommandait notamment d'instaurer devant la CNIL un droit spécifique d'alerte aux salariés des entreprises traitant des données personnelles qui souhaitent signaler des pratiques contraires à la législation ou non-conformes aux engagements pris par le responsable du

³²³⁰ Cass. soc., 14 mars 2000, pouvoir n°97-43.268, Bull. civ., V, n°104.

³²³¹ E. Daoud et É. Bailly, « La Cour de Cassation recadre le périmètre de l'alerte des systèmes d'alerte professionnelle », *Sécurité et stratégie*, vol. 3, n° 1, janvier 2010, p. 75.

³²³² La loi Sarbanes-Oxley, dite SOX, votée en juillet 2002 aux États-Unis, a été mise en place après les scandales des affaires Enron et Worldcom. Cette loi a pour objectif d'accroître la responsabilité des entreprises, de rendre la communication de l'information financière plus fiable et de lutter contre les comportements déviants et frauduleux des entreprises.

³²³³ « CNIL, délibération n°2005-110, 26 mai 2005, relative à la demande d'autorisation de Mc Donald's France pour la mise en œuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle ».

³²³⁴ « Si 75 à 99 % des salariés se taisent dans les pays européens dénués d'une législation spécifique de protection des lanceurs d'alerte, ce pourcentage se réduit à 30 ou 33 % dans les pays dotés d'un véritable droit d'alerte ». M. Meyer, « Le droit d'alerte en perspective: 50 années de débats dans le monde », *AJDA*, n° 39, 24 novembre 2014, p. 2242.

³²³⁵ « La parabole du lanceur d'alerte », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1670, 30 mars 2015.

³²³⁶ (JO n°3, 4 janvier 2006) « Délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle ».

traitement³²³⁷. La Cour européenne des droits de l'homme a su donner le signal de l'extension de la liberté d'expression des employés qui, en conscience, veulent donner l'alerte. Dans l'arrêt *Heinisch c/ Allemagne*³²³⁸, une infirmière gériatrique avait été licenciée pour avoir signalé que l'état des effectifs du foyer où elle était affectée ne permettait plus de garantir les soins d'hygiène des patients. Pour pouvoir constater que le licenciement de l'infirmière avait porté atteinte à son droit à la liberté d'expression, la Cour relève qu'il convient de protéger celui qui utilise des voies externes lorsqu'il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce que les voies internes prévues pour donner l'alerte fonctionnent correctement. Cet arrêt nous montre comment mettre en balance le respect de la réputation de l'employeur, la liberté d'expression des employés et l'intérêt général. « Le fait que le lanceur d'alerte ait révélé des informations au public sans avoir eu recours au système de signalement interne mis en place par l'employeur peut être pris en considération lorsqu'il s'agit de décider des voies de recours ou le niveau de protection à accorder au lanceur d'alerte »³²³⁹. La législation et les instruments internationaux en vigueur ne suffisent manifestement pas encore à assurer la protection efficace que les donneurs d'alerte méritent³²⁴⁰.

1064. **Plateforme à destination des lanceurs d'alerte** - Le Conseil d'État a dévoilé en 2016 un rapport intitulé : « Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger » invitant le législateur à fixer un véritable cadre au profit des lanceurs d'alerte. « Affirmer dans la loi le principe selon lequel toute mesure de représailles prise par l'employeur à l'encontre d'un lanceur d'alerte de bonne foi est frappée de nullité ; dresser une liste indicative la plus complète possible de ces mesures et renvoyer au juge le soin d'apprécier, dans chaque cas d'espèce, si les mesures litigieuses entrent dans ces prévisions »³²⁴¹. L'institution demande à ce qu'un site Internet soit mis à la disposition des personnes qui ne sauraient vers qui se tourner pour dénoncer certains faits. L'institution préconise ainsi « l'adoption d'un socle de dispositions communes applicables à toute personne qui, confrontée à des faits constitutifs de manquement grave à la loi ou porteurs de risques graves, décide librement et en conscience de lancer

³²³⁷ Recommandation n°68, C. Paul et C. Féral-Schuhl, *Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique*, op. cit.

³²³⁸ CEDH, 11 juil. 2011, *Heinisch c/ Allemagne*, n°28274/08, op. cit.

³²³⁹ Council of Europe, Council of Europe et Committee of Ministers, *Protection of whistleblowers: recommendation CM/Rec(2014)7 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 April 2014 and explanatory memorandum.*, 2014.

³²⁴⁰ Assemblée parlementaire et P. Omtzigt, *Améliorer la protection des donneurs d'alerte*, Conseil de l'Europe, 2015, p. 27.

³²⁴¹ Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, La Documentation Française, coll.« Les rapports du Conseil d'État », 2016, p. 70.

une alerte dans l'intérêt général ». Elle recommande également que ce dispositif repose sur « des procédures graduées, sécurisées et largement accessibles ». Afin de favoriser un traitement effectif des alertes par ceux qui en sont destinataires, le Conseil d'État souhaite d'autre part « obliger, dans le secteur public, et (...) inciter, dans le secteur privé, à informer le lanceur des suites données à son alerte », y compris par voie électronique. De manière plus originale, le Conseil d'État conclut que « si aucune suite n'est donnée à ses démarches, le lanceur d'alerte peut divulguer au public les faits qu'il veut signaler ; il peut le faire directement s'il y a une urgence avérée »³²⁴². Reste à savoir quel sort sera réservé à ces propositions.

1065. **Conclusion section** - Internet est un instrument, inédit dans l'histoire de l'humanité, permettant de communiquer publiquement. C'est « le sacre de l'amateur », plein de promesses pour la circulation de l'information et le développement de la culture contemporaine, mais le juriste, lui, est naturellement porté à en redouter les dérives. Le débat a désormais lieu en permanence sur les réseaux sociaux. Les conflits collectifs se trouvent donc transformés puisque le « collectif » s'agrandit considérablement, permettant à chacun de s'informer rapidement, de participer bien au-delà des frontières traditionnelles de l'entreprise. Un des principaux obstacles à la liberté d'expression qui s'érige contre un « droit de savoir » tient à l'existence de secrets sanctionnés par le droit. S'agissant de la dénonciation de faits illicites, les dispositifs d'alerte peuvent permettre plus facilement aux salariés de dénoncer des faits dont ils auraient eu connaissance dans le cadre de leur travail. Si les interrogations sur la licéité de principe des dispositifs d'alerte professionnelle en France sont réglées, le législateur devrait encourager la création de la plateforme permettant de signaler des faits répréhensibles au sein de l'entreprise au-delà des domaines comptable, financier et de lutte contre la corruption, auxquels se limitent les dispositifs d'alerte. On constate en définitive une tension permanente entre extension et pondération du droit de la liberté d'expression, ce qui en fait un droit exceptionnellement mouvant dépendant de l'évolution des solutions techniques de communication. Les syndicats, comme les entreprises, sont confrontés à des problématiques de désintermédiation et à une certaine libéralisation de la parole du salarié. Pour autant, les conversations numériques entretenues par les salariés ne permettent pas systématiquement de créer un véritable dialogue épanoui au sein de l'entreprise notamment parce que règne encore la peur de la sanction. Si on voit

³²⁴² *Ibid.*, p. 17.

apparaître l'émergence de collectifs éphémères, qui viennent cristalliser les conversations, les salariés apparaissent souvent focalisés sur un point en particulier. Sur internet, « quand on a une chose importante à dire, on doit le faire avec une attention particulière : il faut se la dire à soi-même, et après cette précaution, se la redire, de crainte qu'on ait sujet de se repentir, lorsqu'on n'est plus le maître de retenir ce qu'on a déclaré »³²⁴³.

Section 2 Le droit à la réputation de l'entreprise

1066. **E-réputation de l'entreprise** – La réputation est la manière dont quelqu'un ou quelque chose est considéré. Avec l'ère du numérique, la réputation se dématérialise : on parle alors d'e-réputation. Elle désigne la représentation de l'entreprise que les internautes vont se faire à partir des traces à leur disposition sur Internet³²⁴⁴. Ces contenus partagés ont une crédibilité et une capacité d'influence comparable à celle des médias et des supports traditionnels³²⁴⁵. Mais parfois cette réputation est mise à mal par les salariés de l'entreprises qui peuvent par exemple se plaindre de leurs conditions de travail. Des actes qui prennent, par exemple, la forme de commentaires sur des forums ou des sites de critiques tels que glassdoor.fr³²⁴⁶. Alors que les entreprises ont longtemps été les seules à diffuser de l'information au public, aujourd'hui elles se voient concurrencées par les salariés eux-mêmes. On peut alors véritablement qualifier Internet de « contre-pouvoir »³²⁴⁷. Du point de vue de la communication, l'information en ligne peut ainsi offrir à l'organisation la possibilité de s'améliorer en anticipant tout phénomène « viral » ou conflit social. Compte tenu des enjeux liés à l'e-réputation, l'image de marque fait désormais partie intégrante de la valeur des entreprises³²⁴⁸.

³²⁴³ A. Dinouart, J.-J. Courtine et C. Haroche, *L'art de se taire : 1771, 7e édition.*, Grenoble, Editions Jérôme Millon, 2015, p. 40.

³²⁴⁴ P. Boistel, « Réputation : un concept à définir », *Communication & Organisation*, n° 46, n° 2, 30 mars 2015, p. 211.

³²⁴⁵ Internet est devenu le second moyen d'information privilégié par les Français, 20% d'entre eux sont d'abord informés par internet, derrière la télévision (54%). « Baromètre 2016 de confiance des Français dans les media ».

³²⁴⁶ Créé en 2008 aux Etats-Unis, Glassdoor www.glassdoor.fr recueille les avis de salariés sur la façon dont ils ont été recrutés et les salaires dans leurs entreprises. Des photos des locaux peuvent aussi être ajoutées. Les avis publiés sont anonymes. Pour être certain que les internautes-salariés sont légitimes à déposer un avis ou une information sur une entreprise, il leur est demandé de justifier d'une adresse mail professionnelle. Les données collectées sont ensuite mises à disposition gratuitement de tous sur le site afin de les aider à repérer les entreprises qui leur correspondent. Concrètement, chaque entreprise possède une page dans laquelle tous les avis qu'il a reçu de ses collaborateurs sont répertoriés. Les employeurs peuvent profiter des données collectées par Glassdoor pour mieux appréhender la façon dont leurs collaborateurs perçoivent l'entreprise. Ils peuvent ainsi répondre aux éventuelles critiques.

³²⁴⁷ C. Alloing, *[E] réputation : médiation, calcul, émotion*, CNRS Editions, 2016, p. 111.

³²⁴⁸ La réciproque est valable pour les salariés, en particulier pour les candidats à l'embauche. Infra. Partie 1, titre 1, chapitre 2, section 1, le choix de l'exécutant, I : « la collecte des données sur l'exécutant ».

L'adoption d'une politique d'intelligence économique est cruciale pour les entreprises qui mettent en place des stratégies de veille informationnelle pour identifier les acteurs susceptibles de diffuser des commentaires positifs ou négatifs sur leur société³²⁴⁹.

1067. **Le droit à la réputation** – Du point de vue du droit, la protection de la réputation a des liens si étroits avec la liberté d'expression que le deuxième paragraphe de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme l'a spécialement placée sur la liste des objectifs légitimes pondérateurs avant même la protection générale des droits d'autrui³²⁵⁰. Le droit à la réputation a permis de justifier la condamnation d'un journaliste dans un arrêt de la CEDH du 30 mars 2004³²⁵¹. Cet arrêt apporte une exception à la règle suivant laquelle les journalistes sont libres du choix des moyens techniques à utiliser. Il estime, en effet, que compte tenu de l'extrême gravité des faits reprochés, il aurait fallu faire preuve d'une plus grande rigueur et d'une particulière mesure avant d'intégrer l'information dans un bulletin destiné à être diffusé en boucle à l'antenne pendant plusieurs heures. En définitive, s'agissant du droit du travail, quel est l'équilibre entre le droit des internautes à s'exprimer sur leur environnement de travail et le droit à la réputation des entreprises ? Quels sont les outils juridiques dont disposent les entreprises pour préserver leur e-réputation ? La liberté d'expression du salarié s'exerce sous réserve de l'abus de droit (I), caractérisé par des propos injurieux, diffamatoires ou excessifs, tant dans l'entreprise qu'en dehors de celle-ci. En revanche, il est parfois plus difficile d'établir cet abus sur les médias sociaux (II).

I. Abus de droit

³²⁴⁹ Aujourd'hui, pour les entreprises le risque de réputation est considéré comme plus problématique que tous les autres, que ce soit le terrorisme, le risque de change, le risque politique... P. Boistel, « Réputation », *op. cit.*, p. 221.

³²⁵⁰ « L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

³²⁵¹ L'affaire avait trait à la condamnation pour diffamation envers un fonctionnaire public d'un journaliste de la station de radio France-Info et du directeur de Radio France en raison de la diffusion en boucle, 62 fois en 15 heures, d'une information non vérifiée suivant laquelle un adjoint au maire de Paris dans les années 1977-1995 aurait joué quand il était sous-préfet de Pithiviers en 1942-1943 un rôle personnel et actif dans la déportation des juifs à partir des camps d'internement de Pithiviers et de Beaune-la-Rolande. *CEDH, 30 mars 2004, Radio France c/ France, n°53984/00*.

1068. **L'abus de droit** - Le développement des réseaux sociaux a entraîné une prolifération des délits de presse commis sur Internet dont la répression apparaît incertaine. « L'abus de droit joue un rôle particulier en matière de libertés fondamentales, sorte de « *garde-fou* » destiné à éviter les erreurs d'interprétation et à déjouer les manœuvres de ceux qui invoqueraient les droits de l'homme pour mieux les détruire »³²⁵². L'exemple le plus flagrant est celui de l'abus de la liberté d'expression sur les médias sociaux. Certains comportements peuvent constituer des fautes, même si elles sont commises au cours de la vie personnelle du salarié, parce qu'ils constituent un abus de sa liberté ou de ses droits. -Les technologies de l'information et de la communication ne font pas disparaître le droit du salarié à la liberté d'expression, y compris sur ses conditions de travail, mais celui-ci ne doit pas en abuser. « La liberté d'expression des salariés doit être la règle, sous réserve d'abus pénalement, civilement et disciplinairement sanctionnés »³²⁵³. Du point de vue de l'employeur, les médias sociaux servant de support à l'expression du salarié ne changent pas les principes juridiques applicables, mais ils peuvent avoir des conséquences sur les modes de preuve utilisés et l'effectivité de ses pouvoirs. S'agissant du salarié, la dissociation entre la vie privée et la vie professionnelle est remise en cause par la médiatisation de ses opinions. Il faut en outre garder à l'esprit que l'employeur est avant tout un chef d'entreprise et a intérêt à diriger l'activité menée par son entreprise, comme les hommes qui y participent³²⁵⁴.

1069. **Mosaïque de droits** - Si l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen souligne que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme », il précise également que tout citoyen doit également répondre des « abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ». Une mosaïque de droits trouve à s'appliquer pour protéger l'e-réputation de l'entreprise ou de l'employeur qui s'estime victime d'un abus de droit sur Internet (A). Le régime particulier du droit de la presse nourrit le droit du travail à travers les notions de diffamation ou d'injure (B).

A. Application du droit français sur internet

³²⁵² P. Perraki, *La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé européen*, op. cit., p. 402.

³²⁵³ E. Caprioli, « Cybersurveillance des salariés : du droit à la pratique des chartes «informatiques» », op. cit., p. 7.

³²⁵⁴ P. Perraki, *La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé européen*, op. cit., p. 37.

1070. **Considération pour le support** - La loi française a historiquement été conçue pour appréhender toute forme de communication, sans considération pour le support employé. Toutefois, s'agissant des médias sociaux, qui portent très souvent un élément d'extraterritorialité, il convient de s'interroger sur l'application de notre droit national et du régime des différentes atteintes.

1071. **La loi du 29 juillet 1881** - La loi du 29 juillet 1881 s'applique aux communications en ligne. Votée il y a 134 ans sous la IIIe République, la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse définit les libertés et responsabilités de la presse française, imposant un cadre légal à toute publication, ainsi qu'à l'affichage public, au colportage et à la vente sur la voie publique. Elle est originellement destinée aux professionnels de la communication (presse, éditeurs, médias) pour encadrer leurs activités³²⁵⁵. Mais internet a bouleversé le journalisme autant que les conditions d'exercice, pour tout un chacun, de la liberté d'expression³²⁵⁶. Hier, les journalistes transmettaient l'information, aujourd'hui les internautes reçoivent mais aussi produisent de l'information. « Tout citoyen est un reporter en puissance, un capteur en temps réel. Aucune agence de presse ne peut poster un journaliste à chaque coin de rue. L'émergence de citoyens reporters est inéluctable »³²⁵⁷. Ces derniers sont donc également soumis au droit de la presse.

1072. **Responsabilité du directeur de publication** - La responsabilité tant civile que pénale du blogueur peut être recherchée du fait du contenu de son blog³²⁵⁸, et il lui appartient par conséquent d'être particulièrement vigilant quant aux différentes contraintes législatives applicables en la matière³²⁵⁹. Le blog relève d'une part du droit de la presse et donc de la loi du 29 juillet 1881, et d'autre part, puisqu'il s'agit d'un moyen de communication au public en ligne, il relève également de la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004³²⁶⁰. Tout comme une publication de presse papier doit avoir un directeur de la publication, il en est de même pour un site Internet³²⁶¹. « Tout service de communication au public par voie électronique est tenu

³²⁵⁵ CNCDDH, « Avis sur la lutte contre les discours de haine sur internet, JORF n°0158, 10 juillet 2015 texte n° 125 ».

³²⁵⁶ « Internet et la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, Travaux parlementaires, 24 mars 2015 », *op. cit.*

³²⁵⁷ J. de Rosnay et C. Revelli, *La révolte du pronetariat - Des mass média aux média des masses*, *op. cit.*, p. 119.

³²⁵⁸ Cass. Ière civ., 6 oct. 2011, pourvoi n°10-18.142, Bull. civ., I, n°159.

³²⁵⁹ P. Didier, « Blog financier, rumeurs et crise », *Rev. sociétés*, 2014, p. 263.

³²⁶⁰ « Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique », *op. cit.* (JO, n°143, 22 juin 2004, p. 1168).

³²⁶¹ E. Dreyer, « Nouvelle responsabilité du producteur sur internet », *D.*, 2013, p. 160.

d'avoir un directeur de la publication »³²⁶². Sur le plan pénal, le blogueur engage sa responsabilité quant à ce qu'il écrit lui-même sur son blog ou sa page *Facebook*. Mais il peut aussi, dans certains cas, être tenu pour responsable des commentaires éventuellement faits par les participants à son blog. Suivant l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 : « au cas où l'une des infractions prévues par (...) la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est commise par un moyen de communication au public par voie électronique, le directeur de la publication (...) sera poursuivi comme auteur principal, lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public ». Les initiateurs de l'expression directe, par exemple sur un blog ouvert aux commentaires³²⁶³, doivent être réellement en mesure d'administrer l'outil de recueil mis en place. Il s'agit d'une des limites à organiser l'expression directe qui nécessite des moyens humains pour modérer les commentaires qui caractériseraient un abus.

1073. Territoire de commission de l'infraction - Depuis plusieurs années, la liberté d'expression et la liberté de la presse évoluent à grande vitesse, trouvant sur Internet un espace d'expression illimité et sans frontières, dont le cadre juridique est encore en évolution. Pour autant, aucun texte, accord ou convention internationale ne désigne la compétence du tribunal et la législation applicable aux délits de presse commis à partir ou grâce au réseau. Le juge français a dû déterminer si le fait qu'un site proposant un contenu en infraction avec la loi soit accessible depuis la France suffisait pour considérer que l'infraction avait été commise sur le territoire³²⁶⁴. Les juridictions pénales ont considéré que l'accessibilité depuis la France du site internet suffisait à fonder la compétence du juge français. En effet, selon l'article 113-2 du Code pénal « la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ». On peut en déduire que la loi pénale française s'applique dès lors que la réception par l'utilisateur sur le territoire

³²⁶² « Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle - Article 93-2 » (JO, 30 juillet 1982, p. 2431).

³²⁶³ Le blog « SFR en colère » <http://sfrencolere.canalblog.com/> est une initiative prise en 2007 par l'intersyndicale du centre d'appels de Toulouse (CFDT, CGT, UNSA), qui a fait suite aux conflits générés par l'annonce de la direction d'externaliser 1900 conseillers clientèles des centres d'appel de SFR en France. Le blog a permis l'expression des salariés à un moment de grande tension (728 utilisateurs déclarés, et plus de 18000 messages). Cette expression des salariés via le blog – fortement suivie et relayée par les médias – a fait de « SFR en colère » un puissant outil de médiatisation du conflit, dépassant nettement l'audience des outils de communication interne. Toutefois, alors qu'il voyait son audience se confirmer, le blog n'a pas réellement servi à bâtir une plateforme de négociation sur la base des rapports de force qu'il avait suscité : prises dans une radicalisation du conflit marqué par des débordements et diffamations que les modérateurs – faute de moyens – ne parvenaient plus à contenir.

³²⁶⁴ J. Huet et E. Dreyer, *Droit de la communication numérique*, op. cit., p. 79.

français constitue un élément de l'infraction. S'agissant de la compétence des juridictions françaises, le tribunal de grande instance de Paris a déclaré abusive une clause de compétence signée par les utilisateurs de *Facebook* et précisant que, en cas de litige, seul un tribunal de Californie (État américain où est domicilié le réseau social) est compétent³²⁶⁵. La Cour d'appel de Paris a confirmé, le 12 février 2016, la compétence de la justice française pour juger le réseau social³²⁶⁶.

B. Les conséquences de l'abus

1074. **L'abus** - La limite à la liberté d'expression est atteinte dès lors que les propos tenus relèvent de la diffamation ou de l'injure (1). Une attitude trop critique du salarié peut alors constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, surtout si l'objectif recherché est de déstabiliser l'entreprise (2).

1) Qualification pénale

1075. **La diffamation** - Comme toute personne, le salarié encourt les peines prévues par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et par le Code pénal, en cas de diffamation ou d'injure. L'hypothèse la plus importante est celle de la diffamation, infraction prévue par l'article 29 alinéa 1 de la loi de 1881. Il s'agit de : « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés ». La diffamation concerne les personnes physiques ou morales, et ne sera pas retenue si les propos visent un produit. Bien que la diffamation existe depuis longtemps, les médias sociaux exacerbent

³²⁶⁵ « Si le service proposé est gratuit pour l'utilisateur, la société Facebook retire des bénéfices importants de l'exploitation de son activité, via notamment les applications payantes, les ressources publicitaires et autres (...). Sa qualité de professionnel ne saurait être sérieusement contestée et il n'est pas plus contestable que le contrat souscrit est un contrat d'adhésion sans aucune latitude autre que l'acceptation ou le refus ». *TGI Paris, 5 mars 2015, Frédéric X c/ Facebook Inc.*

³²⁶⁶ *CA Paris, 12 fév. 2016, Facebook.*

cette problématique en facilitant à la fois la commission de cette faute, sa preuve et en étendant sa diffusion³²⁶⁷.

1076. **Exception de vérité** - En matière de diffamation, l'intention coupable est présumée³²⁶⁸. Il appartient donc à l'auteur des propos prétendument diffamatoires d'apporter la preuve de sa « bonne foi ». En outre, si la preuve des faits jugés diffamatoires est rapportée, l'auteur de la diffamation peut être relaxé en vertu du principe « d'exception de vérité ». Il conviendra d'apporter la preuve de la vérité des faits mais également celle de la légitimité du propos relatant le fait diffamatoire. Les éléments de preuve doivent avoir une origine licite, transparente et devaient être en la possession de l'auteur de la diffamation au moment de l'infraction³²⁶⁹.

1077. **Définition de l'injure** - Aux termes l'article 29 alinéa 2 de loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881, l'injure est définie comme : « Toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait ». « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés ». A l'inverse de la diffamation, l'injure ne repose sur aucun fait, il n'est donc pas question de prouver la véracité des propos injurieux allégués. Lorsque l'élément de publicité fait défaut, les imputations injurieuses peuvent caractériser le délit d'injure non publique, prévu et réprimé par l'article R. 621-2 du Code pénal.

1078. **Excès du « langage syndical »** - Le développement d'internet a permis l'apparition de nouvelles formes d'expression offrant la possibilité aux (anciens) salariés de dire ce qu'ils pensent de leur entreprise, parfois virulemment. Ces pratiques ne sauraient se développer en dehors des limites exposées. L'action en responsabilité civile a ainsi été accueillie à l'encontre d'anciens salariés ayant diffusé des propos injurieux,

³²⁶⁷ Conférence des arbitres du Québec, « Mes amis facebook, moi et mon emploi », *op. cit.*, p. 105.

³²⁶⁸ Art. 35 bis de la loi du 29 juillet 1881. « Ordonnance du 6 mai 1944 relative à la répression des délits de presse. »

³²⁶⁹ « Conditions d'admission de l'offre de preuve de la vérité des faits diffamatoires – CA Paris, 8 juillet 1993, n° 08-07-1993 », *D.*, 1994, p. 194.

diffamatoires ou excessifs sur leur blog³²⁷⁰. Il en va de même s'agissant des propos diffusés sur le site internet d'un syndicat. La Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel d'avoir considéré que « s'il est certain que le langage syndical justifie la tolérance de certains excès à la mesure des tensions nées de conflits sociaux ou de la violence qui parfois sous-tend les relations de travail, il n'en reste pas moins qu'excèdent la mesure admissible dans un tel cadre et présentent un caractère injurieux des propos tels que « pâtre vieux », « givré », « plus barge que ça tu meurs », « dingue doublé d'un sadique » »³²⁷¹. En revanche, la Cour d'appel de Paris a considéré que la mise en ligne de termes tels que « serial licencié », « c'est le règne des petits chefs », « la direction avait tenté d'escroquer les salariés sur les 35 heures » ou « de jeunes cadres dynamiques au sourire ultra-bright, les dents qui rayent le parquet », n'excèdent pas « les limites de la polémique admissible en matière d'expression syndicale, dans le contexte d'un climat social tendu marqué par l'annonce de nombreux licenciements ou départs volontaires pour les sociétés du groupe en cause »³²⁷².

1079. Assignation obligatoire du directeur de la publication - Dans le cadre d'une action fondée sur des infractions de presse, l'assignation ne peut pas être dirigée exclusivement contre une société ou un syndicat. C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 14 janvier 2016³²⁷³ confirmant la décision de la cour d'appel de Toulouse qui avait jugé irrecevables les demandes formées contre la société éditrice du site internet, pour la diffusion de propos considérés comme diffamatoires et injurieux. Cette conclusion se fonde sur la loi du 29 juillet 1982 relative à la communication audiovisuelle qui exclut la responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions prévues à la loi du 29 juillet 1881. Les personnes morales ne peuvent donc être tenues qu'à titre de civilement responsables des agissements commis par les personnes limitativement énumérées par l'article 93-3 de cette loi, seules susceptibles d'engager leur responsabilité en qualité d'auteur ou de complice des infractions prévues par la loi du 29 juillet 1881. Toute personne physique ou morale qui s'estime injustement mise en cause dans un service de communication au public par voie

³²⁷⁰ TGI Paris, 16 oct. 2006, n°06/08820.

³²⁷¹ Cass. crim., 10 mai 2005, pourvoi n°04-84.705, Bull. crim., n°144.

³²⁷² CA Paris, 14e ch., 12 mai 2004, n° 2004/00799.

³²⁷³ Cass. 1ère civ., 14 janv. 2016, pourvoi n°14-28.327, inédit.

électronique, devra diriger son action contre le directeur de publication, et n'impliquer la personne morale éditrice qu'à titre de civilement responsable³²⁷⁴.

1080. Prescription sur internet - Il convient également de considérer le régime de prescription des délits de presse à la spécificité d'internet. En effet, Internet accroît la persistance des contenus dans l'espace public et les rend plus accessibles. « Les systèmes dits pertinents de suggestion de termes et de mots clés sont susceptibles de faciliter, si ce n'est d'entraîner, la diffusion de propos susceptibles de constituer une infraction. L'utilisation des algorithmes sur les réseaux sociaux entraîne également une large rediffusion. (...) Ces systèmes se fondant sur l'influence potentielle d'un message, plus ce dernier est vu, plus sa durée de vie et sa mise en valeur par le réseau sera prolongée »³²⁷⁵. S'il souhaite agir devant les juridictions pénales l'employeur devra être rapide car les délits d'information sont prescrits civilement et pénalement au bout de trois mois³²⁷⁶. A ce titre, le rapport du Sénat, sur « L'équilibre de la loi du 29 juillet 1881 à l'épreuve d'Internet », suggère d'allonger le délai de prescription à un an pour les délits de diffamation, d'injures et de provocation à la discrimination, commis sur internet. Il propose également de reporter le point de départ du délai de prescription au dernier jour de diffusion d'un message ou, à défaut, considérer l'amélioration de la publicité d'un message comme une mise à jour de ce dernier et reporter en conséquence le point de départ du délai de prescription à celle-ci³²⁷⁷. Malgré la prescription de l'action pénale, l'employeur pourra sanctionner le salarié. En effet, dans un arrêt en date du 13 juin 2006, la Cour de cassation a précisé qu'en « matière de licenciement, la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse n'est pas applicable au fait constitutif d'un abus de la liberté d'expression commis par un salarié dans l'exécution de son contrat de travail ». Ainsi, le licenciement d'un salarié pour faute grave est justifié dès lors que celui-ci a proféré des accusations à caractère diffamatoire à l'encontre de son supérieur hiérarchique, abusant ainsi de sa liberté d'expression³²⁷⁸. Pour la Cour de cassation les

³²⁷⁴ E. Dreyer, « Droit de la presse », *D.*, 2016, p. 277.

³²⁷⁵ *L'équilibre de la loi du 29 juillet 1881 à l'épreuve d'Internet, Rapport d'information n°767*, Sénat, commission des lois, 2016, p. 70.

³²⁷⁶ Depuis le 9 mars 2004, l'article 45 de la Loi Perben II instaure un délai de prescription d'un an à compter de la première publication dans certains cas. « Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *op. cit.* (JO n°59, 10 mars 2004, p. 4567).

³²⁷⁷ Propositions 7 et 8, *L'équilibre de la loi du 29 juillet 1881 à l'épreuve d'Internet, Rapport d'information n°767, op. cit.*, p. 5.

³²⁷⁸ En l'espèce, une salariée, psychologue au sein d'une association intervenant dans le cadre de la protection juridique de la jeunesse, a indiqué à son chef de service et à deux délégués du personnel que leur nouveau directeur avait dû quitter son précédent poste à raison de faits de harcèlement sexuel et moral sur des secrétaires placées sous sa responsabilité. Ces propos diffamatoires étant de nature à jeter le discrédit sur l'association qui venait d'employer le nouveau directeur, la salariée a été

garanties prévues par la loi sur la presse ne peuvent pas être invoquées par un salarié licencié pour abus de la liberté d'expression.

2) Cause réelle et sérieuse de licenciement

1081. Sanctions de l'abus de la liberté d'expression - L'exercice de la liberté d'expression des salariés, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'entreprise ne peut justifier un licenciement ou une sanction que s'il dégénère en abus. Lorsqu'il est constitué, l'abus est passible d'une sanction disciplinaire. Les mesures prises par l'employeur peuvent aller de la simple observation au licenciement pour faute grave, selon la gravité des agissements du salarié conformément aux dispositions légales ou conventionnelles³²⁷⁹. L'attitude critique du salarié peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, en particulier quand l'objectif recherché est de déstabiliser l'entreprise³²⁸⁰. L'abus de la liberté d'expression peut être caractérisé par les accusations mensongères formulées avec l'intention de nuire à l'employeur³²⁸¹ ou par des propos blessants et des allusions diffamatoires³²⁸².

1082. Le dénigrement – Si la notion d'abus est largement illustrée par la jurisprudence, elle n'est pas définie. L'abus peut être caractérisé en cas de dénigrement qui consiste à porter atteinte à l'image de l'entreprise, et qui excède en tout état de cause le raisonnable. La cour d'appel de Versailles considère que « le dénigrement consiste à porter atteinte à l'image de marque d'une entreprise ou d'un produit désigné ou identifiable afin de détourner la clientèle, en usant de propos ou d'arguments répréhensibles ayant ou non une base exacte, diffusés ou émis en tout cas de manière à toucher les clients de l'entreprise visée, concurrente ou non de celle qui en est l'auteur »³²⁸³. L'*exceptio veritatis* n'est pas, en principe, retenue dans le cadre du dénigrement, contrairement au cas de la diffamation où elle est prise en compte³²⁸⁴. La divulgation d'une information, même exacte, de nature à jeter le discrédit

licenciée pour faute grave, sans qu'aucune des garanties prévues par la loi de 1881 n'ait à s'appliquer. *Cass. 1ère civ., 13 juin 2006, pourvoi n°03-47.580, Bull. civ., I, n°305.*

³²⁷⁹ E. Walle et S. Savaïdes, « L'e-réputation sous le prisme du droit du travail », *op. cit.*, p. 26.

³²⁸⁰ *Cass. soc., 25 janvier 2000, pourvoi n°97-45.044, Inédit.*

³²⁸¹ *Cass. soc., 7 oct. 1997, pourvoi n°93-41.747, Bull. civ., V, n°303.*

³²⁸² *Cass. soc., 14 janv. 2003, pourvoi n°00-43.879, Bull. civ., V, n°7.*

³²⁸³ *CA Versailles, 9 sept. 1999, n°1998-2345.*

³²⁸⁴ *Cass. com., 28 sept. 2010, pourvoi n°09-66.255, Bull. civ., IV, n°146.*

constitue un dénigrement³²⁸⁵. En participant à des propos échangés sur Facebook, propos dénigrants envers son employeur et incitant à la rébellion contre sa hiérarchie, une salariée abuse de son droit d'expression et nuit à l'image de sa société en raison des fonctions qu'elle exerce en sa qualité de chargée de recrutement. En conséquence son licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse et est constitutif d'une faute grave³²⁸⁶.

1083. Propos excessifs et injurieux - Le salarié doit faire bien attention à mesurer ses propos dans les messages qu'il adresse directement ou indirectement à l'employeur, quand bien même il estimerait être dans son bon droit. Dans un arrêt d'espèce du 12 février 2016, un salarié avait contesté un avertissement en accusant son employeur de faits extrêmement graves et dans des termes assez agressifs³²⁸⁷. La Cour de cassation rejette le pourvoi et les deux arguments du salarié, « attendu qu'ayant constaté que le salarié avait proféré des propos injurieux et diffamatoires à l'égard du gérant de la société, la cour d'appel a pu retenir qu'ils excédaient la liberté d'expression du salarié ; que le moyen n'est pas fondé ». Lorsque le salarié s'adresse par courriel à son supérieur hiérarchique il devra notamment veiller à son expression et éviter l'utilisation de tournures « sarcastiques, ironiques et injurieuses »³²⁸⁸.

1084. L'excuse de provocation – Le salarié peut-il se prévaloir de l'excuse de provocation ? La Cour de cassation s'inspire du droit pénal pour dire qu'il n'y a pas d'abus lorsque le salarié ne fait que répondre à des propos qui l'ont personnellement mis en cause³²⁸⁹. L'auteur de propos injurieux peut ainsi s'exonérer de sa responsabilité en réclamant l'application du cadre légal de l'excuse de provocation³²⁹⁰. S'agissant du droit social, la Cour de cassation estime que les insultes d'un salarié à l'encontre de son employeur peuvent être mises au compte de l'état d'exaspération et de fragilité psychologique dans lequel il se trouvait, lié aux vicissitudes des relations professionnelles qu'il entretenait avec son supérieur³²⁹¹. La justice pourrait ainsi prendre en compte les circonstances particulières dans lesquelles les propos ont été échangés sur

³²⁸⁵ Cass. soc., 4 fév. 1997, pourvoi n°96-40.678, inédit, op. cit.

³²⁸⁶ A. Astaix, « Facebook : dénigrement de l'employeur par le salarié – CPH de Boulogne-Billancourt, 19 novembre 2010, n° 10/00853 », *D.*, 2010, p. 2846.

³²⁸⁷ Cass. soc., 12 fév. 2016, pourvoi n°14-24.886, inédit.

³²⁸⁸ CA Aix-en-Provence, 4 octobre 2012, n°11/00348.

³²⁸⁹ A. Viottolo, « Du bon usage de la liberté d'expression », op. cit., p. 29.

³²⁹⁰ J.-J. Touati, *Le motif de licenciement à la loupe*, Wolters Kluwer France, 2004, p. 237.

³²⁹¹ Cass. soc., 17 juin 2009, pourvoi n°08-41.663, inédit.

un intranet. Les juges peuvent ainsi apprécier la coutume du service, un « milieu professionnel où la familiarité et la plaisanterie facile étaient coutumières »³²⁹². Les juges peuvent enfin prendre en compte le caractère non public de l'injure³²⁹³. La difficulté, c'est que la limite entre ce qui relève de la sphère publique et la sphère non publique n'est pas toujours aisément déterminable (en particulier sur les médias sociaux). La confidentialité des propos tenus pourra également être un élément susceptible de dégager le salarié de sa responsabilité, par exemple si le courriel ne s'adresse qu'à un nombre limité de personnes³²⁹⁴.

II. Établir l'abus sur les médias sociaux

1085. **Travail et hors-travail** - Depuis la première révolution industrielle, on a observé un mouvement de séparation graduelle des sphères du travail et du hors-travail : ce mouvement a amené les employeurs à évoluer d'une forte intervention dans la vie hors-travail des salariés à une position de retrait, conçue comme « scientifique » et caractérisée par le « mythe de la séparation » entre les sphères. Les innovations technologiques des années 1990 et 2000 ont au contraire amorcé une tendance au brouillage des frontières³²⁹⁵. Jusqu'à l'émergence d'internet, il y avait une parfaite superposition entre la forme d'expression, le moyen technique employé et le régime juridique. La presse régie par loi du 29 juillet 1881 était ainsi diffusée sous la forme de journaux imprimés, les communications téléphoniques régies par le code des postes et télécommunications passaient par le réseau téléphonique de France télécom, enfin, les communications audiovisuelles régies par la loi du 30 septembre 1986 transitaient par les ondes de la radio et de la télévision. L'émergence d'internet, qui a démultiplié les possibilités de l'information, a remis en cause ces distinctions traditionnelles, puisque le même médium permet de diffuser des contenus relevant de la correspondance privée, du droit de la presse, etc.³²⁹⁶. Ces spécificités conduisent à s'interroger, d'une part, sur ce qui relève du droit à l'information et de la vie privée (A) et, d'autre part, sur l'efficacité des mesures prises à l'encontre des contenus portant atteinte à la réputation de

³²⁹² Cass. soc., 8 oct. 1992, pourvoi n°91-43.526, inédit.

³²⁹³ Cass. soc., 17 fév. 1998, pourvoi n°95-42.049, inédit.

³²⁹⁴ Supra. Partie 2, titre 1, chapitre 1, section 1, II, A : « le caractère public des médias sociaux ».

³²⁹⁵ A. Ollier-Malaterre, *Gérer le hors-travail?*, op. cit., p. 98.

³²⁹⁶ « Internet et la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, Travaux parlementaires, 24 mars 2015 », op. cit.

l'entreprise notamment lorsque l'auteur des allégations n'est pas directement identifiable (B).

A. Le caractère public des médias sociaux

1086. **Une condition *sine qua non*** - La vie privée, en matière de communications, est protégée par le secret des correspondances privées et l'interdiction des interceptions de télécommunications, telles les écoutes téléphoniques. Les communications en lignes mettent au défi ces réglementations compte tenu de la pluralité de leurs fonctionnalités. La plupart des moyens numériques contemporains sont multitâches (partage d'informations entre groupes de nature différente, publication instantanée d'informations en commun, fêtes, événements, communications vocales et vidéos à partir de logiciels de type Skype, etc.)³²⁹⁷. Un salarié peut utiliser un courriel pour envoyer à une seule personne un message strictement privé ou s'en servir pour diffuser des messages à un grand nombre de destinataires³²⁹⁸. Alors que le caractère public apparaît comme une condition *sine qua non* pour établir un abus dans la liberté d'expression du salarié qu'il s'agisse d'établir une faute ou une infraction de presse, quel que soit le support de l'écrit (papier, internet, etc.), les salariés peuvent légitimement se demander s'ils peuvent ajouter leurs collègues en amis sur *Facebook*. Pour la jurisprudence sociale il n'y a pas de publicité dès lors qu'ils ont été tenus sur un espace privé (1) alors que la chambre criminelle s'appuie plus volontairement sur la notion de « communauté d'intérêts » entre les destinataires (2).

1) Correspondance privée en ligne

1087. **Messages privés** - Depuis l'arrêt Nikon³²⁹⁹ le secret des correspondances est fermement protégé, l'employeur ne pouvant prendre connaissance de messages personnels émis par le salarié et reçus par lui. Le courriel envoyé par le salarié de sa messagerie personnelle, en dehors du temps et du lieu de travail, à l'adresse électronique personnelle d'un collègue de travail revêt un caractère purement privé³³⁰⁰. L'employeur ne peut donc se fonder sur son contenu pour licencier le salarié alors même que les

³²⁹⁷ A. Bensoussan, « Vie privée – vie personnelle », *Gaz. Pal.*, n° 22, 22 janvier 2011, p. 3.

³²⁹⁸ F. Fourment, « Chronique de jurisprudence de droit de la presse », *Gaz. Pal.*, n° 171, juin 2013, p. 14.

³²⁹⁹ *Cass. soc.*, 2 oct. 2001, pourvoi n°99-42.942, *Bull. civ.*, V, n°291, *op. cit.*

³³⁰⁰ *Cass. soc.*, 26 janv. 2012, pourvoi n°11-10.189, *inédit.*

propos qui étaient tenus à l'égard de la supérieure hiérarchique excédaient ce qu'autorise la liberté d'expression. L'abus était donc caractérisé, mais il ne pouvait être sanctionné³³⁰¹. Les réseaux sociaux contribuent à renouveler la jurisprudence sur la délimitation de l'espace public et de l'espace privé d'expression. On peut dès lors s'interroger : la jurisprudence Nikon s'applique-t-elle aux messages échangés sur des réseaux sociaux ? Doit-on par exemple considérer *Facebook* comme un espace public ou comme un espace privé ?³³⁰²

1088. Reproductibilité du message et preuve – La Cour de cassation considère qu'il est possible de produire pour une personne les SMS dont elle est destinataire, puisque l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés sur l'appareil récepteur³³⁰³, mais à l'inverse « les expressions diffamatoires contenues dans une correspondance personnelle et privée, visant une personne autre que le destinataire du message qui les contient », ne sont pas punissables sauf « si cette correspondance a été adressée dans des conditions exclusives de tout caractère confidentiel ». Celles-ci doivent être démontrées. Ainsi un courriel adressé à une personne, mettant en cause un tiers et qui revêt « le caractère d'une correspondance personnelle et privée » ne perd pas son caractère confidentiel, lorsque le destinataire du message porte le message à la connaissance de tiers qui s'estiment diffamés³³⁰⁴. Parce qu'il faut prouver l'atteinte aux intérêts de l'entreprise, il convient de matérialiser le fait que les propos injurieux ou diffamants ont eu une portée publique. Or une simple capture d'écran ne saurait apporter la preuve d'éléments de configuration d'un profil *Facebook*³³⁰⁵.

1089. Communication privée ou publique – En droit du travail, plusieurs juridictions du fond ont eu à connaître de messages très critiques, parfois même injurieux ou diffamatoires, tenus par des salariés à l'encontre de leur employeur sur les médias sociaux. Ce qui relevait jusqu'à présent de conversations privées est devenu visible par tous, ou du moins par tous les contacts ou amis de l'internaute. L'enjeu essentiel est de déterminer leur audience. S'ils sont analysés comme des correspondances privées, ils relèvent de la sphère de la vie personnelle et ne peuvent donner lieu à aucune sanction. S'ils sont analysés comme des propos publics, ils peuvent constituer le fondement de

³³⁰¹ G. Loiseau, « La liberté d'expression du salarié », *op. cit.*, p. 396.

³³⁰² C. Manara, « Des injures proférées sur des réseaux sociaux ne sont pas forcément publiques », *Dalloz actualité*, avril 2013.

³³⁰³ *Cass. soc.*, 23 mai 2007, pourvoi n°06-43.209, *Bull. civ.*, V, n°85, *op. cit.*

³³⁰⁴ *Cass. crim.*, 14 mai 2013, pourvoi n°12-84.042, *Bull. crim.* 2013, n°105.

³³⁰⁵ G. de Malafosse, « Actualité sur l'aspect probatoire des licenciements Facebook », *LPA*, n° 122, juin 2014, p. 9.

sanctions disciplinaires, allant jusqu'au licenciement. Cette problématique n'est toutefois pas née avec les réseaux sociaux. Dans un arrêt du 22 juin 2006³³⁰⁶, une salariée, ancienne candidate au CE, avait été licenciée quelques jours après l'expiration de son statut protecteur. Il lui était reproché d'avoir apposé sur le balcon de son domicile une banderole sur laquelle il était écrit : « Coupable...non, victime...oui, une salariée de l'ASSAD ». La Cour de cassation valide la sanction : « Cette banderole mettant en cause publiquement et nommément son employeur caractérise un abus de la liberté d'expression ». Cette solution rappelle que des propos tenus en dehors de l'entreprise ne protègent pas du licenciement dès lors qu'ils sont exprimés publiquement (que cela soit sur son domicile ou devant son ordinateur). Toutefois, sur les plateformes sociales, la limite entre ce qui relève de la sphère privée et ce qui relève de la sphère publique n'est pas toujours aisément déterminable.

1090. **Public à défaut de paramétrage spécifique** - *Facebook* est un espace public à défaut de paramétrage spécifique destiné à en limiter l'accès tant de la part de l'émetteur du message que de la part de son destinataire³³⁰⁷. « Le réseau *Facebook* doit être nécessairement considéré, au regard de sa finalité et de son organisation (créer un maillage relationnel destiné à s'accroître pour permettre d'échanger), comme un espace public. Il appartient en conséquence à celui qui souhaite conserver la confidentialité de ses propos, soit d'adopter les fonctionnalités idoines offertes par le site, soit de s'assurer préalablement auprès de son interlocuteur qu'il a limité l'accès à son mur »³³⁰⁸. En l'espèce, la salariée ne peut soutenir que sa conversation était privée alors qu'elle était affichée sur le « mur » et non en conversation privée via la messagerie individuelle *Facebook*³³⁰⁹. En outre, l'usage par la salariée de propos violents et excessifs à l'égard de son employeur caractérisait l'abus de la liberté d'expression. Le licenciement reposait donc sur une cause réelle et sérieuse. Dans un autre arrêt d'espèce, les juges du fond ont considéré que les propos étaient publics dès lors que le profil était ouvert aux « amis et leurs amis »³³¹⁰.

³³⁰⁶ Cass. soc., 22 juin 2011, pourvoi n°10-10.856, inédit.

³³⁰⁷ C. Manara, « Des injures proférées sur des réseaux sociaux ne sont pas forcément publiques », *op. cit.*

³³⁰⁸ CA Besançon, 15 nov. 2011, n°10/02642.

³³⁰⁹ La salariée avait été licenciée après avoir écrit sur le « mur » Facebook d'un ami : « ils méritent juste qu'on leur mette le feu à cette boîte de merde ».

³³¹⁰ CPH. Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, n° 10/00853.

1091. **Mur d'un « ami »** - Pour la Cour d'appel de Reims, il convient également d'être particulièrement vigilant lorsqu'on publie sur le mur d'un « ami ». En l'espèce, un journaliste avait été sanctionné par un avertissement pour « propos injurieux et diffamatoire » après avoir écrit sur son temps et lieu de travail sur le mur *Facebook* d'une collègue : « Notre chef, il est vraiment autiste, non ? Tu ne connaîtrais pas un centre spécialisé où on pourrait le soigner ? D'ailleurs, est-ce que la connerie se soigne ? ». Pour les juges du fond, le compte du salarié était certes limité à ses « amis », mais en publiant sur le « mur » d'une collègue dont il ne connaissait pas le paramétrage, il s'est exposé à ce que le « mur » de sa collègue soit libre d'accès. Ainsi, le message ne pouvait pas être qualifié de correspondance privée mais se rapprochait d'une communication publique sur « un forum de discussion », contrairement à un message envoyé sur la boîte mail individuelle. Toutefois, aucun nom n'avait été indiqué et il existait une ambiguïté sur la personne visée. Les faits reprochés ne constituaient donc pas un manquement susceptible d'être sanctionné, l'avertissement fut annulé.

1092. **Conclusion** - En définitive, en l'état actuel de la jurisprudence sur *Facebook*, il convient de retenir que les propos échangés sont publics lorsqu'il sont ouverts à tous ou à un grand nombre de personnes, privés lorsqu'ils sont partagés avec un groupe restreint de personnes choisies par l'utilisateur. Cette jurisprudence peut également s'appliquer aux publications sur d'autres plateformes comme Twitter dont les publications sont publiques par défaut au même titre qu'un article sur un blog sauf restrictions choisies par l'utilisateur. Dans un arrêt du 5 janvier 2017, la chambre civile de la Cour de cassation a confirmé la règle : un ami Facebook peut être un ami, mais tous les amis Facebook ne sont pas des amis³³¹¹. En attendant de nouvelles précisions de la Cour de cassation, il convient de se méfier de ses « amis » et des « amis de ses amis »³³¹². La Cnil incite à ce titre les réseaux sociaux à rendre leurs paramètres de confidentialité plus clairs, accessibles et complets³³¹³.

³³¹¹ La cour d'appel a retenu que le terme d'«ami» employé pour désigner les personnes qui acceptent d'entrer en contact par les réseaux sociaux ne renvoie pas à des relations d'amitié au sens traditionnel du terme et que l'existence de contacts entre ces différentes personnes par l'intermédiaire de ces réseaux ne suffit pas à caractériser une partialité particulière, le réseau social étant simplement un moyen de communication spécifique entre des personnes qui partagent les mêmes centres d'intérêt, et en l'espèce la même profession. *Cass. civ. 2, 5 janv. 2017, pourvoi n°16-12.394, en cours de publication.*

³³¹² C. Balagué et D. Fayon, *Réseaux sociaux et entreprise : les bonnes pratiques : Facebook, Twitter, Google +, LinkedIn, YouTube...*, Pearson, 2011, p. 65.

³³¹³ La Cnil relève le faible degré de maîtrise des paramètres permettant de régler la visibilité des photos publiées. Moins d'un tiers des personnes interrogées disent bien les connaître et elles sont une large majorité (75 %) le besoin de mieux protéger leurs publications. FRANCE et CNIL, *Rapport d'activité 2012*, Paris, La Documentation Française, 2013, p. 17.

2) Communautés d'intérêts

1093. **Injure au sein d'une communauté d'intérêt** – Les réseaux sociaux facilitent la coordination de nouvelles formes d'actions collectives. « L'ancienne frontière (social interne aux syndicats/sociétal externe, aux associations) s'estompe : d'un conflit interne avec des acteurs connus en nombre limité, des revendications prévisibles et le seul Code du travail à appliquer, on passe de plus en plus souvent à l'externalisation du conflit (qui certes ne date pas d'aujourd'hui) menée par d'éphémères et parfois tout petits « collectifs » et autres « coordinations » à l'identité juridique (et politique) incertaine »³³¹⁴. Dégagée par la jurisprudence³³¹⁵ la notion de « communauté d'intérêts » a connu un nouvel essor jurisprudentiel, avec le développement des courriels, et plus récemment des réseaux sociaux³³¹⁶. Cette notion doit toutefois être entendue restrictivement³³¹⁷ ; ainsi, bien que le personnel d'une entreprise constitue une communauté d'intérêts, l'accès à un affichage interne par des tiers à l'entreprise caractérise l'élément de publicité³³¹⁸. Dans un arrêt du 10 avril 2013³³¹⁹, la Cour de cassation est ainsi venue préciser les règles en matière d'injures publiques sur les médias sociaux. Dans cette affaire, une salariée avait publié des propos sur *Facebook* et *MSN* « qui étaient accessibles à ses différents amis ou contacts ». « Éliminons nos patrons, et surtout nos patronnes mal baisées qui nous pourrissent la vie !!! » ; « Sarko devrait voter une loi pour exterminer les directrices chieuses comme la mienne ! » ; « Elle est plus que jamais motivée à ne pas me laisser faire. Y'en a marre des connes ! », etc. Son ancien employeur jugeait que ces propos constituaient une injure publique à son égard. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel en constatant que « les propos litigieux avaient été diffusés sur les comptes ouverts par [la salariée] tant sur le site Facebook que sur le site *MSN*, lesquels n'étaient en l'espèce accessibles qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée, en nombre très restreint, la cour d'appel a retenu, que celles-ci formaient une communauté d'intérêts ; qu'elle en a exactement déduit que ces propos ne constituaient pas des injures publiques ».

³³¹⁴ J.-E. Ray, « De la grève interne aux actions collectives externalisées », *op. cit.*, p. 591.

³³¹⁵ *Cass. crim.*, 18 juillet 1935, *DH* 1935-495.

³³¹⁶ La « communauté d'intérêts » est une création jurisprudentielle. La pensée devant être libre dans son expression et pouvoir donner lieu à toute l'expansion qui naît de la confiance et de l'intimité, la communication opérée à l'intérieur d'un groupe de personnes unies par une « communauté d'intérêts » ne revêt pas de caractère public au sens de cet article l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. E. Pierroux, « Facebook, Twitter et autres réseaux sociaux : petites injures entre « amis » », *Gaz. Pal.*, n° 337, décembre 2015, p. 337.

³³¹⁷ N. Verly, « Des écrits injurieux sont publics dès lors que des tiers à la communauté d'intérêts peuvent y avoir accès », *AJ pénal*, 2015, p. 427.

³³¹⁸ *Cass. crim.*, 15 juillet 1981, *pourvoi n°80-91.566*, *Bull. crim.* n°232.

³³¹⁹ *Cass. Ière civ.*, 10 avr. 2013, *pourvoi n°11-19.530*, *Bull. civ.*, I, n°70, *op. cit.*

1094. **Double condition** - L'arrêt ne concerne *a priori* que le droit de la presse. Pourtant, les précisions apportées ici par la première chambre civile ont un intérêt en droit du travail. Premièrement, le nombre de personnes ayant pu lire le message n'est pas connu, mais le « nombre très restreint » laisse entendre que le caractère privé ne peut être retenu sur une page *Facebook* que si l'on dispose de très peu d'amis. Deuxièmement, pour que le caractère privé d'un message soit retenu, il faut que les personnes qui peuvent le lire fassent partie d'une « communauté d'intérêts »³³²⁰. La double condition est particulièrement bienvenue : certains comptes sont en effet ouverts à tous, ils sont publics par nature et les propos qui s'y échangent également ; d'autres comptes nécessitent un agrément du titulaire mais accueillent un si grand nombre de personnes qu'ils sont publics par destination³³²¹. La publicité des propos n'est pas une condition suffisante. L'audience est également prise en compte. Un raisonnement que semble avoir adopté la chambre sociale de la Cour de cassation, « le fait pour un salarié de s'interroger, dans le cadre d'une situation de conflit et par la voie d'un site internet revêtant un caractère quasiment confidentiel, sur le licenciement de l'un de ses collègues, sans que les propos incriminés soient injurieux ou vexatoires, n'excède pas les limites de la liberté d'expression »³³²².

1095. **Communautés virtuelles** – La jurisprudence pénale définit les propos publics comme ceux échangés entre des personnes n'étant pas liées entre elles dans une « communauté d'intérêt ». Une communauté d'intérêt est un ensemble d'individus qui partagent un intérêt commun. Les communautés de métiers du moyen-âge étaient déjà des communautés d'intérêt visant à défendre un patrimoine ou à s'unir pour travailler³³²³. En droit du travail, la communauté d'intérêts professionnels repose sur l'identité, la similarité ou la connexité des professions et métiers exercés. Aux termes de l'article L. 2131-2 du Code du travail, peuvent en effet se constituer librement en syndicat les « personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes concourant à l'établissement de produits déterminés ou la même profession libérale ». Il n'est donc pas nécessaire que ces personnes appartiennent à la même entreprise, travaillent ensemble d'une manière permanente, dans un même lieu,

³³²⁰ F. Fourment, « Chronique de jurisprudence de droit de la presse », *op. cit.*, p. 14.

³³²¹ J. Icard, « Injures d'un salarié sur les réseaux sociaux », *Cahiers sociaux*, n° 253, juin 2013, p. 217.

³³²² Cass. soc., 6 mai 2015, pourvoi n°14-10.781, inédit, *op. cit.*

³³²³ D. Iancu, A. Tavera et C. Bercovi-Huard, *Exclus et systèmes d'exclusion dans la littérature et la civilisation médiévales*, Presses universitaires de Provence, 1978, p. 210.

sous la direction d'un représentant du chef d'entreprise pour constituer une « communauté d'intérêts ». Les médias sociaux fonctionnent sur le principe même de « communauté d'intérêts ». Il y a d'une part les interactions qui prolongent des relations préexistantes dans le monde réel et les interactions sur le web social dégagées du réel, ne reposant que sur le virtuel, tel que la participation à des communautés virtuelles dont les membres ne se connaissent que dans ce contexte³³²⁴.

1096. **Évolution** – A travers la notion de « communauté d'intérêts », il apparaît plus dangereux d'insulter quelqu'un sur son propre mur *Facebook* (accessible à des amis très divers) que dans un groupe fermé où la notion de « communauté d'intérêts » s'applique plus naturellement³³²⁵. La chambre sociale considérait jusqu'à présent que des faits survenus dans la vie privée du salarié étaient susceptibles de justifier un licenciement non disciplinaire en cas de trouble caractérisé dans le fonctionnement de l'entreprise³³²⁶ ou disciplinaire en cas de manquement aux obligations contractuelles³³²⁷. Mais les juridictions sociales ne pourraient-elles pas considérer à l'instar des juridictions pénales, lorsque les propos ont été tenus au sein d'une « d'une communauté d'intérêts », qu'il n'y a aucun trouble possible, puisque le cadre des échanges est strictement délimité ? Par exemple, une injure lancée lors d'un comité d'entreprise est non publique car prononcée devant un nombre restreint de personnes appartenant à une même instance³³²⁸. Inversement, les propos en dehors d'une « communauté d'intérêt » justifierait plus aisément le trouble³³²⁹. Une approche renouvelée, de la « communauté d'intérêts » serait donc souhaitable en uniformisant les solutions développées par le droit de la presse et le droit du travail. Internet implique un nécessaire dépassement de l'espace public classique. Il reviendrait ensuite à chaque utilisateur des réseaux sociaux de définir les frontières qu'il entend fixer au respect de sa « sphère d'intimité », le contenu qu'il souhaite donner au devoir d'autrui de non-immixtion dans ses affaires, et les attaques qu'il peut supporter de son milieu professionnel, c'est-à-dire de créer sa « communauté d'intérêts » et de la faire prospérer sur le « net »³³³⁰.

³³²⁴ F. Perea, « L'identité numérique : de la cité à l'écran. Quelques aspects de la représentation de soi dans l'espace numérique », *Les Enjeux de l'information et de la communication*, Volume 2010, n° 1, 4 décembre 2010, p. 144.

³³²⁵ Pour une audience potentielle identique.

³³²⁶ *Cass. soc.*, 20 nov. 1991, pourvoi n°89-44.605, *Bull. civ.*, V, n°512.

³³²⁷ *Cass. soc.*, 3 mai 2011, pourvoi n°09-67.464, *Bull. civ.*, V, n°105.

³³²⁸ L'injure non publique est punie par une simple contravention voir C. pén. art. R 621-2.

³³²⁹ J. Icard, « Injures d'un salarié sur les réseaux sociaux », *op. cit.*, p. 217.

³³³⁰ E. Pierroux, « Facebook, Twitter et autres réseaux sociaux : petites injures entre « amis » », *op. cit.*, p. 4.

B. Les limites pratiques

1097. **Prouver l'abus** - Avec Internet se sont aussi développées des stratégies de cyber-attaques³³³¹. A l'instar du monde réel, les actions menées sur internet doivent être licites. Mais que doit faire concrètement un employeur confronté à un commentaire susceptible de porter atteinte à son e-réputation ? Si la nature de la faute du salarié et la sanction de celle-ci sont actuellement relativement bien définies, faut-il encore son intérêt et sa capacité à agir ? Tout d'abord, il convient d'identifier l'auteur du commentaire, notamment lorsqu'il se cache derrière un pseudonyme. Il peut notamment s'agir d'un salarié, mais également d'un tiers se faisant passer pour un salarié (1). Ensuite, l'employeur doit apprécier son intérêt à agir contre le salarié (2).

1) Les attaques sous pseudonyme

1098. **Dualité d'Internet** - « Internet, de par la remarquable tribune qu'il offre au pluralisme des opinions et des idées, son audience potentielle à l'échelle de la planète et son caractère participatif depuis l'avènement du Web 2.0, est de fait devenu aujourd'hui l'un des instruments les plus précieux de l'un des droits de l'homme les plus précieux »³³³². Mais Internet favorise aussi bien la liberté d'expression que la prolifération des propos nauséabonds. Contrairement à d'autres supports, les réseaux sociaux peuvent favoriser l'anonymisation des contenus avec l'usage des pseudonymes. La parole et les écrits sont alors d'autant plus désinhibés, que leur auteur a un sentiment d'impunité³³³³. Certains salariés formulent parfois des critiques à l'égard de leur employeur, de leurs managers ou des décisions adoptées par l'entreprise. Si ces critiques sont publiées, elles peuvent facilement retenir l'attention de leurs contacts, amis ou *followers*, qui peuvent à leur tour les reprendre et les diffuser largement au détriment de l'image de l'entreprise³³³⁴.

1099. **Sentiment d'impunité** - Les internautes salariés peuvent penser qu'ils bénéficient d'une impunité, soit du fait de l'anonymat derrière lequel ils se réfugient parfois, soit

³³³¹ D. Ventre, *Cyberattaque et cybersécurité*, Lavoisier, 2011, p. 117.

³³³² CNCDH, « Avis sur la lutte contre les discours de haine sur internet, JORF n°0158, 10 juillet 2015 texte n° 125 », *op. cit.*

³³³³ E. Derieux, « Réseaux sociaux et responsabilité des atteintes aux droits de la personnalité », *RLDI*, n° 100, 2014, p. 79.

³³³⁴ *Comment gérer la prise de parole des salariés sur les médias sociaux*, <http://www.hbrfrance.fr/chroniques-experts/2014/12/5542-comment-gerer-la-prise-de-parole-des-salaries-sur-les-medias-sociaux/>, consulté le 12 janvier 2016.

tout simplement parce qu'ils pensent que ces publications ne tombent pas sous le coup de la loi. Pourtant, il n'en est rien. La société démocratique elle-même finirait par s'effondrer si tout le monde pouvait dire n'importe quoi, n'importe quand sur n'importe qui et n'importe quel sujet d'intérêt plus ou moins général³³³⁵. Aussi assiste-t-on à une pondération de plus en plus subtile entre le droit à la liberté d'expression en considération des exigences de la protection de l'ordre public et de la nécessité de le concilier avec les droits, devoirs et libertés d'autrui³³³⁶.

1100. Droit fragile à l'anonymat – La protection de l'anonymat par les textes est plus faible que la protection du droit d'expression. On relève néanmoins de timides initiatives, notamment au niveau européen. En 1999, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe s'est inquiété de la protection de la vie privée sur Internet et a considéré que « l'accès et l'utilisation anonyme des services [...] constituent la meilleure protection de la vie privée »³³³⁷. Le Groupe International de Travail sur la Protection des Données Personnelles dans les Télécommunications (GITPDPT) a adopté le 4 mars 2008 le « Rome Mémoire » dont les orientations invitent les États à introduire le droit à l'anonymat défini comme « le droit d'agir sur un service de réseautage social sous un pseudonyme sans avoir à révéler sa véritable identité aux autres utilisateurs, ou au public le plus large »³³³⁸. Enfin, la Déclaration du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 28 mai 2003 relative à la liberté de communication sur l'Internet prône le « respect de la volonté de ses usagers de ne pas révéler leur identité ». Si la loi française consacre un droit à l'oubli à l'article 6 de la loi informatique et libertés qui a vocation à s'exercer *a posteriori*³³³⁹, aucun texte ne reconnaît explicitement de droit à l'anonymat sur les réseaux connectés qui serait effectif *a priori* de tout traitement. La reconnaissance d'un droit à l'anonymat suppose de définir un équilibre entre les droits et libertés qui sont légitimement invocables par les citoyens et la nécessité de ne pas laisser se produire des comportements préjudiciables aux intérêts d'autrui.

³³³⁵ N. Verly, « Diffamations et injures publiques sur les réseaux sociaux : définitions, responsabilités et sanctions », *AJCT*, 2014, p. 589.

³³³⁶ J.-P. Marguénaud, « La liberté d'expression et la Convention européenne des droits de l'homme », *JCl. Civil Annexes*, Fasc. 30, février 2015.

³³³⁷ Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la protection de la vie privée sur Internet, Annexe de la recommandation N° R (99) 5, 23 février 1999.

³³³⁸ Groupe international de travail sur la protection des données personnelles dans les télécommunications, *Report and guidance on privacy in social networks services, Rome Memorandum*, 2008.

³³³⁹ Article 6. « Un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel qui satisfont aux conditions suivantes : (...) 5° Elles sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées ». « Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *op. cit.* (JO, 7 janvier 1978, p. 2227).

1101. **Anonymisation des propos** – L’anonymat sur le web peut être utilisé pour tenter d’échapper à la loi en vigueur dans certains pays, échanger ou consulter des contenus jugés subversifs ou pour dénoncer des atteintes à l’ordre public. L’anonymat n’est pas forcément une mauvaise chose, c’est notamment grâce à lui que Voltaire a pu diffuser ses pamphlets³³⁴⁰. L’anonymat peut tout à la fois désigner l’auteur des propos mais également la personne incriminée. S’il est impossible aux lecteurs d’identifier la cible des critiques, aucune réputation n’est entachée ; aucune sensibilité n’est heurtée. Le salarié ne peut donc pas être inquiété. L’identité du célèbre blogueur Maître Eolas a par exemple été révélée par un individu cherchant à lui nuire et peut être facilement trouvée sur internet. Personne n’a pour autant soutenu, qu’il lui était par la suite interdit de poursuivre ses chroniques sans violer le secret professionnel³³⁴¹. Il faut dire que cette information ne suffit pas, à elle seule, à identifier les dossiers qu’il évoque. Dans un jugement de la Cour d’appel de Reims du 9 juin 2010³³⁴², Monsieur F, rédacteur dans une entreprise et cadre, remettait en cause un avertissement qui lui reprochait des propos diffamatoires et injurieux à l’encontre de sa hiérarchie sur *Facebook*. La Cour d’appel confirme la décision du Conseil de prud’hommes et indique : « Il apparaît clairement que dans le message, aucun nom n’a été indiqué », l’employeur hésitant lui-même, dans l’avertissement entre un collègue ou un membre de la direction. « La présence de cette ambiguïté entraîne ainsi l’annulation de l’avertissement et la condamnation de la société ».

1102. **Obtenir une levée d’anonymat** - Il convient par ailleurs de rappeler que le pseudonyme ne fait pas obstacle aux procédures de signalement privées³³⁴³. Une plateforme n’a pas besoin de connaître la véritable identité de l’internaute pour retirer un message injurieux, ou pour suspendre provisoirement ou définitivement son compte utilisateur. En revanche, cet anonymat rendra les poursuites civiles ou pénales plus laborieuses. Pour faire face à cette difficulté, la loi impose aux éditeurs de site,

³³⁴⁰ G. Artigas-Menant et A. McKenna, *Anonymat et clandestinité aux XVIIe et XVIIIe siècles: actes de la journée de Créteil du 11 juin 1999*, Presses Paris Sorbonne, 2000, p. 79.

³³⁴¹ E. Netter, *La liberté d’expression sur les réseaux sociaux*, <http://www.unpeuedroit.fr/droit-penal/la-liberte-dexpression-sur-les-reseaux-sociaux/>, consulté le 1 mars 2016.

³³⁴² *CA Reims, 9 juin 2010, n°09-03205, SAS l’Est Eclair c/ Callendreau*.

³³⁴³ Les réseaux sociaux s’appuient sur les signalements afin de modérer les propos ou les images violentes ou d’incitation à la haine. La plupart du temps, ces derniers n’effectuent pas de contrôle des messages avant leurs publications. Ils s’aident néanmoins des indications des internautes pour repérer les contenus choquants et les modérer, même s’ils n’ont pas tous adopté les mêmes règles de modération. Il est également possible de signaler un contenu au ministère de l’Intérieur grâce au portail www.internet-signalement.gouv.fr. Il suffit de remplir un formulaire simple et de déposer le lien du compte incriminé.

hébergeurs et fournisseurs d'accès à Internet de détenir et de conserver les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création d'un contenu mis en ligne³³⁴⁴. Il faut demander à un juge des référés qu'il ordonne au réseau social la fourniture des informations de connexion nécessaires pour remonter jusqu'à leur auteur. La jurisprudence actuelle est très favorable à l'exécution des ordonnances sur requêtes à la communication des données d'identification³³⁴⁵. Mais en pratique, certaines plateformes ne collaborent pas ou peu avec les pouvoirs publics³³⁴⁶. Dès lors que l'anonymat des internautes est conjugué à l'absence de coopération des prestataires (hébergeurs), l'autorité judiciaire est mise en grande difficulté pour obtenir les éléments d'identification (adresse IP, etc.). Ces investigations ont également un coût, ce qui représente un second facteur de découragement. Compte tenu de ces limites, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) recommande certaines améliorations des dispositions procédurales de la loi du 29 juillet 1881³³⁴⁷. Elle suggère notamment au législateur d'améliorer la « clarté et la lisibilité des dispositions de la loi du 29 juillet 1881, notamment préciser et actualiser les notions d'espace public et d'espace privé dans le web 2.0, au regard des nouvelles formes de communautés et de réseaux numériques », « d'envisager la numérisation des procédures (notamment des assignations et significations) » et enfin de « simplifier et faciliter les procédures de référé par la création d'un référé numérique (plutôt que le maintien de différents référés en la matière) »³³⁴⁸.

1103. Usurpation d'identité - La recherche de l'auteur du commentaire doit également tenir compte de l'éventualité d'usurpation d'identité en ligne dont un salarié aurait pu être victime. Par ailleurs, s'agissant de la messagerie professionnelle du salarié (ou les profils sociaux créés par le salarié à l'occasion de son travail) il convient de préciser que bien qu'elle appartienne à l'employeur, lorsque le salarié est licencié, l'employeur ne devra plus utiliser l'adresse, en raison de leur caractère nominatif. Enfin, la création de comptes/pages au nom et pour le compte de l'entreprise dans le but de lui nuire par un

³³⁴⁴ Sect. 2 art. 6 « Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique », *op. cit.* (JO, n°143, 22 juin 2004, p. 1168).

³³⁴⁵ Saisi de différents tweets regroupés sous le hashtag « #unbonjuif » et « #unjuifmort » par l'Union des Etudiants Juifs de France (UEJF), (...), le juge ordonne à la société Twitter Inc. de communiquer aux associations en cause les données en sa possession de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création des tweets manifestement illicites dont les URL figurent au dispositif de l'assignation. *TGI Paris, Ord., 24 janv. 2013, UEJF et autres / Twitter Inc. et Twitter France.*

³³⁴⁶ Hormis des cas hautement sensibles, Twitter met jusqu'à huit mois à répondre aux sollicitations des enquêteurs français. Beaucoup d'entreprises américaines prennent prétexte du premier amendement de la Constitution américaine. « Internet et la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, Travaux parlementaires, 24 mars 2015 », *op. cit.*

³³⁴⁷ « Loi n° 30-07-1881 du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse » (JO, 30 juillet 1881, p. 4201).

³³⁴⁸ CNCDH, « Avis sur la lutte contre les discours de haine sur internet, JORF n°0158, 10 juillet 2015 texte n° 125 », *op. cit.*

salarié ou un tiers est également prohibée. La condamnation prononcée est loin d'être négligeable. L'article 226-4-1 du code pénal réprime « le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération ». La sanction prévue est d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Il existe à ce jour peu de jurisprudence sur ce phénomène nouveau. On peut toutefois relever une décision du 18 décembre 2014, le tribunal correctionnel de Paris a condamné un informaticien pour avoir créé un faux site officiel de la députée-maire du VIIème arrondissement de Paris, Rachida Dati³³⁴⁹. Dans le cas présent, il s'agit d'une usurpation aux fins de nuire à une personnalité politique. Il faudra sans doute un certain délai pour qu'une telle décision s'applique entre un salarié et un employeur.

1104. **Régime de la preuve** – Enfin s'agissant des propos tenus sur internet, les preuves peuvent facilement disparaître et sont parfois difficile à rapporter. Ainsi, un salarié, apprenant qu'il est convoqué à un entretien préalable de licenciement, peut « nettoyer » son profil *Facebook* de tout élément pouvant étayer la décision de son employeur. Si ce dernier n'a pas pris le soin de constituer la preuve des faits qu'il invoque, il pourra alors lui être reproché d'avoir prononcé un licenciement sans cause réelle et sérieuse³³⁵⁰. Dans une récente décision de la Cour d'appel de Bordeaux³³⁵¹, l'employeur avait pris soin, en plus, de se munir de deux attestations de collègues du salarié licencié, de produire au débat des extraits de la conversation litigieuse. Malgré ces éléments, le juge refuse de considérer le licenciement comme causé, l'employeur ne parvenant pas à prouver le caractère public des propos, or nous l'avons vu à travers la jurisprudence ce dernier élément est particulièrement difficile à apprécier³³⁵².

2) *L'intérêt à agir*

1105. **Effet Streisand** - Aujourd'hui, compte tenu de la propension des salariés à s'exprimer à propos de leur employeur sur le net, les réseaux sociaux, les forums de discussion, les blogs, etc., les employeurs doivent prêter une attention toute particulière

³³⁴⁹ TGI Paris, 13e ch. corr., 18 décembre 2014, MP c/ X.

³³⁵⁰ G. de Malafosse, « Actualité sur l'aspect probatoire des licenciements Facebook », *op. cit.*, p. 9.

³³⁵¹ CA Bordeaux, 1er avr. 2014, n°13/01992.

³³⁵² Infra. Partie 2, titre 1, chapitre 2, section 1, II, A : « Correspondance privée en ligne ».

à leurs « nouveaux ambassadeurs ». L'expression des salariés sur leur entreprise dans des commentaires mis en ligne en fait des acteurs à part entière de la construction de l'image et de la réputation de l'entreprise³³⁵³. Il est conseillé de réagir rapidement face à un contenu illicite mais également avec prudence. En effet, face à la critique numérique des salariés, la réaction juridique n'est pas toujours la meilleure. Elle peut même amplifier le problème : on parle alors d'effet Streisand. L'effet « Streisand » est un phénomène médiatique au cours duquel la volonté d'empêcher la divulgation d'informations que l'on aimerait garder cachées, qu'il s'agisse de simples rumeurs ou des faits véridiques, déclenche le résultat inverse³³⁵⁴. Ce phénomène est né d'une histoire qui a marqué Internet en 2003. Un photographe avait publié sur Internet une photo de la côte américaine où l'on pouvait apercevoir la maison de l'actrice Barbara Streisand. L'actrice décida de mener une action en justice contre le photographe afin que le cliché soit retiré du web. En voulant soustraire cette photo, la star venait de donner une visibilité certaine à cette photographie jusque-là non identifiée comme étant une vue aérienne de sa maison. Du jour au lendemain, le cliché se propagea sur Internet comptabilisant des centaines de milliers de vues en quelques jours³³⁵⁵. Sur internet, il est ainsi utile de vouloir tout contrôler, rappelant l'adage romain, *de minimis non curat praetor*³³⁵⁶. Les réactions, en « publicisant » les messages, peuvent plus de dommages sur l'image de l'entreprise que des messages qui seraient restés confidentiels. En définitive, « il est important de retenir que, sur les médias sociaux, souhaiter soustraire des traces négatives publiques, c'est prendre le risque de les rendre involontairement plus visibles »³³⁵⁷.

1106. Évaluer la portée d'une action en justice - Avant de lancer une attaque judiciaire pour défendre sa e-réputation, il faut impérativement évaluer la réalité de la menace. Si le message incriminé est présent sur un support confidentiel, il est souvent préférable de ne pas réagir, en particulier si l'auteur n'est pas malveillant. En 2013, un compte *Twitter* intitulé « @equipierquick » a été créé. Son créateur anonyme décrivait son quotidien, ses conditions de travail et l'hygiène dénonçant les supposées pratiques de son entreprise. Estimant les propos « diffamatoires dans la mesure où ils mettent publiquement en cause la réputation de Quick », le groupe de restauration rapide a

³³⁵³ E. Walle et S. Savaïdes, « L'e-réputation sous le prisme du droit du travail », *op. cit.*, p. 26.

³³⁵⁴ J. Breillat, *Dictionnaire de l'E-réputation: Veille et communication d'influence sur le web*, Éditions EMS, 2015, p. 289.

³³⁵⁵ A. Babkine et M. Hamdi, *Bad buzz: Gérer une crise sur les médias sociaux*, Éditions Eyrolles, 2013, p. 98.

³³⁵⁶ En latin, « le chef ne s'occupe pas des petites choses ».

³³⁵⁷ A. Babkine et M. Hamdi, *Bad buzz, op. cit.*, p. 99.

licencié son salarié pour faute grave et engagé des poursuites pénales à son encontre³³⁵⁸. En portant plainte, la chaîne de restaurants montre qu'elle ne compte pas laisser n'importe qui ternir son image sur les réseaux sociaux, mais elle prend également le risque de générer de la publicité négative sur son compte³³⁵⁹. Les conflits sociaux sont désormais largement médiatisés sur Internet, en raison de la facilité d'accès, de la rapidité et de la gratuité et de la large diffusion offerte par le web. En juin 2011, l'enseigne *Monoprix* a par exemple été victime d'un « *bad buzz* » suite à la mise à pied à titre conservatoire d'un salarié qui avait tenté de récupérer six melons et deux salariés dans le conteneur à poubelles du magasin. L'entreprise a finalement choisi de réintégrer le salarié après plusieurs centaines de messages d'indignation partagés par les internautes³³⁶⁰. Comme l'illustre cette histoire du web, il n'est pas forcément nécessaire de faire appel aux juges pour régler un conflit avec son employeur.

1107. Une société de l'information inclusive - Pour appréhender la société de l'information et ses limites, il reste beaucoup à faire, notamment en matière d'éducation. « Il nous faut trouver, et vite, le juste équilibre entre la nécessaire liberté d'expression sur internet et la responsabilité de chacun pour ses paroles, ses écrits et ses actes »³³⁶¹. Il apparaît en particulier nécessaire de former les salariés pour appréhender la différence entre ce qui relève du délit et de la liberté d'expression, et leur faire comprendre qu'internet, espace de liberté, n'est pas un espace d'impunité. Une société de l'information réellement inclusive doit permettre à chacun d'acquérir les compétences nécessaires pour comprendre et interagir sur la toile³³⁶², ainsi que cela découle des exigences du droit fondamental à l'éducation, reconnu notamment par l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Dans un avis rendu en 2015³³⁶³, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) recommande à ce titre la valorisation d'une parole libre et responsable par la définition de codes de bonnes conduites à destination des usagers du web, ces codes de bonnes conduites pourraient parfaitement se matérialiser dans l'entreprise par le biais de charte. La Commission mentionne que si la communication sur Internet constitue une

³³⁵⁸ *Quick poursuit en justice un salarié décrivant son travail sur Twitter*, <http://bigbrowser.blog.lemonde.fr/2013/01/03/sur-le-gril-quick-poursuit-en-justice-un-salarie-decrivant-son-travail-sur-twitter/>, consulté le 18 février 2016.

³³⁵⁹ *Equipier Quick, de Twitter aux tribunaux*, <http://www.slate.fr/story/66845/equipier-quick-twitter-plainte-justice>, consulté le 18 février 2016.

³³⁶⁰ J. Breillat, *Dictionnaire de l'E-réputation*, op. cit., p. 165.

³³⁶¹ « Internet et la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, Travaux parlementaires, 24 mars 2015 », op. cit.

³³⁶² P. Achilleas, « Une Société mondiale de l'information inclusive comme préalable à la formation des opinions publiques », dans *L'opinion numérique*, Paris, Dalloz, 2006, p. 121.

³³⁶³ CNCDH, « Avis sur la lutte contre les discours de haine sur internet, JORF n°0158, 10 juillet 2015 texte n° 125 », op. cit.

liberté fondamentale, elle est également « une responsabilité qui nécessite un apprentissage », d'où découle la nécessité de mettre en œuvre un plan national sur l'éducation à la citoyenneté numérique.

1108. **Conclusion de section** - Internet paraît simple à utiliser, alors qu'il est un outil complexe générateur d'ambivalence. Il permet à tout à chacun de participer directement à la diffusion de l'information et constitue en cela le support de la liberté d'information, mais dans le même temps il fait naître certains dangers source de nouveaux litiges. Certes la publication sur les médias sociaux par des salariés et des tiers, de contenus relatifs à l'entreprise est soumise à l'application de règles juridiques. Elle soulève toutefois, du fait du développement de nouveaux usages, la question de l'efficacité de ces règles. Si le pouvoir hiérarchique des cadres est contourné à travers la communication transversale hors hiérarchie, les structures syndicales, les journalistes³³⁶⁴ sont également contournés car les salariés peuvent s'exprimer directement sur les réseaux de l'entreprise. On parle également de « désintermédiation »³³⁶⁵. Il s'agit d'une des promesses du digital, qui en abolissant le temps et l'espace permet de se rendre plus accessible aux autres³³⁶⁶. Pour autant, les organisations syndicales ne devraient-elles pas être les garantes de l'expression des salariés ? Les droits fondamentaux, parmi lesquels figure la liberté d'expression, constituent selon Gérard Lyon-Caen un « noyau dur qui correspond à ce qui, à une époque donnée, et dans une civilisation donnée, constitue l'idée que l'on se fait de la liberté humaine »³³⁶⁷. Le salarié devient progressivement un véritable « citoyen au travail ». Non seulement il n'est pas dépossédé de ses droits et libertés une fois qu'il franchit le seuil de l'entreprise, mais ceux-ci font désormais corps avec lui au travail. « Le droit du travail est en train de changer de paradigme : il passe d'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail »³³⁶⁸, c'est à cette nouvelle dynamique de l'ère du Web 2.0 que l'employeur, les salariés et les syndicats doivent s'adapter. L'employeur a tout intérêt à prendre les devants pour réduire les risques qu'impliquent les nouvelles technologies pour la réputation de l'entreprise notamment en adoptant une politique détaillée sur l'utilisation des médias sociaux y compris en

³³⁶⁴ *Tendances mondiales en matière de liberté d'expression et de développement des médias*, UNESCO, 2014, p. 63.

³³⁶⁵ N. Sonnac, « L'écosystème des médias », *Communication. Information médias théories pratiques*, Vol. 32/2, 13 décembre 2013.

³³⁶⁶ Dans les entreprises, on voit par exemple l'apparition de blogs de dirigeants qui rompent avec les canaux traditionnels de la communication pyramidale...

³³⁶⁷ FRANCE et G. Lyon-Caen, *Les libertés publiques et l'emploi : rapport pour le ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle*, La Documentation Française, 1992, p. 154.

³³⁶⁸ G. Trudeau, « En conclusion... Vie professionnelle et vie personnelle ou les manifestations d'un nouveau droit du travail », *Dr. soc.*, 2010, p. 76.

dehors d'un contexte d'emploi³³⁶⁹. Les salariés ont également intérêt à prendre acte des risques de publier certaines informations par le biais des médias sociaux, même en dehors des heures régulières de travail, lesquelles peuvent avoir un impact sur la relation d'emploi et même, parfois, le mettre en péril. Les parties au contrat de travail ne sont pas les seules à devoir s'adapter. Les syndicats, s'ils souhaitent continuer à justifier de leur intérêt, doivent de leur côté prendre garde à ce que le dialogue entre les salariés et les employeurs ne se fasse pas sans eux. En réalité, les outils d'expression directe et les formes institutionnelles de représentation des salariés peuvent être complémentaires à condition que les acteurs se mobilisent dans la même direction. Les tribunaux et le législateur doivent éviter d'établir une distinction factice entre les médias utilisés pour diffuser l'information. « Il serait erroné de distinguer, pour ce seul motif, l'insubordination commise par un salarié de vive voix en insultant un contremaître de l'insubordination virtuelle commise par la diffusion de ces mêmes propos, mais via les médias sociaux »³³⁷⁰. Les médias sociaux sont des alliés incontestables de la liberté d'expression permettant aux individus de revendiquer leurs droits, de s'organiser collectivement et de défendre leurs libertés fondamentales. Mais « le droit à la libre expression ne tient pas de sa « fondamentalité » d'être absolu ; il supporte des restrictions en considération des intérêts d'autrui, en l'occurrence ceux de l'entreprise. Il s'agit de restrictions objectives en ce qu'elles s'imposent de manière générale indépendamment des conditions d'exercice du droit et de l'éventualité d'un abus »³³⁷¹. La mobilisation sur Internet est le fait de simples citoyens. Ils prennent des initiatives individuelles comme la création de logos, de tracts ou d'évènements. Cette évolution peut conduire à des dérives liées aux diffamations, aux informations fausses ou non vérifiées par un journaliste, et à la surreprésentation des opinions personnelles. Avec la publicité des échanges sur internet, se pose de manière encore plus délicate la question de savoir quand la critique franchit la ligne entre ce qui est acceptable dans le cadre des relations de travail et ce qui constitue un geste pouvant donner lieu à des sanctions. En manifestant publiquement sa réprobation à l'égard de son employeur, que ce soit sous forme de dénonciation ou de critique, un salarié exerce sa liberté d'expression, liberté fondamentale garantie constitutionnellement. Pourtant, lorsqu'ils ont à juger du caractère abusif ou non d'une telle conduite, les tribunaux se replient généralement sur les concepts traditionnels du droit civil que sont la « faute » et « l'obligation de loyauté

³³⁶⁹ *Infra*. Partie 1, titre 1, chapitre 3, section 1, III : « chartes et supports internes ».

³³⁷⁰ Conférence des arbitres du Québec, « Mes amis facebook, moi et mon emploi », *op. cit.*, p. 119.

³³⁷¹ G. Loiseau, « La liberté d'expression du salarié », *op. cit.*, p. 396.

»³³⁷². Ce comparatif plaide pour un plus grand respect de la hiérarchie des normes et, par conséquent, en faveur de la reconnaissance d'un espace critique accru en milieu de travail³³⁷³. Des conflits d'intérêts se présentent, plus ou moins faciles à trancher. L'entrée des droits et libertés dans l'entreprise s'accompagne, dans tous les droits, de la possibilité d'y apporter des restrictions. Ainsi, il ne faut pas y voir nécessairement et uniquement un renforcement des droits des salariés. L'introduction des exceptions, et surtout de l'exigence de proportionnalité, a pour sens de contribuer à la préservation et même à la légitimation du pouvoir patronal. « L'application de ces principes éloigne le droit du travail du positivisme juridique par la soumission des situations à des règles de droit précises »³³⁷⁴. Pourtant, les limites posées par le droit reculent sous la pression de la pratique nourrie des techniques de communication. La technique rend en effet possible ce que le droit ne permet pas.

CONCLUSION PARTIE 2

1109. **Logique centrifuge des relations sociales** - L'observation montre que le fonctionnement des relations sociales numériques balance entre un « modèle idéal qui puise ses sources dans l'axiologie de la démocratie et un modèle spontané qui puise ses sources dans la contrainte exercée par les facteurs qui concourent au fonctionnement du réseau. Ces facteurs confèrent à l'internet une logique centrifuge qui en fait d'une part, un réseau marqué par le sceau du pluralisme, d'autre part, un réseau par nature réfractaire à tout modèle verticale »³³⁷⁵. Il paraît donc que les relations sociales qui se dessinent avec internet ne sont pas compatibles avec le modèle vertical qui régit actuellement les relations de travail et se rapprochent plutôt du modèle horizontal de dévolution et d'exercice de représentation. Le numérique « nourrit de nouvelles relations entre l'homme et la technique, entre les hommes et les organisations. Il aplanit les hiérarchies, introduit plus de souplesse, d'agilité, et pousse au développement de schémas participatifs de production et de décision. C'est en intégrant ces nouvelles polarités que les entreprises d'hier pourront s'affirmer en futurs champions »³³⁷⁶. « Alors que le gouvernement communique généreusement sur ses différents « chocs de

³³⁷² Infra. Partie 2, titre 2, section 1 : « La confidentialité, obstacle juridique à l'expression en ligne ».

³³⁷³ C. Brunelle et M. Samson, « La liberté d'expression au travail et l'obligation de loyauté du salarié : plaidoyer pour un espace critique accru », *Les Cahiers de droit*, vol. 46, n° 4, 2005, p. 847.

³³⁷⁴ P. Perraki, *La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé européen*, op. cit., p. 407.

³³⁷⁵ *La démocratie à l'épreuve de la société numérique*, KARTHALA Editions, 2007, p. 118.

³³⁷⁶ FRANCE, Premier Ministre et Conseil national du numérique, *Ambition numérique : pour une politique française et européenne de la transition numérique*, op. cit., p. 179.

simplification », la lecture des textes démontre que la simplicité n'est pas au rendez-vous. (...) Et pourtant, ne faudrait-il pas commencer par se poser de nouveau des questions simples : à quoi servent les instances représentatives du personnel dans l'entreprise ? Quel rôle les représentants des salariés entendent-ils jouer dans cette période de profonde crise économique et sociale ? N'est-il pas temps de changer de modèle, plutôt que d'essayer de colmater les brèches d'un édifice qui prend l'eau de toutes parts ? »³³⁷⁷. La véritable puissance du web provient de son organisation en réseau décentralisé (plus ou moins neutre...) et donc sa capacité à supporter les organisations et des modèles économiques en réseaux. Ces réseaux tendent à supprimer les intermédiaires. Elles entraînent une situation paradoxale : d'un côté elles concurrencent fortement les syndicats en les « désintermédiant » en tant que relais d'information, mais ces mêmes intermédiaires peuvent également profiter des plateformes pour capter une audience qui leur échappait jusqu'à présent, par ailleurs ces institutions conservent une capacité de négocier qui est encore difficilement transposable sur les plateformes. L'entreprise dite « 2.0 » ne leur laisse d'autre choix que de repenser les modalités de leur participation au dialogue social³³⁷⁸. Le rapport « *Work organisation and employee involvement in Europe* »³³⁷⁹ qui porte sur l'élaboration de systèmes d'organisation du travail visant à favoriser la motivation des salariés et leur bien-être a établi un lien étroit entre les types de travail et la mise en place d'une organisation participative. Pour que l'Europe rattrape son retard, le rapport suggère notamment l'intervention des gouvernements³³⁸⁰. La mise en place de canaux institutionnalisés pour le dialogue entre les employeurs et les salariés constituerait un appui important pour que les salariés exercent efficacement leur influence. En revanche, les institutions représentatives, telle qu'imaginées en France, ne semblent pas concourir à la mise en place d'organisations participatives³³⁸¹.

³³⁷⁷ C. Radé, « Loi Rebsamen : un « nouveau » dialogue social ? », *D.*, 2015, p. 1360.

³³⁷⁸ FRANCE, T. Klein, D. Ratier, Centre d'analyse stratégique et Direction générale du travail, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, *op. cit.*, p. 206.

³³⁷⁹ G. Duncan et Z. Ying, *Work organisation and employee involvement in Europe*, *op. cit.*

³³⁸⁰ « *The sources of such developments could be diverse. They could be management initiated and, indeed, could be a constituent part of the more systematic human resources strategy that was examined in the previous section. They could also come about through the pressure of either organised labour (as in Sweden) or government (as in France with introduction of the lois Auroux). This raises the issue of whether the existence of more formal channels of communication was important for employees' sense of their influence over decision-making or whether informal processes of influence were as, or possibly more, effective* ». *Ibid.*, p. 38.

³³⁸¹ « *The countries making up the Continental group (Austria, Belgium, France, Germany, Luxembourg and the Netherlands) are sometimes regarded as models of employee involvement because of their extensive works councils systems. But in terms of employees' own experiences of the influence they can exercise, this would appear not to be the case – indeed, employee influence was typically lower than in the countries of the North- West group (Ireland and the UK), which are sometimes regarded as examples of relatively unfettered management prerogative* ». *Ibid.*, p. 68.

1110. **Réflexion collective** - Certaines directions d'entreprise souhaitent, à l'occasion de la mise en œuvre des réseaux sociaux d'entreprise, amoindrir le rôle des organisations syndicales ou mettre en place des stratégies d'évitement des syndicats. Il n'est pas inutile de rappeler qu'historiquement certaines d'entre-elles ont reconnu la nécessité de dialoguer avec les syndicats et de constituer dans certains cas des instances de représentation du personnel pour filtrer, neutraliser, voire supprimer certains motifs de mécontentement, tout en reconnaissant certaines requêtes collectives. À trop individualiser les relations sociales, les directions d'entreprise pourraient se voir confrontées à une difficulté insurmontable : celle de prendre en charge toutes les doléances individuelles qui ne seront plus agrégées par les organisations syndicales et les instances représentatives du personnel³³⁸². Il ne faut pas confondre la « réflexion collective » portée par les organisations numériques et la « décision collective » lorsqu'on aborde la question de l'entreprise numérique que d'aucuns voudraient démocratique. Les décisions collectives ne sont pas forcément une solution car elles sont sources de rigidité et de dilution des responsabilités. Le plus important n'est pas tant l'auteur de la décision que le processus qui conduit à la décision. Le but est de mobiliser les intelligences et les connaissances dans ce processus³³⁸³. Le numérique représente une opportunité pour conduire un renouvellement du dialogue social dans les entreprises qui passent par la consultation de tous les salariés concernés et le renforcement du lien entre les salariés et leurs représentants alors que la faible présence (et parfois la faible représentativité) des syndicats dans de nombreuses entreprises a conduit à fabriquer de trop nombreux formalismes qui nuisent au débat sur le fond³³⁸⁴. « Que ce soit aujourd'hui ou demain, dans le monde du digital ou de l'« ubérisation », nous aurons besoin de la loi et de normes négociées, sauf à remettre en cause les principes fondateurs de la République et de la démocratie ainsi que l'efficacité même de notre économie et de notre système de relations sociales. Une chose est certaine, les systèmes de relations sociales imposeront sans cesse davantage la prise en compte de la proximité, de la diversité et de la rapidité dans l'adaptation »³³⁸⁵. Le législateur doit prendre la pleine mesure de ces transformations de manière à mieux répondre aux besoins de représentation des travailleurs, en fonction de la réalité qui est la leur dans les milieux de travail. L'usage des anciens et des nouveaux médias permet la création d'une opinion

³³⁸² P. Vendramin et G. Valenduc, « Le travail flexible à l'aube du 21ème siècle : un défi pour les politiques publiques », *op. cit.*, p. 66.

³³⁸³ O. Zara, *Le management de l'intelligence collective : vers une nouvelle gouvernance*, M21 Editions, 2008, p. 219.

³³⁸⁴ D. Kaisergruber, « Le temps des référendums », *op. cit.*

³³⁸⁵ FRANCE et J.-D. Combexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, *op. cit.*, p. 111.

publique internationale qui exprime une tendance croissante au sein d'une population de salariés éduqué au refus d'une délégation durable et illimitée du pouvoir de décider sur des enjeux affectant leur existence quotidienne. Pour autant, il faut se garder d'opposer des mécanismes de représentation politique (institutionnalisés) et des mouvements sociaux plus spontanés en ligne (« de nouveaux mouvements sociaux »)³³⁸⁶. Là où les systèmes de représentation existants connaissent des dysfonctionnements en raison de leur inadéquation aux réalités nouvelles³³⁸⁷, l'État doit ouvrir des voies de représentation mieux adaptées à la situation concrète des travailleurs de l'économie numérique, qui sont exclus du dialogue social institué³³⁸⁸. Plus fondamentalement, les politiques publiques du travail doivent contribuer au renforcement de la liberté d'expression et d'association, car c'est justement cette autonomie qui permet de faire émerger de nouvelles représentations du travail.

³³⁸⁶ E. Neveu, « Médias, mouvements sociaux, espaces publics », *Réseaux*, vol. 17, n° 98, 1999, p. 22.

³³⁸⁷ Par exemple pour dialoguer et représenter les salariés qui travaillent à distance.

³³⁸⁸ C. Brunelle, A. Hayden et G. Murray, « Les systèmes de représentation au travail : à la mesure des réalités contemporaines ? », *op. cit.*, p. 502.

CONCLUSION GENERALE

1111. **Nouveaux supports/nouveaux droits** - L'objet de cette étude portait sur « les relations numériques de travail ». À l'instar des précédentes révolutions technologiques, la révolution numérique bouscule les modèles économiques, technologiques et sociaux. Les acteurs de l'entreprise du XX^{ème} siècle tentent de faire fonctionner des institutions qui ont été conçues au XIX^{ème} siècle et sont basées sur un support d'information qui remonte au XV^{ème} siècle. L'on peut s'interroger sur cette volonté de pérenniser cette organisation du travail dans ce nouveau contexte technologique. Ce projet de recherche a eu pour objectif d'analyser du point de vue du droit les enjeux du fonctionnement du travail en réseau et des pratiques numériques des salariés alors que le rapport à la norme est profondément modifié, qu'il s'agisse de son élaboration, de son contenu ou de son application. Il s'agissait finalement de considérer à partir de l'état du droit, les différentes problématiques ainsi que les réponses qui pourraient être apportées de manière prospective pour que le droit en tant que technique participe à la soutenabilité du déploiement des nouvelles pratiques de travail. En apparence, le droit du travail semble réfractaire aux relations numériques. Il n'y a d'ailleurs aucune grande loi qui régle la matière. En réalité, l'évolution s'opère par touches, le législateur et la jurisprudence réagissant plus qu'ils n'agissent pour encadrer une matière dont ils peinent à appréhender la mesure. Le développement des technologies numériques révèle des difficultés préexistantes, mais leur ampleur nouvelle, appelle à des réponses mieux adaptées. En dépit des limites du présent travail quant à sa capacité à rendre compte de manière exhaustive toute la richesse et la complexité des relations numériques de travail, il convient de retenir certaines pistes qui pourraient s'avérer prometteuses dans le cadre d'une régulation adaptée des relations numériques.

1112. **Mieux appréhender la diversité** - Le premier résultat qui ressort de cette analyse est l'ambivalence et l'ambiguïté des relations numériques de travail. Matérialisées dans le monde physique ou virtuel, ces relations sont calquées sur le fonctionnement des réseaux internet. Il convient tout d'abord de souligner que la technologie n'est ni bonne, ni mauvaise, seul son usage peut avoir cette qualité. C'est la raison pour laquelle la transition numérique est difficile à comprendre du point de vue du droit du travail, qui aura tendance à se focaliser sur les risques sans appréhender les

opportunités. Les solutions informatiques peuvent aussi bien contribuer à libérer le travail qu'à écraser les capacités de création. Les relations numériques désignent tout à la fois de nouvelles formes de travail en dehors du salariat et le renouvellement du salariat. Par ailleurs, toutes les entreprises et tous les travailleurs ne sont pas frappés de la même façon, ni avec la même intensité. Il y a par exemple un décalage entre les activités manuelles et intellectuelles. S'agissant en particulier des relations individuelles de travail, la subordination juridique trouve ses limites pour appréhender le travail en dehors de la hiérarchie, du temps et de l'espace de travail. On assiste à de nouvelles formes de contrôle où c'est l'interaction sociale qui gouverne la relation de travail par le biais d'une combinaison entre le système informatique et l'environnement du travailleur. Cet usage potentiel appelle à la prudence, et à de nouvelles formes de protections car il est plus pernicieux et plus dangereux pour l'individu qui n'est plus soumis à un individu en particulier mais à une foule de données sans qu'on puisse réellement déterminer l'influence de chacune. Si effectivement, la tendance montre le développement de nouveaux modes de travail, il faut aussi observer les démarches de plus en plus nombreuses des indépendants pour être considérés comme salariés. Le salariat ne devrait pas disparaître sans, pour autant se transformer en « statut par défaut » qui empêcherait les synergies pour les entreprises innovantes. La transition numérique peut effrayer les salariés et les entreprises qui n'ont pas encore saisi toutes ses potentialités. Elle sera une source importante de tensions et de conflits dans les relations de travail tant que les organisations échoueront à imaginer un cadre juridique qui convient aux nouvelles façons de produire et de consommer. Le droit du travail marque une méfiance originelle à l'égard des individus. Quand cela est possible, il convient de placer le numérique au cœur d'une nouvelle conception du travail en allégeant les contraintes spatiales et temporelles qui pèsent sur les salariés. Toutefois, l'extrême hétérogénéité des situations rend difficile une approche unique du cadre du travail, elle conduit à privilégier des adaptations au plus près des entreprises et des individus. L'équilibre des rapports de forces construits à l'ère industrielle disparaît, du fait de l'éparpillement des travailleurs et de leur mise en concurrence systématique. Bien qu'il n'y ait pas de modèle idéal de travail, un rééquilibrage est indispensable entre l'autorité complète et l'autonomie. La question principale que nous devenons nous poser est la soutenabilité des systèmes en place. Le droit du travail doit être capable de faire cohabiter régulation pour ceux qui en ont le plus besoin et quête d'autonomie quand cela est rendu possible.

1113. **Mieux représenter les individus** - Le second résultat de cette recherche porte sur la coordination et la complexité des nouveaux collectifs de travail de l'entreprise réseau. Internet transforme la relation aux autres à travers la mise à disposition de la connaissance et l'interaction permanente de tous les habitants de la planète. Les technologies de l'information et de la communication peuvent concourir à resserrer les liens entre les travailleurs au bénéfice des uns et des autres, en accroissant les possibilités d'emploi, de travail libérateur et gratifiant, à promouvoir la transparence dans un contexte de droits reconnus. Mais on peut aussi envisager l'inverse. Si le collectif de travail joue un rôle important d'intégration dans le travail et de protection des acquis sociaux, ce dernier ne se matérialise pas encore de la même façon physiquement et virtuellement. De manière paradoxale, les collectifs numériques reposent d'abord sur des individus à travers leur capacité à communiquer et à se regrouper en ligne. Les opinions sur internet deviennent ainsi un nouveau contre-pouvoir qui atteint la réputation des organisations. Jusqu'à présent ce rôle était dévolu aux syndicats qui sont de plus en plus marginalisés dans les processus numériques dont ils n'ont souvent pas la maîtrise au sein des entreprises et dont ils sont dépossédés par les individus sur les réseaux sociaux. Le nouveau modèle participatif en ligne accentue la désaffection des salariés à leur égard. Mais malgré leur marginalisation numérique ces organisations conservent le monopole du dialogue social. Dès lors, les travailleurs numériques qui sont généralement sous représentés par les syndicats risquent de n'être pas défendus. A terme, on peut redouter l'isolement des salariés qui ne seront pas capables de se regrouper et de protéger leurs intérêts en ligne. Plus fondamentalement, les relations collectives numériques contournent un système pyramidal où les syndicats apparaissent comme des intermédiaires imposés par le législateur. Ils remettent *in fine* en cause un modèle de dialogue centralisé autour de l'État. Le dialogue numérique est ainsi en mesure d'assurer une juste participation de tous à l'économie de l'information et de permettre aux travailleurs d'engager une réforme en profondeur des institutions du travail. L'évolution de la technique ne suffit toutefois pas pour faire naître un nouveau cadre plus adapté qui reconnaîtraient de nouvelles formes de dialogues et des nouveaux collectifs. Il faudrait que les institutions existantes soient suffisamment affaiblies pour qu'elles ne puissent pas bloquer la mise en œuvre des possibilités nouvelles.

1114. **Mise en concurrence des législations** - Finalement, le troisième résultat c'est que les réseaux en ligne, les échanges d'informations et la capacité à collaborer à

distance remettent (en creux) en cause la souveraineté juridique des États. Tout d'abord, internet met en concurrence les législations nationales. Le droit du travail apparaît limité par sa territorialité malgré l'existence de grands principes internationaux, ceux-ci sont trop imprécis ou trop limités pour encadrer efficacement les nouvelles relations de travail à l'échelle internationale. Face à des services et à de nouvelles organisations mondialisées, il conviendrait de mettre en place un nouveau cadre juridique mondial, à partir d'un socle clair de droits fondamentaux pour tous les travailleurs de l'économie numérique. *A minima*, il serait souhaitable qu'existe une réponse juridique européenne, compte tenu de la libre circulation des échanges numériques, physiques et humains à l'échelle de l'Union Européenne. Toutefois, les organisations internationales n'ont pas l'agilité nécessaire pour s'adapter aux mutations rapides et ne parviennent pas à formuler des solutions adaptées. La tâche principale est de définir un nouveau cadre réglementaire qui permettrait de trouver un nouveau point d'équilibre entre flexibilité et sécurité, entre les droits individuels et l'intérêt collectif. La société numérique est portée par des logiques et des valeurs libertaires qui font émerger un nouvel ordre social spontané qui s'oppose aux logiques hiérarchiques. Une nouvelle logique dans l'organisation des rapports professionnels se développe. On peut parler de la disparition, ou du moins, de la réduction du rapport de subordination au profit d'une « externalisation » des relations professionnelles. La régulation des relations numériques s'appuie moins sur la force des états (et donc sur le droit dur) que sur la capacité nouvelle de l'individu à faire ses propres jugements et à s'associer volontairement pour les défendre (« *name and shame* »). C'est pourquoi, l'autorégulation, l'éthique, la déontologie et l'éducation des internautes peuvent contribuer à harmoniser les rapports numériques de travail. En définitive, la flexibilité et les orientations du marché du travail ne devraient pas aboutir à réduire à néant le système de valeurs à l'origine du droit du travail. Les questions posées aujourd'hui par les « travailleurs du numérique » rejoignent pour partie des questions plus anciennes et pour certaines partiellement traitées par le législateur. Elles appellent des réponses complexes d'autant que les demandes sont pour parties contradictoires : réguler sans interdire, protéger sans augmenter les coûts, limiter la concurrence déloyale mais ne pas tuer les nouvelles opportunités d'emploi.

1115. L'avenir du droit du travail – L'étude des relations numériques appelle cependant à la plus grande prudence, d'autres aspects du numérique dans l'entreprise

n'ont pas été traités car les technologies en question n'ont pas encore atteint leur maturité, et leur analyse juridique est encore en chantier. C'est le cas notamment des interactions hommes-machines et des intelligences artificielles dont le recours dans les entreprises devrait être de plus en plus fréquent... l'avenir du droit du travail est peut-être celui de ces robots.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

Algan Yann et Cahuc Pierre, *La société de défiance : Comment le modèle social français s'autodétruit ?*, Paris, Rue d'Ulm, 2007, 65 p.

Alloing Camille, *[E] réputation : médiation, calcul, émotion*, CNRS Editions, 2016, 189 p.

Almeida Nicole d', *La société du jugement : Essai sur les nouveaux pouvoirs de l'opinion*, Paris, Armand Colin, 2007, 252 p.

Ancel Pascal, Moret-Bailly Joël, Jeammaud Antoine et Millard Eric, *Vers un droit commun disciplinaire?*, Université de Saint-Etienne, 2007, 348 p.

Andolfatto Dominique et Labbé Dominique, *Sociologie des syndicats*, La Découverte, 2012, 131 p.

Antonmattei Paul-Henri, Barthélemy Jacques, Morand Michel, Vachet Gérard et Verkindt Pierre-Yves, *L'année de droit social 2009*, Wolters Kluwer France, 2010, 386 p.

Antonmattei Paul-Henri, *Les clauses du contrat de travail*, Wolters Kluwer France, 2005, 132 p.

Antonmattei Paul-Henri, Verkindt Pierre-Yves, Vachet Gérard et Barthélémy Jacques, *L'année de droit social 2011*, Wolters Kluwer France, 2011, 410 p.

Artigas-Menant Geneviève et McKenna Antony, *Anonymat et clandestinité aux XVIIe et XVIIIe siècles: actes de la journée de Créteil du 11 juin 1999*, Presses Paris Sorbonne, 2000, 328 p.

Aubert Benoit A, Cohendet Patrick, Le Roux Ronan, Montreuil Benoit, Centre francophone d'informatisation des organisations et CIGREF (Organisme), *Indice de l'innovation par les TIC l'innovation dans l'entreprise numérique: résultats d'une enquête menée auprès des grandes entreprises françaises*, Québec, CEFRIO, 2013, 47 p.

Auzero Gilles et Dockès Emmanuel, *Droit du travail*, 29e édition., Paris, Dalloz, 2014, 1576 p.

Ayewouadan Akodah, *Les droits du contrat à travers l'internet*, Primento, 2013, 360 p.

Azaïs Christian, *Labour and Employment in a Globalising World: Autonomy, Collectives and Political Dilemmas*, Peter Lang, 2010, 278 p.

Babkine Anthony et Hamdi Mounira, *Bad buzz: Gérer une crise sur les médias sociaux*, Editions Eyrolles, 2013, 194 p.

Balagué Christine et Fayon David, *Facebook, Twitter et les autres...: Intégrer les réseaux sociaux dans une stratégie d'entreprise*, Pearson Education France, 2012, 258 p.

Balagué Christine et Fayon David, *Réseaux sociaux et entreprise : les bonnes pratiques: Facebook, Twitter, Google +, LinkedIn, YouTube...*, Pearson, 2011, 173 p.

Barabel Michel et Meier Olivier, *Manageor : Les nouvelles pratiques du management*, Dunod, 2015, 906 p.

Barbrook Richard, *Imaginary Futures : From Thinking Machines to the Global Village*, London, Pluto Press, 2007, 336 p.

Bargain Gwenola, *Normativité économique et droit du travail*, LGDJ, 2014, 588 p.

Barthélémy Jacques, *Droit social, technique d'organisation de l'entreprise*, 398 p.

Barthélémy Jacques, *Évolution du droit social : une tendance à la contractualisation mais un rôle accru des droits fondamentaux du travailleur*, Wolters Kluwer France, 2009, 450 p.

Barthélémy Jacques, *Temps de travail et temps de repos : l'apport du droit communautaire*, Droit Social., 2001, 634 p.

Bâtie Noël Dejean de La, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965, 334 p.

Baumann François, *Le Bore out: Quand l'ennui au travail rend malade*, Josette Lyon, 2016, 66 p.

Bellanger Pierre, *La souveraineté numérique*, Stock, 2014, 140 p.

Benedek Wolfgang et Kettemann Matthias C., *Liberté d'expression et internet*, Council of Europe, 2014, 190 p.

Bennani Abdelmourhit, *La prise en compte du fait religieux par les organisations: vers l'émergence de nouvelles pratiques managériales*, Editions Publibook, 2015, 430 p.

Biémont Emile, *Le règne du temps : Des cadrans solaires aux horloges atomiques*, Académie royale de Belgique, 2016, 352 p.

Bilheran Ariane et Adam Patrice, *Risques psychosociaux en entreprise*, Armand Colin, 2011, 135 p.

Binctin Nicolas, *Droit de la propriété intellectuelle: Droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, LGDJ, 2014, 1071 p.

Birch Charles et Paul David, *Life and Work : Challenging Economic Man*, UNSW Press, 2003, 218 p.

Bitan Hubert, *Droit et expertise des contrats informatiques : contrats de communications électroniques*, Wolters Kluwer France, 2010, 458 p.

Blanc Gérard, *Le travail au XXIe siècle : mutations de l'économie et de la société à l'ère des autoroutes de l'information*, Dunod, 1995, 175 p.

Blum Richard et Leblanc Dee-Ann, *Linux Pour les nuls*, EDI8, 2013, 698 p.

Bost François, Carroué Laurent, Colin Sébastien, Girault Christian, Humain-Lamoure Anne-Lise, Sanmartin Olivier et Teurtrie David, *Images économiques du monde 2016: Le monde sous tension(s)*, Armand Colin, 2015, 475 p.

Boursin Ludovic et Puyfaucher Laetitia, *Le média humain : Dangers et opportunités des réseaux sociaux pour l'entreprise*, Editions Eyrolles, 2011, 258 p.

Boutillier Sophie et Uzunidis Dimitri, *Travailler au XXIe siècle : Nouveaux modes d'organisation du travail*, De Boeck, 2005, 330 p.

Bouzar Dounia, *Laïcité, mode d'emploi: Cadre légal et solutions pratiques : 42 études de cas*, Editions Eyrolles, 2011, 194 p.

Boyer Laurent et Roland Henri, *Adages du droit français, 4e édition*, 4e éd., Paris, Lexis Nexis, 1999, 1021 p.

Breillat Jacques, *Dictionnaire de l'E-réputation: Veille et communication d'influence sur le web*, Éditions EMS, 2015, 345 p.

Broadbent Stefana, *L'intimité au travail : la vie privée et les communications personnelles dans l'entreprise*, Limoges, FYP EDITIONS, 2011, 192 p.

Brod Craig, *Technostress : the human cost of the computer revolution*, Addison-Wesley, 1984, 264 p.

Brugère Fabienne, *La politique de l'individu*, Paris, Seuil, 2013, 128 p.

Bruguière Jean-Michel, *L'entreprise à l'épreuve du droit de l'Internet*, Dalloz., 2005, 198 p.

Brunon-Ernst Anne, *Beyond Foucault : New perspectives on Bentham's Panopticon*, Farnham, Royaume-Uni, 2012, 230 p.

Bry Georges, *Cours élémentaire de législation industrielle: travail industriel et questions ouvrières, propriété industrielle, délits de contrefaçon et concurrence déloyale*, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1902, 820 p.

Brynjolfsson Erik et McAfee Andrew, *The Second Machine Age - Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, W. W. Norton & Company, 2014, 320 p.

Burnel Patrick, *Travail à domicile, télétravail : Droits et obligations de l'entreprise et du salarié*, Rueil-Malmaison, Editions Liaisons, 2012, 302 p.

Camerlynck Guillaume Henri, *Le contrat de travail*, Paris, France, Dalloz, 1982, 725 p.

Casilli Antonio, *Digital Labor : travail, technologies et conflictualités*, Editions de l'INA, 2015, p. 104.

Cauvin Emmanuel, *Vers une nouvelle Cité électronique*, BoD - Books on Demand, 2016, 622 p.

Charbonnier Olivier et Enlart Sandra, *A quoi ressemblera le travail demain ? Technologies numériques, nouvelles organisations et relations au travail*, Paris, Dunod, 2013, 192 p.

Chatry Sylvain, *La régulation d'Internet ; regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle*, Mare et Martin, 2016, 188 p.

Chauchard Jean-Pierre et Hardy-Dubernet Anne-Chantal, *L'autonomie du salarié*, La Documentation Française., coll.« cahier travail et emploi », 2003, 312 p.

Christophe BRASSEUR, *Enjeux et usages du Big Data : Technologies, méthodes et mise en oeuvre*, Lavoisier, 2013, 226 p.

Colin Frédéric, *Droit public économique*, Gualino, 2015, 380 p.

Collectif, *En avant toutes! : Assises nationales pour les droits des femmes*, Temps des CeRises, 1998, 320 p.

Collectif, *La comptabilité*, RETZ, 1974, 514 p.

Collectif, *Le Petit Robert*, Édition 2017., Le Robert, 2016, 2880 p.

Collectif, Messner Francis et Prélot Pierre-henri, *Traité du droit français des religions*, Paris, Lexis Nexis, 2003, 1318 p.

Colletis Gabriel, *L'urgence industrielle!*, Le bord de l'eau, coll.« Retour à l'économie politique », 2011, 193 p.

Colosimo Anastasia, *Les bûchers de la liberté*, Stock, 2016, 86 p.

Compiègne Isabelle, *La société numérique : la société numérique en question(s)*, Sciences Humaines, 2011, 135 p.

Cornu Gérard, Malinvaud Philippe et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, France, Presses universitaires de France, 2007, vol. 1/, 986 p.

Cornu Gérard, Malinvaud Philippe et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Quadrige., Paris, Presses universitaires de France, 2011, 1095 p.

Cottin Jean-Benoît, *Le CHSCT*, Wolters Kluwer France, 2010, 426 p.

Crom Jean-Pierre Le, *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Editions de l'Atelier, 1998, 292 p.

Dahmani Ahmed, *La démocratie à l'épreuve de la société numérique*, Karthala Editions,

2007, 386 p.

Daniel Jean-Marc et Monlouis-Félicité Frédéric, *France : la fin du déni ? Compétitivité, ce qu'en pensent les français*, Editions Eyrolles, 2014, 364 p.

Danvers Francis, *S'orienter dans la vie : une valeur suprême ? Dictionnaire de sciences humaines*, Presses Univ. Septentrion, 2009, 658 p.

David Olivier, *La population mondiale : répartition, dynamique et mobilité*, Armand Colin, 2015, 156 p.

Destexhe Alain, *Syndicats*, Renaissance du Livre, 181 p.

Digout Jacques, Fueyo Céline et Decaudin Jean-Marc, *E-Réputation des marques, des produits et des dirigeants*, Vuibert, 2013, 184 p.

Dinouart Abbé, Courtine Jean-Jacques et Haroche Claudine, *L'art de se taire : 1771*, 7e édition., Grenoble, Editions Jérôme Millon, 2015.

Dolan Simon L. et Arsenault André, *Stress, Estime de Soi, Santé et Travail*, PUQ, 2009, 352 p.

Dominique ASSING et Stéphane CALE, *La sécurité des accès mobiles : au-delà du BYOD*, Lavoisier, 2012, 274 p.

Dumon Charles-Henri, *Recruter les meilleurs à l'ère digitale*, Editions Eyrolles, 2016, 146 p.

Duquesne François, *Droit du travail*, Gualino-Lextenso éd., 2010, p. 736.

Durand Paul et Jaussaud Robert, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1947, 624 p.

Duthoit Aurélie, *Petit manuel d'économie collaborative: A l'usage des entreprises*, Editions Eyrolles, 2015, 192 p.

Eberle-Sinatra Michael et Vitali Rosati Marcello, *Pratiques de l'édition numérique*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, coll.« Parcours numériques », 2014, 219 p.

Encaoua David, Hall Bronwyn H., Laisney François et Mairesse Jacques, *The Economics and Econometrics of Innovation*, Springer Science & Business Media, 2013, 603 p.

Fauchoux Vincent et Deprez Pierre, *Le droit de l'Internet: lois, contrats et usages*, LexisNexis Litec, 2008, 351 p.

Favennec-Héry Françoise et Verkindt Pierre-Yves, *Droit du travail*, LGDJ, 2014, 703 p.

Favre Pierre, *La manifestation*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1990, 391 p.

Fayon David et Tartar Michaël, *Transformation digitale : 5 leviers pour l'entreprise*,

Pearson, 2014, 191 p.

Féral-Schuhl Christiane, *Cyberdroit le droit à l'épreuve de l'internet*, Paris, Dalloz, 2010, 732 p.

Ferry Jean-Marc, *L'allocation universelle. Pour un revenu de citoyenneté*, Cerf., Paris, Cerf, 1995, 125 p.

Festival Ciné-Droit et Centre d'études et de recherche en droit de l'immatériel, *Les robots: objets scientifiques, objets de droits*, Paris, France, Éditions Mare & Martin, 2016, 236 p.

Flynn Nancy, *The e-policy handbook: rules and best practices to safely manage your company's e-Mail, blogs, social networking, and other electronic communication tools*, Amacon, 2009, 337 p.

Folon Jacques, *Le printemps numérique: Comment la révolution digitale a modifié la société, l'enseignement et les entreprises*, Corporate Copyright, 2015, 287 p.

Fourastié Jean, *Pourquoi nous travaillons*, Paris, France, Presses universitaires de France, coll.« Que sais-je ? », n° 818, 1984, 127 p.

Fourcade Cécile, *L'autonomie collective des partenaires sociaux: essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, LGDJ, 2006, 534 p.

Frisch Françoise, *Boulodiversité: ensemble vers l'extermination du chômage*, Harmattan, coll.« Questions contemporaines », 2014, 138 p.

Gaillard Emmanuel, *Le Pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, 250 p.

Gavand Alain, *Le recrutement: enjeux, outils, meilleures pratiques et nouveaux standards*, Editions Eyrolles, 2013, 560 p.

Gillet Michelle et Gillet Patrick, *Management des systèmes d'information: Cas pratiques*, Dunod, 2009, 247 p.

Girard Bernard, *Une révolution du management: le modèle Google*, M21 Editions, 2006, 234 p.

Glatin Marc Le, *Internet: un séisme dans la culture?*, Editions De L'attribut, 2007, 90 p.

Goldfinger Charles, *Travail et hors-travail: vers une société fluide*, Odile Jacob, 1998, 356 p.

Guerin Lisa et Delpe Amy, *Create Your Own Employee Handbook: A Legal & Practical Guide for Employers*, Nolo, 2015, 433 p.

Gurvitch Georges et Leroy Maxime, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, J. Vrin, 1932.

Haubold Bénédicte, *Les risques psychosociaux : analyser et prévenir les risques humains*, Editions Eyrolles, 2010, 320 p.

Hennion Romain, Hawksworth Alison et Tournier Hubert, *Architecture et transformation de l'entreprise et du SI*, Editions Eyrolles, 2014, 335 p.

Henrotte Jean-François et Jongen François, *Pas de droit sans technologie*, Éditions Larcier, 2015, 262 p.

Hislop Donald, *Mobility and Technology in the Workplace*, Routledge, 2008, 257 p.

Holcman Robert, *Économie sociale et solidaire*, Dunod, 2015, 318 p.

Hossler Mélanie, Murat Olivier et Jouanne Alexandre, *Faire du marketing sur les réseaux sociaux: 12 modules pour construire sa stratégie social media*, Editions Eyrolles, 2014, 316 p.

Huet Jérôme et Dreyer Emmanuel, *Droit de la communication numérique*, Paris, LGDJ, 2011, 376 p.

Iancu Danièle, Tavera Antoine et Bercovi-Huard Carole, *Exclus et systèmes d'exclusion dans la littérature et la civilisation médiévales*, Presses universitaires de Provence, 1978, 247 p.

Iribarne Alain d', *Performance au travail : Et si tout commençait par vos bureaux ?*, Triel-sur-Seine, Italiques, 2012, 128 p.

Jacqmin Paul et Ertaintot René-Langlois, *Loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, droits des patrons et ouvriers*, Paris, E. Plon, Nourrit et Cie, 1899, 315 p.

Jonas Hans, *Une éthique pour la civilisation technologique*, Editions du Cerf, 1990, 470 p.

Jourdan Dominique, Antonmattei Paul-Henri, Derue André et Morand Michel, *Les risques psychosociaux : identifier, prévenir, traiter*, Wolters Kluwer France, 2010, 210 p.

Journoud Ségolène et Conjard Patrick, *Prévention des risques psychosociaux : quelle formation pour les managers ?*, ANACT., 2012, 38 p.

Jutand Francis, Herzog Judith, Bonnet Yann, Berthet Charly, Thieulin Benoit, Abiteboul Serge, Andrieux Nathalie, Daloz Pascal, Pujo Nathalie, Rouyrès Lara, Sonnac Nathalie et Soufron Jean-Baptiste, *Neutralité des plateformes: Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable*, Conseil national du numérique, 2014, 120 p.

Kalika Michel, *Management et TIC*, Wolters Kluwer France, 2006, 260 p.

Kaplan Daniel et Lafont Hubert, *Mobilités.net : Villes, transports, technologies face aux*

nouvelles mobilités, Paris, LGDJ, 2004, 380 p.

Kerlan Françoise, *Guide pour la GPEC : Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences*, Editions Eyrolles, 2012, 346 p.

Kindt Els J., *Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications: A Comparative Legal Analysis*, Springer Science & Business Media, 2013, 988 p.

Klein Annabelle et Proulx Serge, *Connexions : Communication numérique et lien social*, Presses universitaires de Namur, 2012, 355 p.

Laferrière Julien, *Manuel de droit constitutionnel*, Domat-Montchrestien, 1947, 1112 p.

Lamberts Vincent, *La propriété intellectuelle des créations de salariés*, Larcier, 2004, 190 p.

Lambrichs Louise et Schwartz Bertrand, *Moderniser sans exclure*, La Découverte, 1994, 183 p.

Lanouzière Hervé et Combrexelle Jean-Denis, *Prévenir la santé et la sécurité au travail : Démarche générale, lieux et équipements*, Rueil-Malmaison, Sa Lamy, 2012, vol.1, 427 p.

Laporte Sandra, *Droit du travail : les arrêts décisifs 2011/2012*, Wolters Kluwer France, 662 p.

Larrieu Jacques, *Droit de l'Internet*, Ellipses, 2010, 218 p.

Laurent-Kogan Anne-France Saint et Metzger Jean-Luc, *Où va le travail à l'ère du numérique ?*, Presses des MINES, 2013, 62 p.

Le Guyader Patrick, *Protection des données sur Internet*, Lavoisier, 2013, 274 p.

Leclercq Aurélie, Isaac Henri et Kalika Michel, *Travail à distance et e-management : Organisation et contrôle*, Dunod, 2013, 178 p.

Lecucq Olivier, *État, collectivités territoriales et droits sociaux: étude de droit comparé*, L'Harmattan, coll.« Bibliothèques de droit », 2015, 220 p.

Lefebvre Alain, *Les réseaux sociaux : pivot de l'Internet 2.0*, M21 Editions, 2005, 213 p.

Lejeune Yannick, *TiC 2025, les grandes mutations : comment Internet et les technologies de l'information et de la communication vont dessiner les prochaines années*, FYP editions, 2010, 201 p.

Lerouge Loïc, *La reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail*, LGDJ, 2005, 458 p.

Lévy Pierre, *L'Intelligence collective : pour une anthropologie du cyberspace*, La Découverte, 1997, 245 p.

Loarne-Lemaire Séverine Le et Blanco Sylvie, *Management de l'innovation*, Pearson Education France, 2012, 432 p.

Lojkine Jean et Malétras Jean-Luc, *La guerre du temps : le travail en quête de mesure*, L'Harmattan, 2002, 242 p.

Lyon-Caen Gérard et Camerlynck Guillaume Henri, *Droit du travail*, Paris, France, Dalloz, 1981, 498 p.

Lyon-Caen Gérard, *Le droit du travail: une technique réversible*, Dalloz, 1995, 99 p.

Lyon-Caen Gérard, *Manuel de droit du travail et de la Sécurité sociale*, LGDJ, 1955, 458 p.

Lyon-Caen Gérard, Péliissier Jean et Supiot Alain, *Droit du travail*, Paris, France, Dalloz, coll.« Précis Dalloz », 1994, 919 p.

Maier Corinne, *Bonjour paresse : De l'art et la nécessité d'en faire le moins possible en entreprise*, Michalon., Paris, 2004, 117 p.

Maire Philippe, *Au chevet de la santé*, Jouvence, 2014, 310 p.

Marc Yann-Arzel, *La naissance du droit de pétition: contribution à l'histoire de la démocratie représentative*, 2004, 585 p.

Marrec Anne, *La gestion des nouvelles organisations virtuelles : un sport extrême*, Presses Université Laval, 2005, 276 p.

Maruani Margaret, *Travail et emploi des femmes*, La Découverte, 2011, 131 p.

Mathe Hervé, *Innovation de mobilité, mobilité de l'innovation*, ESSEC Publishing, 2011, 54 p.

Mattatia Fabrice et Bobant Alain, *Internet et les réseaux sociaux : Que dit la loi ? Liberté d'expression, données personnelles, achats en ligne, Internet au bureau*, 2e édition., Paris, Eyrolles, 2015, 246 p.

Mattatia Fabrice, *Le droit des données personnelles : N'attendez pas que la CNIL ou les pirates vous tombent dessus !*, Editions Eyrolles, 2016, 243 p.

Mattatia Fabrice, *Le droit des données personnelles: n'attendez pas que la CNIL ou les pirates vous tombent dessus !*, Editions Eyrolles, 2016, 243 p.

Maxwell Winston et Curien Nicolas, *La neutralité d'Internet*, La Découverte, 2011, 131 p.

McAfee Andrew, *Enterprise 2.0 : new collaborative tools for your organization's toughest challenges*, Boston, Mass., Harvard Business Press, 2009.

Mélin François et Séguineau-Branchu Malika, *Pour tout savoir sur son salaire : sa composition, sa détermination, son paiement*, Wolters Kluwer France, 2007, 216 p.

Ménard Bruno, *L'entreprise numérique*, CIGREF, nuvis, 2012, 386 p.

Métayer Daniel Le et Collectif, *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruxelles, Emile Bruylant, 2010, 302 p.

Missonnier Sylvain et Vlachopoulou Xanthie, *Psychologie des écrans : « Que sais-je ? » n° 4001*, Presses Universitaires de France, 2015, 97 p.

Moinet Nicolas, *La boîte à outils de la sécurité économique*, Dunod, 2015, 192 p.

Morin Marie-Laure, Pécaut-Rivolier Laurence et Struillou Yves, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, 3ème éd., Dalloz, 2015, 1320 p.

Mullenders André, *E-DRH : Outil de gestion innovant*, De Boeck Supérieur, 2009, 336 p.

Neschke-Hentschke Ada et Follon Jacques, *Platonisme politique et théorie du droit naturel : Le platonisme politique dans l'antiquité*, Peeters Publishers, 1995, 300 p.

Niel Sylvain, *Droit et RH : suivez le guide*, Wolters Kluwer France, 2007, 212 p.

Nishimata Aline, Nishimata Julien et Nishimata Olivier, *Etre entrepreneur aujourd'hui : Comprendre les principales tendances de l'entrepreneuriat*, Editions Eyrolles, 2016, 199 p.

Nissenbaum Helen, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, 2009, 304 p.

Nobre Freitas, *Le droit de réponse et la nouvelle technique de l'information*, Nouvelles Éditions latines, 1974, 246 p.

O'Neill Louis, *Initiation à l'éthique sociale*, Les Editions Fides, 1998, 490 p.

Ollier Pierre-Dominique, *Le droit du travail*, Armand Colin., 1972, 591 p.

Ouaissi Haïba, *Le travail de demain : rénovation ou révolution ?*, Paris, LGDJ, 2014, 230 p.

Owen Bernard, *Le processus électoral: permanences et évolutions : réflexions à partir des actes du colloque réuni au Sénat le 22 novembre 2005*, Studyrama, 2006, 258 p.

Pasquale Frank, *The Black Box Society*, Harvard University Press, 2015, 320 p.

Paulsen Roland, *Empty Labor : Idleness and Workplace Resistance*, Cambridge University Press, 2014, 230 p.

Perraki Panagiota, *La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé européen: Étude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen*, Editions L'Harmattan, 2015, 594 p.

Peskine Elsa et Wolmark Cyril, *Droit du travail*, 9. éd., Paris, Dalloz, 2014, 735 p.

Pfeiffer Laetitia, *MOOC, COOC : La formation professionnelle à l'ère du digital*, Dunod, 2015, 203 p.

Piatti Marie-Christine, *Les libertés individuelles à l'épreuve des nouvelles technologies de l'information*, Presses Universitaires Lyon, 2001, 216 p.

Pic Paul, *Traité élémentaire de législation industrielle*, A. Rousseau, 1894, 623 p.

Piette-Coudol Thierry, *Les objets connectés : Sécurité juridique et technique*, Paris, Lexis Nexis, 2015, 126 p.

Plane Jean-Michel, Agrh et Noguera Florence, *Le leadership : Recherches et pratiques*, Vuibert, 2016, 233 p.

Planterose Philippe, *Télétravail : travailler en vivant mieux*, Editions Eyrolles, 2014, 249 p.

Platon, *Les Lois - Livres I à VI*, Editions Flammarion, 2011, 428 p.

Platon, *Les lois de Platon*, traduit par Emmanuel BECKER, Paris, Chez Lefèvre, 1842, 540 p.

Popper Karl Raimund, *La société ouverte et ses ennemis*, Seuil, 1979, 254 p.

Pothier Robert Joseph, *Oeuvres complètes : Traité du contrat de louage*, Chez Thomine et Fortic, 1821, 556 p.

Putallaz Jean-Jacques, *Les Temps verticaux*, Sion., 1997, 200 p.

Putz Jean-Luc, *Aux origines du droit du travail – Législation, libertés et acteurs : Éléments de réflexion sur la genèse et sur l'état actuel du droit du travail luxembourgeois*, Primento, 2014, 548 p.

Putz Jean-Luc, *Le salarié face au patrimoine intellectuel de l'entreprise*, Groupe de Boeck, 2011, 216 p.

Quemener Myriam, *Cybersécurité des acteurs économiques - risques, réponses stratégiques et juridiques*, Lavoisier, 2013, 242 p.

Quint Nathalie, *Mieux utiliser Internet pour être plus efficace au bureau et chez soi*, Maxima, 2007, 198 p.

Ray Jean-Emmanuel, *Droit du travail, droit vivant*, Wolters Kluwer France, 2008, 1002 p.

Ray Jean-Emmanuel, *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC*, Paris, Liaisons, 2001, 247 p.

Reman Pierre, Ladrière François et Feltesse Patrick, *La santé au coeur des transformations du travail*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2009, 108 p.

Rifkin Jeremy, *La troisième révolution industrielle : comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, traduit par Françoise CHEMLA et traduit par Paul CHEMLA, Paris, LLL, les liens qui libèrent, 2012, 413 p.

Robespierre Maximilien de, *Œuvres de Maximilien Robespierre*, Chez l'éditeur, 1840, 1024 p.

Rolland Jean-Michel, *Manager les e-comportements : Technopathe, technophile, technophobe... comment motiver les collaborateurs 2.0*, Editions Eyrolles, 2013, 259 p.

Rosanvallon Pierre et Fitoussi Jean-Paul, *Le nouvel âge des inégalités*, Paris, Seuil, 1998, 232 p.

Rosnay Joël de et Revelli Carlo, *La révolte du pronetariat - Des mass média aux média des masses*, Paris, Fayard, 2006, 250 p.

Ruano-Philippeau Maria et Gourion Pierre-Alain, *Le droit de l'Internet dans l'entreprise*, LGDJ., 2003, 168 p.

Schneider Bertrand et Rosensohn Nicole, *Télétravail, réalité ou espérance ?*, Presses universitaires de France, 1997, 202 p.

Scholz Trebor, *Digital Labor : The Internet as Playground and Factory*, Routledge, 2013, 274 p.

Schumpeter Joseph Alois, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, traduit par Gaël FAIN, Payot, 1963, 433 p.

Sen Amartya, *Un nouveau modèle économique. Développement, justice, liberté*, Paris, Editions Odile Jacob, 2000, 356 p.

Serres Michel, *Petite Poucette*, Paris, Éd. le Pommier, 2012, 84 p.

Shepard Zoé, *Absolument dé-bor-dée ! Ou le paradoxe du fonctionnaire*, Paris, Points, 2011, 304 p.

Smith Adam, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Guillaumin, 1813, 612 p.

Storhaye Patrick, *Transformation, RH & digital : De la promesse à la feuille de route*, Éditions EMS, 2016, 165 p.

Strowel Alain et Jeanneney Préface de : Jean-Noël, *Quand Google défie le Droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, Première Édition., Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2011, 238 p.

Sue Roger, *Sommes-nous vraiment prêts à changer ? le social au coeur de l'économie*, Paris, LLL, les Liens qui libèrent, 2011, 247 p.

Supiot Alain, *Critique du droit du travail*, Paris, France, Presses Universitaires de

France, 2007, 280 p.

Supiot Alain, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, 333 p.

Supiot Alain, *La Gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015, 330 p.

Tarde Gabriel, *Psychologie économique*, Paris, F. Alcan, coll.« Bibliothèque de philosophie contemporaine », 1902, vol. 2/1, 448 p.

Taskin Laurent et Vendramin Patricia, *Le télétravail, une vague silencieuse : les enjeux socio-économiques d'une nouvelle flexibilité*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2004, 118 p.

Teyssié Bernard, *Droit du travail - Relations collectives*, LexisNexis., 2016, 970 p.

Teyssié Bernard, *La communication numérique, un droit, des droits*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2012, 626 p.

Thévenet Maurice, Dejoux Cécile et Marbot Éléonore, *Fonctions RH: politiques, métiers et outils des ressources humaines*, Pearson Education France, 2012, 548 p.

Thévenet Maurice, Dejoux Cécile, Marbot Éléonore, Normand Étienne et Bender Anne-Françoise, *Fonctions RH : Politiques, métiers et outils des ressources humaines*, Pearson Education France, 2009, 482 p.

Touati Jean-Jacques, *Le motif de licenciement à la loupe*, Wolters Kluwer France, 2004, 276 p.

Tournaux Sébastien, *Droit du travail*, Paris, Bréal, 2011, 555 p.

Tremblay Diane-Gabrielle, *Articuler emploi et famille: le rôle du soutien organisationnel*, PUQ, 2012, 286 p.

Türk Alex, *La Vie privée en péril : Des citoyens sous contrôle*, Paris, Odile Jacob, 2011, 272 p.

Union des Industries Métallurgiques et Minières, Le travail à domicile : une voie d'avenir, UIMM, 1984, 69 p.

Vakaloulis Michel, *Le comité d'entreprise de demain*, Éditions de l'Atelier, 2015, 103 p.

Ventre Daniel, *Cyberattaque et cybersécurité*, Lavoisier, 2011, 323 p.

Verdoni Nicolas, *Gérer un réseau de commerce organisé : Approche stratégique et techniques d'animation opérationnelle*, BoD - Books on Demand, 2014, 190 p.

Véron Michel, *Droit pénal spécial*, Dalloz., Paris, coll.« Sirey Université », 2008, 530 p.

Vivant Michel, Le Stanc Christian, Rapp Lucien et Guibal Michel, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Paris, Lamy, 2011.

Vogel Gaston, *Le nouveau droit de la presse*, Groupe de Boeck, 2004, 260 p.

Waquet Philippe et Collectif, *13 paradoxes en droit du travail*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2012, 495 p.

Zara Olivier, *Le management de l'intelligence collective : vers une nouvelle gouvernance*, M21 Editions, 2008, 273 p.

Zawieja Philippe, *Le burn out*, Presses Universitaires de France, coll.« Que sais-je ? », n° 4017, 2015, 85 p.

Zoller Élisabeth, *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, 2008, 350 p.

Chapitres d'ouvrages

Achilleas Philippe, « Une Société mondiale de l'information inclusive comme préalable à la formation des opinions publiques », dans *L'opinion numérique*, Paris, Dalloz, 2006, p. 111-127.

Barbrook Richard, « L'économie du don high tech », dans *Libres enfants du savoir numérique*, Editions de l'Éclat, 2012, p. 141-162.

Béliet Gilles, « Le tumulte des NTIC et des libertés », dans *13 paradoxes en droit du travail*, Wolters Kluwer France, 2012, p. 235-239.

Berra Daniel, « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », dans *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, Presses Universitaires de Toulouse, 2001, p. 123-141.

Bossu Bernard, « Fasc. 13-16 Vote électronique », dans *JCl. Travail Traité*, 2015.

Castets-Renard Céline, « NTIC et droit du travail », dans *J.-Cl communication*, vol.Fasc. 4820.

Cesaro Jean-François, « La subordination », dans *Les notions fondamentales du droit du travail*, Paris, France, Ed. Panthéon-Assas : LGDJ diffuseur, 2009, p. 129-147.

Chupin Ivan, Hubé Nicolas et Kaciaf Nicolas, « Le brouillage des frontières médiatiques (des années 1980 à nos jours) », dans *Histoire politique et économique des médias en France*, La Découverte., coll.« Repères », 2012, vol.2e éd., p. 90-110.

Coppens Philippe, « Le temps en droit et en économie », dans Gilberte Closset-Marchal (dir.), *Le temps et le droit: hommage au professeur Closset-Marchal*, Bruxelles, Éd. Bruylant, 2013, p. 43-62.

De Saint Laurent-Kogan Anne-France, « Le travail à l'heure numérique », dans *La société numérique*, La Documentation française, coll.« Cahiers français », n° 372, 2013, p. 27-32.

Favennec-Hery Françoise, « Le contrôle judiciaire », dans *La négociation du contrat de travail*, Dalloz., 2004, p. 85.

Geffray Édouard, « Comment assurer l'effectivité de la protection des droits à l'ère post-snowden ? », dans *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, Éditions Larcier, 2016, p. 20- 26.

Glicenstein Jérôme, « Le paysage panoptique d'Internet. Remarques à partir de Jeremy Bentham », dans *Autres sites, nouveaux paysages*, Presses universitaires de France, 2001, p. 97- 116.

Hauriou Maurice, « La Théorie de l'institution et de fondation », dans *La cité moderne et les transformations du droit*, Bloud & Gay., Paris, 1925, p. 1- 147.

Keynes John Maynard, « Economic Possibilities for Our Grandchildren », dans *Essays in Persuasion*, New York, W.W.Norton & Co., 1963, p. 358- 373.

Marx Karl, « Chapitre VI : Achat et vente de la force de travail », dans *Le Capital - Livre premier*, 1867.

Mascala Corinne, « Criminalité et contrat électronique », dans *Le contrat électronique-- Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 115.

Millard Eric, « Hauriou et la théorie de l'institution », dans *Droit et Société*, Paris, 1995, p. 381- 412.

Nayer André, « Droit du travail et cyberspace : du vestige au vertige ? », dans *Les Droits de l'homme dans le cyberspace*, Paris, UNESCO : Economica, 2005, p. 131- 151.

Paul Christian, « Le créateur, le génie et l'éditeur (Préface) », dans *L'avenir des idées: le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, Presses Universitaires Lyon, 2005, p. 414.

Pledel Iannis, « Les nouvelles logiques d'expression : blogs et journalisme participatif, vers une e-démocratie ? », dans *La démocratie à l'épreuve de la Société Numérique*, Editions Karthala., 2007, p. 209- 225.

Rosanvallon Jérémie, « Le Travail à distance au carrefour de deux types de collectifs », dans *Le travail à l'épreuve des paradigmes sociologiques*, Toulouse, France, Octarès éd., 2007, p. 303- 314.

Supiot Alain, « Les relations collectives de travail », dans *Que sais-je ?*, 2016, vol.6e éd., p. 81- 104.

Tietse Samuel, « De la médiation documentaire à la navigation numérique : vers une modélisation du comportement informationnel des médecins en contexte hospitalier », dans Christiane Volant (dir.), *L'information dans les organisations : dynamique et complexité*, Tours, Presses universitaires François-Rabelais, coll.« Perspectives Villes et Territoires », 2013, p. 235- 247.

Vendramin Patricia, « Les métiers des TIC : un nomadisme coopératif », dans *Où va le travail à l'ère du numérique ?*, Paris, Mines Paris, les presses-Paristech, 2007, p. 89- 104.

Articles de revues

About Carole, « L'employeur doit respecter le secret des correspondances des salariés protégés », *Les Cahiers Lamy du CE*, n° 116, juin 2012.

Acar Bruno et Béliet Gilles, « Astreintes et temps de travail », *Dr. soc.*, n° 6, juin 1990, p. 502- 514.

Adam Patrice, « SMS, vie privée et portable professionnel : histoire (courte) d'un Homme « sans territoire » », *RDT*, 2015, p. 191.

Aissi Linda Ben Fekih, « Monitoring électronique des performances : sources de stress », *Management & Avenir*, n° 37, 1 décembre 2010, p. 306- 328.

Akandji-Kombé Jean-François, « Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », *RDT*, 2011, p. 233.

Alfandari Elie, « Entraide familiale et solidarité entre les générations », *RDSS*, 2010, p. 188.

Alric Clotilde, « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *JDI*, n° 1, mars 2003, p. 39.

Amauger-Lattes Marie-Cécile, « Comment simplifier les règles de compétence internationale en matière de conflit individuel de travail ? », *Dr. soc.*, 2003, p. 1103.

Amir-Aslani Ardavan, « Les congés face aux nécessités du service », *Gaz. Pal. santé-social*, n° 53-54, juillet 2009, p. 48- 50.

Anact-Aract, « La conciliation des temps, une question à plusieurs dimensions », *Travail & changement*, n° 355, mai/juin 2014, p. 2-4.

Anact-Aract, « Numérique et conditions de travail: les enjeux d'une transformation en marche », *Travail & Changement*, n° 362, janvier 2016, p. 1- 2.

Andolfatto Dominique et Labbé Dominique, « La transformation des syndicats français », *Revue française de science politique*, vol. 56, n° 2, 15 avril 2006, p. 281-297.

Arcy Jean d', « Le droit de l'homme à communiquer », *Revue de l'UER*, novembre 1969.

Arnaud André-Jean, « Modélisation de la décision complexe en droit quelques pistes de recherche », *Cahiers du CIRESS*, n° 2, décembre 1996, p. 7-28.

Arnaud Stéphanie, « Analyse économique du droit au respect de la vie personnelle : application à la relation de travail en France », *Revue internationale de droit économique*, t. XXI, 2, n° 2, 2007, p. 129.

Aschieri Gérard, Chérèque François, Mailly Jean-Claude et Thibault Bernard, « Questions sur l'avenir du syndicalisme », *Mouvements*, no 43, n° 1, 15 janvier 2006, p. 108-120.

Askénazy Philippe et Gianella Christian, « Le paradoxe de productivité : les changements organisationnels, facteur complémentaire à l'informatisation », *Économie et statistique*, n° 339-340, mai 2001, p. 219-242.

Astaix Anthony, « Facebook : dénigrement de l'employeur par le salarié – CPH de Boulogne-Billancourt, 19 novembre 2010, n° 10/00853 », *D.*, 2010, p. 2846.

Astaix Anthony, « Le footballeur professionnel peut s'exprimer également hors du terrain », *Dalloz actualité*, mai 2011.

Astaix Anthony, « Contrôle de la durée du travail : conditions d'utilisation d'un GPS », *Dalloz actualité*, 14 novembre 2011.

Astaix Anthony, « Les outils techniques personnels des salariés : quelle confidentialité ? », *Dalloz actualité*, juin 2012.

Aubert-Monpeyssen Thérèse, « Un salarié ne bénéficie pas de son repos hebdomadaire lorsqu'il est d'astreinte », *D.*, 2002, p. 3110.

Auzero Gilles, « La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise », 2015, p. 1006.

Barriot Éleonore, « Projet de loi travail : le renvoi à la négociation d'entreprise est généralisé », *Dalloz actualité*, février 2016.

Barthélémy Jacques, « Le professionnel parasubordonné », *JCP E*, n° 47, 1996, p. 606.

Barthélémy Jacques, « La notion de durée du travail et la civilisation du savoir », *JCP G*, n° 10, mars 1998, p. 375.

Barthélémy Jacques, « Droit de la durée du travail : la tendance à la contractualisation », *Dr. soc.*, n° 1, janvier 2003, p. 25-32.

Barthélémy Jacques, « Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Les Cahiers du DRH*, n° 144, 2008, p. 35-49.

Barthélémy Jacques, « Parasubordination », *Les Cahiers du DRH*, mai 2008, p. 27.

Barthélémy Jacques, « Le principe d'égalité de traitement », *Les Cahiers du DRH*, n° 157, septembre 2009, p. 31-41.

Barthélémy Jacques, « Le référendum, source de garanties de prévoyance », *Dr. soc.*, 2012, p. 70.

Barthélémy Jacques, « Le rôle de la jurisprudence dans le droit de la formation », *Dr. soc.*, 2014, p. 1007.

Barthélémy Jacques, « Vers un droit du travail plus conventionnel et moins réglementaire ? », *Le mensuel Barthélémy*, n° 8, octobre 2015, p. 1.

Barthélémy Jacques et Cette Gilbert, « Droit social : pourquoi et comment le refonder ? », *Dr. soc.*, 2012, p. 763.

Barthélémy Jacques et Cette Gilbert, « Refonder le droit social par la négociation collective : que faire ? », *Regards croisés sur l'économie*, vol. 13, n° 1, 2 septembre 2013, p. 194-209.

Barthélémy Jacques et Cette Gilbert, « 35 heures : les difficultés ne sont pas là où on les imagine », *Lamy temps de travail*, n° 41, décembre 2014.

Baudry Bernard et Charmettant Hervé, « L'analyse de la « relation d'emploi » par les économistes « contractualistes » et « conventionnalistes » », *Revue économique*, Vol. 59, n° 2, 14 mars 2008, p. 213-239.

Beck Robert, « Esprit et genèse de la loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire », *Histoire, économie & société*, vol. 28, n° 3, 1 septembre 2009, p. 5-5.

Bedja Laïla, « Réflexions autour du compte personnel d'activité », *Hebdo édition sociale*, n° 652, avril 2016.

Belton Leslie, « De la permanence du concept de frontière. Les liens entre travail et vie privée à La Défense », *Espaces et sociétés*, vol. 138, n° 3, 14 septembre 2009, p. 99-113.

Belton Leslie et Coninck Frédéric de, « Des frontières et des liens », *Réseaux*, vol. 140, n° 1, 1 mai 2007, p. 67-100.

Benesty Gabriel, « Le clair-obscur du contrôle de la vidéosurveillance », *AJDA*, 2010, p.

764.

Bensamoun Alexandra, « Les créations salariées : véritable oxymore du droit d'auteur ? », *D.*, 2014, p. 2351.

Bensoussan Alain, « Vie privée – vie personnelle », *Gaz. Pal.*, n° 22, 22 janvier 2011, p. 3.

Béraud Jean-Marc, « Protéger qui exactement ? Le tentateur ? le sport amateur ? Le travailleur ? », *Dr. soc.*, n° 3, 2013, p. 197-201.

Berenguer-Guillon Joëlle et Gallier Alexandra, « Informatique et droit du travail », *Gaz. Pal.*, n° 109, 18 avril 2000, p. 6.

Berenguer-Guillon Joëlle et Gallier Alexandra, « L'utilité des chartes déontologiques relatives à l'utilisation de l'outil informatique », *Gaz. Pal.*, n° 23, 23 janvier 2001, p. 14.

Bergeron Franck, « Réseaux sociaux et droit d'expression des salariés », *Economie & Comptabilité*, n° 245, janvier 2015, p. 56-58.

Berlan Camille, « Défaut d'information du CE : les élus doivent réagir très rapidement ! », *Les Cahiers Lamy du CE*, n° 138, juin 2014, p. 19.

Bérout Sophie et Dompnier, « L'essor du vote électronique dans les élections professionnelles : un terrain d'expérimentation ? », *Dr. soc.*, 2013, p. 522.

Bérout Sophie, Karel Yon, Dressen Maxime, Gantois Maïlys, Guillaume Cécile et Kesselman Donna, « La loi du 20 août 2008 et ses implications sur les pratiques syndicales en entreprise : sociologie des appropriations pratiques d'un nouveau dispositif juridique. », *HAL Id: halshs-00609506*, p. 19 juillet 2011.

Bérout Sophie, Le Crom Jean-Pierre et Yon Karel, « Représentativités syndicales, représentativités patronales. Règles juridiques et pratiques sociales. Introduction », *Travail et Emploi*, n° 131, 15 septembre 2012, p. 5-22.

Berrebi-Hoffmann Isabelle, « Impossible subordination ? Figures de la relation hiérarchique dans les services informatiques », *Clinique du travail*, 1 mars 2012, p. 59-79.

Bitan Florence, « courrier électronique », *J.Cl. communication*, Fasc. 4740, Avril 2014.

Blaxell Deborah et Bonney Martin, « Les défis liés au traitement des preuves audio », *JCP G*, n° 40, 30 septembre 2013, p. 1034.

Blumberg-Mokri Myriam et Institut de droit comparé, « Vers un droit européen de la bioéthique ? Les institutions productrices en matière de reproduction humaine », *La Documentation Française*, février 1999, p. 86.

Boistel Philippe, « La réputation d'entreprise : un impact majeur sur les ressources de l'entreprise », *Management & Avenir*, n° 17, 1 juin 2008, p. 9- 25.

Boistel Philippe, « Réputation : un concept à définir », *Communication & Organisation*, n° 46, n° 2, 30 mars 2015, p. 211- 224.

Boizard Maryline, « Les inventions de salarié : un petit pas pour les inventeurs du secteur privé », *D.*, 2008, p. 1386.

Bomsel Olivier et Le Blanc Gilles, « Qu'est ce que l'économie numérique? », *La Recherche*, n° 328, 2000, p. 82- 87.

Boncourt Laëtitia, « L'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise dans le nouveau Code du travail », *Gaz. Pal.*, n° 299, 25 octobre 2008, p. 3.

Bonenfant Sylvain, « Profession : Correspondant informatique et libertés (CIL) », *AJCT*, 2014, p. 52.

Borenfreund Georges, « L'accord collectif, instrument de contrôle de l'information syndicale transmise par l'intranet de l'entreprise », *RDT*, 2008, p. 324.

Bossi Jeanne, « Comment organiser aujourd'hui en France la protection des données de santé », *RDSS*, 2010, p. 208.

Bossu Bernard, « Nouvelles technologies et surveillance du salarié », *RJS*, 2001, p. 665.

Bossu Bernard, « Un courriel émanant initialement de la messagerie personnelle du salarié peut avoir un caractère professionnel », *JCP S*, 2013, p. 1360.

Bossu Bernard, « L'envoi d'un message à connotation religieuse au temps et au lieu du travail », *RDT*, 2015, p. 614.

Bossu Bernard et Morgenroth Thomas, « La géolocalisation ne doit pas être détournée de sa finalité », *RDT*, 2012, p. 156.

Bouchard Véronique et Bos Céline, « Dispositifs intrapreneuriaux et créativité organisationnelle », *Revue française de gestion*, vol. 161, n° 2, 2006, p. 95- 109.

Bouchard Véronique et Fayolle Alain, « Comment mettre en œuvre l'intrapreneuriat ? », *Gestion*, vol. 36, n° 4, 10 janvier 2012, p. 11- 21.

Bouchet Hubert, « La surveillance numérique au travail », *Hermès, La Revue*, n° 53, 26 octobre 2013, p. 85- 90.

Bouchet Jean-Paul, « Au nom de qui parle-t-on de « qualité de vie » ? », *Dr. soc.*, 2015, p. 155.

Bouchon Caroline, Michard Benoît, Plasse Anthony et Paraque Bernard, « Coopératives et Gouvernance : modernité ou archaïsme ? », *Annals of Public and*

Cooperative Economics, 2012, p. 317-335.

Boulin Jean-Yves, « Pour une urbanistique des temps. La désynchronisation des temps sociaux », *Futuribles*, p. 5-19.

Boulin Jean-Yves, Cette Gilbert et Taddéi Dominique, « Le temps de travail : une mutation majeure. Une introduction générale », *Futuribles*, n° 165-166, 1993, p. 17.

Bourion Christian et Persson Sybil, « Production quantitative et qualitative de plaisir au travail », *Revue internationale de psychosociologie*, Vol. XVI, n° 39, 3 mai 2010, p. 297-320.

Bourion Christian et Trebucq Stéphane, « Le bore-out-syndrom », *Revue internationale de psychosociologie*, Vol. XVII, n° 41, 11 avril 2011, p. 319-346.

Bouton Jacqueline, « Vers une généralisation du lanceur d'alerte en droit français », *RDT*, 2014, p. 471.

Bowman Laura, Levine Laura, Waite Bradley et Gendron Michael, « Can students really multitask? An experimental study of instant messaging while reading », *Computers & Education*, vol. 54, n° 4, mai 2010, p. 927-931.

Brasseur Grégory, « Le grand entretien : l'entreprise fait toujours partie des solutions », *travail & sécurité*, n° 742, septembre 2013, p. 10-12.

Bresnahan Timothy F., Brynjolfsson Erik et Hitt Lorin M., « Information Technology, Workplace Organization, and the Demand for Skilled Labor: Firm-Level Evidence », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 117, 2012, p. 339-376.

Bresson Yoland, « Le coeur de l'accord, garantir le revenu », *Transversales*, n° 3, mai 1992, p. 129.

Bretonneau Aurélie, « Vote électronique et exigence d'expertise préalable », *RDT*, 2015, p. 244.

Brigitte Lestrade, « L'essor du télétravail s'accompagne d'incertitudes juridiques », *Revue Européenne du droit social*, XV, 2012, p. 191-200.

Brown Ian, « The Global Online Freedom Act », *Georgetown Journal of International Affairs*, vol. 14, n° 1, Winter/Spring 2013, p. 153-160.

Bruguière Jean-Michel, « Le « droit à » l'oubli numérique, un droit à oublier », *D.*, 2014, p. 299.

Brunelle Christian, Hayden Annette et Murray Gregor, « Les systèmes de représentation au travail : à la mesure des réalités contemporaines ? », *Relations industrielles*, vol. 66, n° 4, 2011, p. 493-502.

Brunelle Christian et Samson Mélanie, « La liberté d'expression au travail et l'obligation de loyauté du salarié : plaider pour un espace critique accru », *Les Cahiers de droit*, vol. 46, n° 4, 2005, p. 847-904.

Bué Jennifer, Coutrot Thomas, Guignon Nicole et Sandret Nicolas, « Les facteurs de risques psychosociaux au travail », vol. 2-3, n° 2, 1 juin 2008, p. 45-70.

Bugada Alexis, « Santé au travail : neutralité de la faute du salarié à l'égard du principe de responsabilité de l'employeur », *Gaz. Pal.*, n° 13, 29 mars 2016, p. 69.

Caire Guy, « Globalisation et relations professionnelles », *Tiers-Monde*, vol. 39, n° 156, 1998, p. 727-752.

Calme Sandie, « Quelle compétence juridictionnelle pour l'action en justice du travailleur licencié potentiellement créancier de l'insolvabilité entre la France et l'Allemagne », *LPA*, n° 103, 23 mai 2013, p. 12.

Canut Florence, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », *Dr. soc.*, 2010, p. 379.

Caprioli Eric, « Cybersurveillance des salariés : du droit à la pratique des chartes «informatiques» », *LPA*, 29 septembre 2004, p. 7.

Caprioli Eric, « Validité du contrôle du contenu de messages envoyés depuis une messagerie personnelle », *Communication Commerce électronique*, vol. 10, octobre 2013, p. 110.

Caron Mathilde et Verkindt Pierre-Yves, « Le droit de la sécurité sociale confronté aux nouveaux risques professionnels », *RDSS*, 2010, p. 593.

Casaux-Labrunée Lise, « Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ? », *Dr. soc.*, 2007, p. 58.

Casaux-Labrunée Lise, « Vie privée des salariés et vie de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2012, p. 331.

Casilli Antonio A., « Contre l'hypothèse de la « fin de la vie privée » », *Revue française des sciences de l'information et de la communication*, n° 3, 30 juillet 2013.

Castel Delphine, « Numérique - Plateformes de services - Vers de nouvelles cotisations ? », *JT*, n° 179, 2015, p. 10.

Castel Delphine, « Social - Activité créatrice - Salarié et auteur : une situation empoisonnée ? », *JAC*, n° 25, 2015, p. 41.

Castel Delphine, « Abus de virtuel, sanctions bien réelles ! », *JA*, n° 537, 2016, p. 40.

Castonguay Sylvie, « Les "Tweets" et le droit d'auteur ? », *Magazine de l'OMPI*, n° 4,

Juillet 2009, p. 11- 13.

Causse Nicolas, « La valeur juridique des Chartes d'entreprise au regard du droit du travail français. Contribution à l'étude de l'aspect social et éthique de l'activité des entreprises », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, n° 4, 2001, p. 1000- 1001.

Cayla Jean-Simon, « La santé et le droit », *RDSS*, 1996, p. 278.

Céline leborgne-Ingelaere, « Note sous Cass. Soc., 22 oct. 2014, n°13-18.362, Vers une inflexion de la Cour de cassation en matière de harcèlement moral ? », *JCP S*, n° 3, 20 janvier 2015, p. 29- 34.

Cerdin Jean-Luc, Colle Rodolphe et Peretti Jean-Marie, « La fidélisation des salariés par l'entreprise à la carte », *Revue Gestion des Ressources Humaines*, n° 55, 2005, p. 3- 19.

Cerf-Hollender Agnès, « Le délit de recours au travail dissimulé suppose le recours à ... une prestation de travail », *RCS*, 2012, p. 877.

Cesaro Jean-François, « La sécurité juridique et l'identification de la loi applicable », *Dr. soc.*, 2006, p. 734.

CFDT Cadres, « Guide d'aide à la négociation sur le télétravail », Juillet 2006.

Champeaux Françoise, « Les salariés mis à disposition au milieu du gué », *Semaine sociale Lamy*, n° 1349, avril 2008, p. 2- 6.

Chatard Damien et Riquoir Florence, « Mise à disposition de salariés : comment faire en pratique ? », *Les Cahiers du DRH*, n° 180, octobre 2011, p. 10- 29.

Chauchard Jean-Pierre et Crom Jean-Pierre Le, « Les services entre droit civil et droit du travail », *Le Mouvement Social*, n° 211, 1 avril 2005, p. 51- 65.

Chaumette Patrick, « Fragment d'un droit des conflits internationaux du travail ? », *Dr. soc.*, mars 2005, p. 295- 301.

Chaumette Patrick, « Quelle sécurité sociale pour les gens de mer résidant en France, embarqués sous pavillon étranger ? Article 31 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2016 », *Dr. soc.*, 2016, p. 182.

Chauvet Christophe, « La notion d'égalité des chances chez Jeremy Bentham », *Revue d'études benthamiennes*, n° 3, 1 octobre 2007.

Chérigny Florence, « La charte des bons usages des services de réseautage social, outil juridique au service d'une stratégie-réseau », *Revue internationale d'intelligence économique*, Vol 4, n° 1, 1 décembre 2012, p. 71- 85.

Chirez Alain, « Pouvoir de direction des personnes en droit français du travail : de l'unilatéralité à l'assentiment? », *Revue juridique polynésienne*, n° 11, 2005, p.

185-208.

Chirez Alain, « Insuffisances, erreurs et fautes du salarié », *Revue juridique polynésienne*, 2013, p. 97-102.

Choi BongKyoo, Schnall Peter, Ko Sangbaek, Dobson Marnie et Baker Dean, « Job strain and coronary heart disease », *The Lancet*, vol. 381, n° 9865, février 2013, p. 448.

Claire Bonnard, « Les incitations à l'innovation dans le secteur privé », *Recherches économiques de Louvain*, vol. 79, n° 2, 2013, p. 45.

Claudia Sapta, « Ce pouvoir qui fait obstacle au développement des compétences professionnelles », *Revue Européenne du droit social*, XV, 2012, p. 121-144.

CNIL, « 3 questions à... Jean-François Audenard, Cyber Security Advisor pour Orange Business Services », *IP innovation & prospective*, n° 7, juin 2014, p. 3.

CNIL et Le Moine Lucie, « Accompagner et contrôler le BYOD ? », *IP innovation & prospective*, n° 7, juin 2014, p. 3.

Cohen Daniel, « Contentieux d'affaires et abus de forum shopping », *D.*, 2010, p. 975.

Cohen Dany, « Ampleur et qualités du consentement donné par clic de souris », *LPA*, 18 août 2014, p. 3.

Combrexelle Jean-Denis, « Vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.*, janvier 2010, p. 12.

Contamine Alexis, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation - Accès de l'employeur au contenu d'une clé USB du salarié connectée à l'informatique de l'entreprise », *D.*, 2013, p. 1768.

Contrepois Sylvie, « Internationalisation des entreprises et représentation des salariés », *Travail et Emploi*, n° 123, 15 septembre 2010, p. 27-38.

Corbalan Aude et Axelroude Philippe, « Le vote électronique dans l'entreprise », *Cahiers sociaux*, n° 4, juillet 2004, p. 7.

Cortot Julien, « Information du salarié à temps partiel sur son rythme de travail et aménagement du temps de travail : gare aux requalifications ! », *Dalloz actualité*, juin 2015.

Cottet Marion, « La transmission des actions accessoires à l'immeuble : un ordre, relatif, et fragile », *Revue des contrats*, n° 04, 12 janvier 2014.

Couturier Gérard, « Démission équivoque ou démission nulle », *Dr. soc.*, 2010, p. 593.

Cristau Antoine, « Droit syndical et NTIC de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2002.

Cristau Antoine, « Vie syndicale et accès aux NTIC de l'entreprise », *LEGICOM*, n° 27,

1 octobre 2002, p. 57- 67.

Cristofalo Paula, « Dynamiques et limites de l'autonomisation de l'expertise auprès des CHSCT », *La Revue de l'Ires*, n° 74, 1 septembre 2012, p. 127- 151.

Cytermann Laurent, « La loi Informatique et libertés est-elle dépassée ? », *RFDA*, 2015, p. 99.

Daleau Jeanne, « Oeuvre collective : titularité du droit moral », *D.*, 2012, p. 1246.

Damhuis Lotte, « Les TIC changent-elles notre rapport au temps ? », *La lettre EMERIT*, n° 58, 2009, p. 1- 5.

Danet Didier, « Intelligence juridique et réputation de l'entreprise », *Revue internationale d'intelligence économique*, Vol 3, n° 1, 13 octobre 2011, p. 103- 120.

Danet Didier et Champaud Claude, « Gouvernement d'entreprise. Alerte éthique. Whistleblowing. », *RTD com.*, 2006, p. 406.

Daoud Emmanuel et Bailly Émilie, « La Cour de Cassation recadre le périmètre de l'alerte des systèmes d'alerte professionnelle », *Sécurité et stratégie*, vol. 3, n° 1, janvier 2010, p. 75- 82.

DARES, « Conditions de travail : une pause dans l'intensification du travail », *Premières Synthèses Informations*, n° 01, 2007, p. 7.

Darmaisin Stéphane, « L'ordinateur, l'employeur et le salarié », *Dr. soc.*, 2000, p. 580.

Debonneuil Michèle, « Et si on entrait dans la quatrième révolution industrielle ? », *Variances*, Mai 2014, p. 41.

Dechristé Caroline, « Stress au travail : conclusion d'un accord », *Dalloz actualité*, août 2008.

Dechristé Caroline, « Internet : faute grave en cas d'abus à des fins personnelles », *D.*, 2009, p. 1093.

Dedessus-Le-Moustier Nathalie et Lerouge Loïc, « Une réflexion syndicale contrastée sur la prévention des risques psychosociaux », *RDT*, 2011, p. 627.

Defourny Jacques, « L'émergence du concept d'entreprise sociale », *Reflets et perspectives de la vie économique*, Tome XLIII, n° 3, 1 septembre 2004, p. 9- 23.

Delcroix Éric, « Médias sociaux et évolutions de la vie privée », *Les Cahiers Dynamiques*, n° 47, 26 octobre 2010, p. 94- 101.

Deleuze Gilles, « Post-scriptum sur les sociétés de contrôle », *Pourparlers*, mai 1990, p. 240- 247.

Delpéch Xavier, « Le covoiturage n'est pas constitutif de concurrence déloyale », *Dalloz*

actualité, 27 mars 2013.

Delpech Xavier, « Contrat de travail : requalification du contrat de mission d'un auto-entrepreneur », *D.*, 2015, p. 1105.

Delpech Xavier, « L'encadrement juridique des nouvelles mobilités », *JT*, n° 182, 2016, p. 24.

De Montecler Marie-Christine, « Les lanceurs d'alerte sous la protection du Défenseur des droits ? », *Dalloz actualité*, juin 2016.

Demunck Claire, « Vie privée du salarié sur internet : la CEDH réexamine sa position », *Dalloz actualité*, juin 2016.

Derepas Luc, « Le régime contentieux des décisions prises par la HALDE », *AJDA*, 2007, p. 2145.

Derieux Emmanuel, « Réseaux sociaux et responsabilité des atteintes aux droits de la personnalité », *RLDI*, n° 100, 2014, p. 79.

Despax Michel, « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP*, I, 1963, p. 1776.

De Tissot Olivier, « Pour une meilleure définition du régime juridique de la liberté d'expression individuelle du salarié », *Dr. soc.*, 1992, p. 952.

De Tissot Olivier, « Internet et contrat de travail », *Dr. soc.*, 2000, p. 150.

Deumier Pascale, « Compétence internationale : exercice de pédagogie autour de la Convention de Bruxelles », *Revue des contrats*, n° 4, 10 janvier 2005, p. 1186.

Deumier Pascale, « Le principe « appliquer ou expliquer », appliquer la norme autrement ? », *RTD civ.*, 2013, p. 79.

Devos Virginie, « Petites réflexions juridiques sur le concept du BYOD », *Entreprise & Carrière*, n° 1156, septembre 2013, p. 33.

Didier Philippe, « Blog financier, rumeurs et crise », *Rev. sociétés*, 2014, p. 263.

Didry Claude, « Une lecture de l'ouvrage dirigé par Alain Supiot : Au-delà de l'emploi », *Droit et Société*, n° 41, 1999, p. 63-71.

Didry Claude, « Le travail comme apport en capacité, la portée socio-historique de l'approche par les capacités d'Amartya Sen », *HAL Id: halshs-00584416*, 22 mars 2011.

Dockès Emmanuel, « Notion de contrat de travail », *Dr. soc.*, mai 2011, p. 546-557.

Dollé Michel, « Entre le salaire minimum et le revenu minimum, faut-il une allocation compensatrice de revenu ? », *Dr. soc.*, 2000, p. 359.

Domens Jérôme et Pignier Justine, « Au bout de trois ans, 90 % des auto-entrepreneurs dégagent un revenu inférieur au Smic au titre de leur activité non salariée », *Insee*

Première, n° 1414, septembre 2012, p. 4.

Dorémus Benoît, « Penser la relation « santé-travail » : remarques sur l'émergence d'un nouveau paradigme », *RDSS*, 2012, p. 706.

Douarin Laurence Le, « Les chemins de l'articulation entre vie privée et vie professionnelle », *Réseaux*, n° 140, 1 mai 2007, p. 101-132.

Douville Thibault, « Données personnelles : le changement, c'est pour bientôt ! », *L'essentiel. Droit de la famille et des personnes*, n° 06, 15 juin 2016, p. 1.

Dreyer Emmanuel, « Nouvelle responsabilité du producteur sur internet », *D.*, 2013, p. 160.

Dreyer Emmanuel, « Droit de la presse », *D.*, 2016, p. 277.

Dupuich Françoise, « Impact des technologies de l'information et de la communication (TIC) sur la gestion des ressources humaines GRH dans les firmes "high-tech" », *Management & Avenir*, n° 9, mars 2006, p. 83-104.

Duquesne François, « Le temps de travail détourné : un abus de confiance caractérisé », *JCP S*, vol. 13, avril 2014, p. 40-42.

Dussard Didier, « Peut-on estimer le coût de l'indisponibilité informatique ? », *La Lettre d'ADELI*, n° 68, 2007, p. 43-46.

El Hage Nasreddine, « Les règles de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés sont-elles adaptées au télétravail ? », *Dr. soc.*, 2002, p. 42.

Eltis Karen, « La surveillance du courrier électronique en milieu de travail: le Québec succombera-t-il à l'approche américaine ? », *McGill Law Journal*, 2006, p. 475-502.

Emane Augustin, « La santé au travail sous l'angle de la protection et de la réparation des risques professionnels », *Revue française des affaires sociales*, n° 2-3, n° 2, 1 juin 2008, p. 279-300.

Emeras Marion, « Le domicile du salarié », *JCP S*, n° 3, 20 janvier 2015, p. 15-22.

Escande-Varniol Marie-Cécile, « Une rémunération "incitative" entre individualisation et partage du risque économique. », *Semaine sociale Lamy Supplément*, n° 1576, 18 mars 2013.

Fantoni-Quinton Sophie, « L'évolution du temps de travail et les enjeux relatifs à la santé des salariés », *Dr. soc.*, 2010, p. 395.

Fantoni-Quinton Sophie, « Le système de santé au travail pourrait-il exister sans (in)aptitude ? », *Dr. soc.*, 2013, p. 1023.

Favennec-Hery Françoise, « Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit

probatoire », *Dr. soc.*, 2004, p. 48.

Favennec-Hery Françoise, « Temps et lieux de vie personnelle, temps et lieux de vie professionnelle », *Dr. soc.*, n° 1, janvier 2010, p. 23-30.

Favennec-Hery Françoise, « Qualité de vie au travail et temps de travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 113.

Favennec-Hery Françoise et Miné Michel, « Faut-il abroger la durée légale du travail ? », *RDT*, 2008, p. 282.

Felson Marcus et Spaeth Joe L., « Community structure and collaborative consumption : a routine activity approach », *American Behavioral Scientist*, vol. 21, n° 4, mars 1978, p. 614-624.

Ferrary Michel, « Écosystème intrapreneurial et innovation », *Revue française de gestion*, n° 233, 15 juin 2013, p. 107-122.

Fischer Gustave-Nicolas et Fousse Chantal, « Espaces de travail et communication – Une lecture psychosociale », *Communication et organisation*, n° 21, 1 mai 2002.

Flament Lucien, « Le télétravail : un jeu croisé d'obligations », *JCP S*, n° 7, 2011, p. 1073.

Flament Lucien, « Droit social Invention de salarié : de l'importance des mentions du contrat de travail », *Cahiers sociaux*, n° 235, 1 novembre 2011, p. 276.

Fleuriot Caroline, « Utilisation d'internet dans l'entreprise : cadre juridique », *Dalloz actualité*, 18 novembre 2011.

Florès Philippe, « Le forfait en jours après la loi du 8 août 2016 », *Dr. soc.*, 2016, p. 898.

Fonteix Cloé, « Vidéosurveillance non déclarée à la CNIL : recevabilité de l'action civile d'une union syndicale », *Dalloz actualité*, 11 mars 2016.

Fourment François, « Chronique de jurisprudence de droit de la presse », *Gaz. Pal.*, n° 171, juin 2013, p. 14.

Fraisse Wolfgang, « L'étendue de l'opposabilité de la preuve issue d'un chronotachygraphe », *Dalloz actualité*, 30 janvier 2014.

Fraisse Wolfgang, « Conditions de mise en place d'un dispositif de surveillance des salariés », *Dalloz actualité*, 31 octobre 2014.

Frey Carl Benedikt et Osborne Michael A., « The Future of Employment : How Susceptible are Jobs to Computerisation? », 2013.

Frouin Christophe, « Base de données unique : approche pratique », *Gaz. Pal.*, n° 171, 25 mars 2014, p. 19.

Frouin Christophe, « Fiche pratique 1 : L'information-consultation du comité d'entreprise », *Gaz. Pal.*, n° 321, 17 novembre 2015.

Frouin Christophe, « Aspects stratégiques et opérationnels de la loi Rebsamen », *LPA*, n° 256, 24 décembre 2015, p. 4.

Funke Jean-François, « La pratique du BYOD (“Bring Your Own Device”) », *JCP S*, n° 4, 27 janvier 2015, p. 3-6.

Gallet François, « La notion de temps de travail effectif », *Gaz. Pal.*, 4 janvier 2001, p. 4.

Gallmeister Inès, « Agression d'un voyageur : exonération de la SNCF pour force majeure », *D.*, n° 27, juillet 2011, p. 1817.

Gamet Laurent, « UberPop (†) », *Dr. soc.*, 2015, p. 929.

Garabige Alexandra, « Les relations professionnelles au prisme de l'innovation : enjeux pratiques et théoriques », *La Revue de l'Ires*, n° 75, 2012, p. 3 à 14.

Gardin Alexia, « La prise en compte de la vie familiale du salarié dans les normes légales et conventionnelles du travail », *Dr. soc.*, 2002, p. 854.

Gardin Alexia, « Vidéosurveillance et contrôle des horaires : un mauvais mariage », *RDT*, 2012, p. 223.

Gardin Alexia, « Géolocalisation du véhicule du salarié : quand finalité, proportionnalité et fiabilité font loi », *RDT*, 2015, p. 544.

Gardin Alexia, « Contrôle du compte professionnel de messagerie instantanée du salarié : la CEDH à la recherche de l'équilibre, CEDH 12 janvier 2016 req. n° 61496/08, B. c/ Roumanie », *RJS*, 15 avril 2016, p. 338.

Gaudrat Philippe, « Jeu vidéo : le logiciel remis à sa place », *RDT com.*, 2010, p. 319.

Gauriau Bernard, « Le référendum, un préalable nécessaire ? », *Dr. soc.*, 1998, p. 338.

Gautier Pierre-Yves, « La preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la « vie privée » des salariés », *D.*, 2001, p. 3148.

Gava Jean-François, « Travail immatériel et postfordisme : kairos libérateur ou hypertaylorisme ? », *Variations. Revue internationale de théorie critique*, n° 17, 15 octobre 2012.

Gazier Albert, « Le retour aux conventions collectives », *Revue économique*, vol. 1, n° 2, juillet 1950, p. 157.

Geffray Édouard, « Droits fondamentaux et innovation : quelle régulation à l'ère numérique ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 52, 6 janvier 2016, p. 7.

Gélineau-Larrivet Gérard, « Le temps et le droit du travail, brefs propos introductifs »,

Dr. soc., n° 3, mars 2000, p. 238- 240.

Gerstlé Jacques, « Introduction : démocratie représentative, réactivité politique et imputabilité », *Revue française de science politique*, vol. 53, n° 6, 1 décembre 2003, p. 851- 858.

Grall Matthieu, Toubiana Vincent et CNIL, « L'occasion de faire autrement », *IP innovation & prospective*, n° 7, juin 2014, p. 5.

Gratton Laurène, « Prévention, imputation, punition : vers une évolution des fonctions de l'obligation de sécurité patronale ? », *Les Cahiers Sociaux*, n° 285, mai 2016, p. 262.

Greenan Nathalie et L'Horty Yannick, « Le paradoxe de la productivité », *Travail et Emploi, DARES*, 2002, p. 31- 42.

Grévy Manuela, « Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ? », *Dr. soc.*, 1995, p. 329.

Griguer Merav, « Le vote électronique des représentants du personnel », *JCP S*, n° 47, 17 novembre 2015, p. 1416.

Grimaldi d'Esdra Jean, « Nature et régime juridiques du référendum en droit social », *Dr. soc.*, 1994, p. 397.

Grosjean Alain, « La surveillance des salariés sur le lieu du travail et les nouvelles technologies de l'information au Grand-Duché du Luxembourg », *Journal des tribunaux Luxembourg*, n° 21, juin 2012, p. 70- 76.

Grumbach Thiennot, « Nouvelles technologies et relations collectives du travail, syndicat et comité d'entreprise, une nouvelle répartition des rôles », *Dr. soc.*, 1992, p. 544.

Guerlin Gaëtan, « La lettre recommandée électronique : quel usage ? », *LEDC*, n° 130, septembre 2013, p. 7.

Guerlin Gaëtan, « Articles 1126-6 à 1126-8 : la lettre électronique », *Revue des contrats*, n° 3, 2015, p. 745- 746.

Guez Philippe, « La paralysie des clauses attributives de juridiction insérées dans les contrats de travail en droit commun des conflits de juridictions », *Gaz. Pal.*, n° 223, 8 novembre 2011, p. 5.

Guilloux Patrick, « Négociation collective et adaptation professionnelle des salariés aux évolutions de l'emploi », *Dr. soc.*, 1990, p. 818.

Hasnaoui Hakima, « Les correspondances du salarié », *RDT*, 2012, p. 545.

Hassler Théo, « « Loi Hadopi » et la cession légale des droits d'auteur des journalistes »,

Revue Lamy droit de l'immatériel, n° 52, août 2009, p. 74- 79.

Hauser Jean, « Vie privée du salarié : E-mail, domicile, sacs, bermudas et survêtement », *RTD civ.*, 2002, p. 72.

Hautefort Marie, « Ratification d'un accord par les salariés : le vote électronique n'est pas admis », *JSL*, n° 272, février 2010, p. 8.

Héas Franck, « Les droits sur l'invention faite par le salarié », *RDT*, 2011, p. 696.

Héas Franck, « La durée du travail dans les lieux de vie et d'accueil », *RDSS*, 2014, p. 53.

Hefez Serge, « « Big Mama » », *Le I*, n° 10, juin 2014.

Heilly Amélie d', « Utilisation des TIC par les salariés et leurs représentants », *JCP S*, n° 42, 14 octobre 2014, p. 1393.

Huyghe François-Bernard, « Soft power : l'apprenti sorcier », *Médium*, n° 27, 1 avril 2011, p. 76- 90.

Icard Julien, « De la nullité à l'inopposabilité des clauses compromissaires stipulées dans un contrat de travail interne », *Les Cahiers Sociaux*, n° 238, 2 janvier 2012, p. 35.

Icard Julien, « Injures d'un salarié sur les réseaux sociaux », *Les Cahiers sociaux*, n° 253, juin 2013, p. 217.

Icard Julien, « Communication par voie électronique : question de constitutionnalité », *JCP S*, n° 48, 26 novembre 2013, p. 1457.

Icard Julien, « La messagerie personnelle du salarié relève du secret des correspondances », *Les Cahiers Sociaux*, n° 285, mai 2016, p. 142.

Icard Julien, « L'impact des NTIC au sein des entreprises post-industrielles », *Cahiers sociaux*, , n° 178, p. 107.

Idrac Anne-Marie, « Tirer les réformes vers le haut », *Revue Projet*, n° 295, 1 décembre 2006, p. 62- 66.

Ines Bertrand, « Site internet d'un syndicat : limites à la liberté d'expression », *D.*, 2008, p. 840.

Jacob Claire, « Entreprises industrielles et prestataires de services : des relations durables », *Le 4 Pages, Sessi*, n° 247, juin 2008.

Jauréguiberry Francis, « Déconnexion volontaire aux technologies de l'information et de la communication », *HAL Id: hal-00925309*, 7 janvier 2014, p. 9.

Jemmaud Antoine, « Le temps de travail effectif, entre jurisprudence et législation », *Dr. soc.*, 1998, p. 744.

Jeansen Eric, « Le recours au vote électronique, une question de confiance », *JCP S*,

2013, p. 1418.

Jeddi Sonia, « Social Capital of Mobile Workers : An Emerging Risk Factor ? », *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, vol. 109, 8 janvier 2014, coll.« 2nd World Conference on Business, Economics and Management », p. 536- 540.

Johansson Anja, « Le temps de travail effectif: temps productif ou temps « à disposition » ? », *D.*, 2006, p. 1711.

Josserand Louis, « Le contrat dirigé », *Recueil hebdomadaire Dalloz*, n° 32, 1933, p. 89.

Jourdan Dominique et Morand Michel, « Les experts du comité d'entreprise, les experts du CHSCT », *Liaisons sociales, numéros juridiques*, n° 15721, octobre 2010, p. 83.

Juanals Brigitte, « Protection des données personnelles et TIC au cœur des enjeux de société et de la mondialisation: les mécanismes d'un contrôle distribué », *TIC & société*, vol. 8, n° 1-2, 31 mai 2014.

Kebir Medhi, « Preuve : courriers électroniques provenant de la messagerie personnelle du salarié », *Dalloz actualité*, février 2016.

Kenfack Hugues, « Droit des transports », *D.*, 2016, p. 1396.

Kervadec Ronan et Bertrand Laura, « Le salarié et les moyens informatiques à sa disposition », *Les Cahiers Lamy du CE*, n° 101, février 2011, p. 13- 16.

Kessler Rémy, Torres-Moreno Juan-Manuel et El-Bèze Marc, « E-Gen : traitement automatique d'informations de ressources humaines », *Document numérique*, Vol. 13, n° 3, 1 avril 2011, p. 95- 119.

Labadie Francine et Rouet François, « Régulations du travail artistique », *Culture prospective*, vol. n°4, n° 4, 1 octobre 2007, p. 1- 20.

Lafargue Marie, « La personne au centre des réformes sociales : le compte personnel d'activité », *RDSS*, 2016, p. 358.

Lafargues Yves et Verkindt Pierre-Yves, « Loi sur le télétravail : une avancée ? », *RDT*, 2013, p. 9.

Lafore Robert, « L'allocation universelle : une fausse bonne idée », *Droit social*, 2000, p. 686.

La Gac-Pech Sophie, « Les charmes et les dangers de la rupture conventionnelle du contrat de travail », *Petites affiches*, n° 107, 29 mai 2015, p. 8.

Laigneau Marianne, Ray Jean-Emmanuel et Mathieu Bertrand, « Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 31, 2011, p. 193- 230.

Lallement Rémi, « Politique des brevets : l'enjeu central de la qualité, face à l'évolution des pratiques », *Horizons stratégiques*, n° 7, n° 1, 24 septembre 2008, p. 93- 110.

Lamoure Julie, « La valorisation fiscale et sociale en France des avantages en nature », *Hebdo édition fiscale n°498*, 20 septembre 2012.

Landier Hubert, « Irritants sociaux et désengagement au travail », *Futuribles*, n° 390, octobre 2012, p. 51- 62.

Larrieu Jacques, « Propriété du produit du travail du salarié et droit d'auteur », *RDT*, 2009, p. 442.

Larroche Valérie, « Quelle visibilité professionnelle pour un salarié ambassadeur 2.0 auprès des recruteurs potentiels ? », *Communication et organisation*, n° 44, 1 décembre 2013, p. 53- 64.

Latreille Antoine, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », *LPA*, n° 156, août 2006, p. 4.

Launay-Gallot Irène de, « Il y a travail effectif lorsque le salarié reste en permanence à la disposition de l'employeur », *D.*, 1995, p. 375.

Laval Christian, « Surveiller et prévenir. La nouvelle société panoptique », *Revue du MAUSS*, n° 40, n° 2, 1 novembre 2012, p. 47- 72.

Lechner Marie, « Effets de serfs sur la Toile », *Revue du MAUSS*, n° 35, 17 juin 2010, p. 519- 521.

Leclerc Olivier, « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », *Droit social*, février 2005, p. 173- 180.

Le Crom Jean-Pierre, « La liberté du travail en droit français. Essai sur l'évolution d'une notion à usages multiples », *Diritto romano attuale*, vol. 15, 2006, p. 139- 162.

Lefebvre Philippe, « Subordination et « révolutions » du travail et du droit du travail (1776-2010) », *Entreprises et histoire*, vol. 4, 2009, p. 45- 78.

Legault Marie-Josée et D'Amours Martine, « Représentation collective et citoyenneté au travail en contexte de projet », *Relations industrielles*, vol. 66, n° 4, 2011, p. 655.

Le Goff Jacques, « Employabilité et handicap », *RDSS*, 2011, p. 796.

Lêmy Godefroy, « Vers une régulation juridique des places de marché de commerce en ligne entre particuliers », *D.*, 2015, p. 2513.

Lepage Agathe, « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », *Dr. soc.*, 2006, p. 364.

Leroy Yann, « La communication syndicale à l'heure d'Internet », *RJS*, janvier 2010, p.

3.

Levratto Nadine et Serverin Évelyne, « Être entrepreneur de soi-même après la loi du 4 août 2008 : les impasses d'un modèle productif individuel », *Revue internationale de droit économique*, t. XXIII, 3, n° 3, 10 septembre 2009, p. 325-352.

Lhernould Jean-Philippe, « Indemnité au titre de l'occupation du domicile à des fins professionnelles », *JSL*, n° 359, février 2014.

Lienhard Alain, « Responsabilité de l'entreprise dont un salarié crée un site web personnel illicite, CA Aix-en-Provence, 13 mars 2006, n° 03/15440 », *Dalloz actualité*, mai 2006.

Lisein Olivier et Zanet Fabrice De, « Stimulants organisationnels et RH de l'intrapreneuriat », *Revue française de gestion*, vol. 233, n° 4, 15 juin 2013, p. 141-160.

Lochak Danièle, « L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance », *AJDA*, 2014, p. 2236.

Loiseau Grégoire, « La liberté d'expression du salarié », *RDT*, 2014, p. 396.

Lokiec Pascal et Porta Jérôme, « Droit du travail : relations individuelles de travail », 2012.

Lokiec Pascal et Porta Jérôme, « Droit du travail : relations individuelles de travail », *D.*, mai 2014, p. 1115.

Lokiec Pascal et Porta Jérôme, « Droit du travail : relations individuelles de travail », *D.*, 2016, p. 807.

Lokiec Pascal et Robin-Olivier Sophie, « Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi », *RDT*, 2006, p. 48.

Lyon-Caen Antoine, « Plateforme », *RDT*, 2016, p. 301.

Lyon-Caen Gérard, « La mobilité vue d'en haut », *Dr. soc.*, 1989, p. 430.

Lyon-Caen Gérard, « Considérations intempestives sur le temps », *Dr. soc.*, 2000, p. 236.

Maggi-Germain Nicole, « Sur le dialogue social », *Dr. soc.*, 2007, p. 798.

Maggi-Germain Nicole, « Le compte personnel de formation », *Dr. soc.*, 2013, p. 687.

Maggi-Germain Nicole, « Le compte personnel d'activité, requiem for a dream ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 541.

Malafosse Gautier de, « Actualité sur l'aspect probatoire des licenciements Facebook », *LPA*, n° 122, juin 2014, p. 9.

Mallet-Poujol Nathalie, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.*,

n° 31, 1997, p. 330.

Mallet-Pujol Nathalie, « Le double langage du droit à l'information », *D.*, 2002, p. 2420.

Manara Cédric, « Des injures proférées sur des réseaux sociaux ne sont pas forcément publiques », *Dalloz actualité*, avril 2013.

Manara Cédric, « Création de site web », *JCl. Communication*, Fasc. 4700, 2015.

Manez Violaine, « Mise en place et exploitation de la base de données économiques et sociales », *FRC*, juin 2014, p. 27.

Marchand Gilles, « Transformation du travail: un défi pour le management et la fonction RH », *Personnel*, n° 558, mars 2015, p. 10- 12.

Marguénaud Jean-Pierre, « La liberté d'expression et la Convention européenne des droits de l'homme », *JCl. Civil Annexes*, Fasc. 30, février 2015.

Marguénaud Jean-Pierre et Mouly Jean, « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une oeuvre encore en demi-teinte », *RDT*, 2008, p. 16.

Martinon Arnaud, « L'indiscrétion censurée par le juge », *JCP S*, n° 50, Décembre 2009, p. 1562.

Martinon Arnaud et Grégoire Loiseau, « L'homo-ubericus est-il un salarié ? », *Les Cahiers Sociaux*, n° 286, juin 2016.

Massart Thibaut, « Ubérisation de la société et droit fiscal », *Hebdo édition fiscale*, n° 623, 3 septembre 2015, p. 7.

Mathieu Chantal, « Volonté du salarié et temps de travail », *RDT*, 2012, p. 677.

Mathieu Chantal, « Les clauses contractuelles limitant la liberté d'expression », *RDT*, 2014, p. 179.

Mathieu-Geniaut Chantal, « L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question », *Dr. soc.*, 2006, p. 848.

Maxwell Winston et Taïeb Sarah, « L'accountability, symbole d'une influence américaine sur le règlement européen des données personnelles ? », *Dalloz IP/IT*, 10 mars 2016, p. 123.

Mazuyer Emmanuelle, « Les mutations des droits du travail sous influence européenne », *Revue de la régulation. Capitalisme, institutions, pouvoirs*, n° 13, 18 avril 2013.

Mazuyer Emmanuelle, « Le corps et le droit du travail : au cœur d'un paradoxe », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, n° 8, 30 novembre 2015.

Mehl Lucien, « Informatique, juridique et droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 20, n° 4, 1968, p. 617- 627.

Mehrez Florence, « Rapport Combrexelle : des règles du jeu plus claires entre accord d'entreprise et accord de branche », *Dalloz actualité*, 10 septembre 2015.

Ménard Alain, « La rémunération variable et la fixation des objectifs », *JCP G*, n° 20, mai 2014, p. 1028- 1029.

Mercat-Bruns Marie, « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *RDT*, 2015, p. 28.

Meyer Marie, « Le droit d'alerte en perspective: 50 années de débats dans le monde », *AJDA*, n° 39, 24 novembre 2014, p. 2242.

Michalski Cédric, « Liberté d'expression et débat d'intérêt général », *AJ pénal*, 2013, p. 19.

Migayron Serge, « La recherche de preuves informatiques sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile », *Communication Commerce électronique*, n° 4, Avril 2015, p. 7.

Milet Laurent, « Absence de mesures appropriées pour détecter, au titre des risques psychosociaux, les facteurs de stress rencontrés par les salariés », *Dr. soc.*, 2010, p. 586.

Milewski Françoise, « Combattre les inégalités entre les femmes et les hommes. Idées simples, réalités complexes », *Revue de l'OFCE*, n° 102, mars 2007, coll.« Presses de Sciences Po », p. 541 - 558.

Moatty Frédéric et Rouard Françoise, « Lire et écrire durant les heures supplémentaires », *Tempos, la revue de l'institut Chronopost*, , n° 3, p. 53- 62.

Mole Ariane, « Le nouveau droit des flux transfrontières de données personnelles », *Droit social*, 2004, p. 1072.

Monlouis-Félicité Frédéric et Lucazeau Romain, « Performance économique et dialogue social : l'entreprise en première ligne », *Sociétal*, n° 79, semestre 2013, p. 30- 39.

Moreau Marie-Ange, « De la loi applicable au contrat de travail d'un salarié temporairement détaché à l'étranger », *Rev. crit. DIP*, 1997, p. 55.

Moreau Marie-Ange, « Temps de travail et charge de travail », *Dr. soc.*, n° 3, mars 2000, p. 263- 276.

Morin-Galvin Asli, « Le contrôle patronal de l'usage par le salarié d'un matériel personnel. Le difficile équilibre entre les droits de l'employeur et ceux du salarié », *RJS*, Avril 2014, p. 233- 238.

Morin Marie-Laure, « Les figures du travail indépendant », *Syndicalisme et société*, n° 2, 1998, p. 299-316.

Morin Marie-Laure et Mallet Louis, « La détermination de l'emploi occupé », *Dr. soc.*, 1996, p. 660.

Mouly Jean, « Secret des correspondances, trouble objectif dans l'entreprise et vie personnelle du salarié : le rejet du « tout disciplinaire » », *D.*, n° 2137, 2007.

Mouly Jean, « La clause d'exécution alternative du contrat de travail au domicile du salarié ou dans l'entreprise : pouvoir de direction de l'employeur ou modification du contrat ? », *Dr. soc.*, 2014, p. 477.

Mouly Jean, « L'exception à l'usage obligatoire de la langue française dans les documents de travail destinés aux étrangers », *Dr. soc.*, 2015, p. 743.

Nadal Sophie, « La fabrique des branches : à propos du rapport « Poisson » », *RDT*, 2009, p. 596.

Nadal Sophie, « La restructuration des branches professionnelles : réflexions sur une mutation forcée », *Dr. soc.*, 2016, p. 110.

Neau-Leduc Christine, « Information et consultation du comité d'entreprise : une refonte sensible », *Les Cahiers Sociaux*, n° 281, janvier 2016, p. 51.

Neveu Erik, « Médias, mouvements sociaux, espaces publics », *Réseaux*, vol. 17, n° 98, 1999, p. 17-85.

Nicod Cécile, « La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration », *RDT*, 2015, p. 549.

Nicod Cécile et Paulin Jean-François, « La subordination en cause », *Semaine sociale Lamy Supplément*, n° 1485, mars 2011, p. 17-27.

3Nord Nicolas, « La mobilité du travail : approches de droit international privé », *RTD*, 2012, p. 383.

Nord-Wagner Magalie, « Les courriels et fichiers, non identifiés comme personnels, transférés de la messagerie personnelle d'un salarié vers le disque dur de son ordinateur professionnel sont réputés être professionnels », *RDT*, 2013, p. 708.

Oberdorff Henri, « L'espace numérique et la protection des données personnelles au regard des droits fondamentaux », *Revue du droit public*, n° 1, 1 janvier 2016, p. 41.

Olivesi Stéphane, « La formation en communication des représentants syndicaux », *Réseaux*, n° 170, 8 décembre 2011, p. 163-189.

Orgerit Xavier, « Le droit de critiquer du salarié et ses limites », *La Revue des droits de*

l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, 3 février 2015.

Orgerit Xavier, « La production en justice par l'employeur des SMS reçus par ses salariés », *La Revue des droits de l'homme*, 2 avril 2015.

Pagnerre Yannick et Saincaize Guillaume, « L'intégration des salariés mis à disposition : nouvelles conditions, nouveaux effets », *JCP S*, n° 36, 1 septembre 2009, p. 1368.

Pansier Frédéric-Jérôme, « Vie privée et mails du salarié », *Cahiers sociaux*, n° 244, août 2012, p. 264.

Peano Marie-Annick, « L'intuitus personae dans le contrat de travail », *Dr. soc.*, 1995, p. 129.

Pécaut-Rivolier Laurence, « La liberté syndicale », *RDT*, 2004, p. 403.

Pécaut-Rivolier Laurence, « La confidentialité : droit ou obligation du représentant du personnel ? », *Dr. soc.*, 2012, p. 469.

Pélissier Jean, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », *RJS*, 2004, p. 1-4.

Pélissier Jean, « La détermination des éléments du contrat de travail », *Droit ouvrier*, n° 680, 2005, p. 92-97.

Perea François, « L'identité numérique : de la cité à l'écran. Quelques aspects de la représentation de soi dans l'espace numérique », *Les Enjeux de l'information et de la communication*, Volume 2010, n° 1, 4 décembre 2010, p. 144-159.

Petit Franck, « Comité d'entreprise : vers une logique de coopération », *Les Cahiers Sociaux*, n° 266, septembre 2014.

Peyronnet Marie, « Le silence du salarié licencié peut faire l'objet d'une transaction », *Dalloz actualité*, 28 janvier 2014.

Peyronnet Marie, « La vie privée du salarié sur internet en voie d'extinction », *Dalloz actualité*, 29 janvier 2016.

Pierroux Emmanuèle, « Facebook, Twitter et autres réseaux sociaux : petites injures entre « amis » », *Gaz. Pal.*, n° 337, décembre 2015, p. 4.

Piotet Françoise, « Retraites : quel travail ? », *Dr. soc.*, 2010, p. 1180.

Pollaud-Dulian Frédéric, « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *RTD com.*, 2000, p. 273.

Pollaud-Dulian Frédéric, « A propos des conflits de juridictions en matière de contrefaçon par internet », *Gaz. Pal.*, n° 311, 11 juin 2008, p. 5.

Pollaud-Dulian Frédéric, « Oeuvres collectives. Auteur salarié », *RTD com.*, 2012, p. 764.

Pontif Valérie, « Les rythmes de travail », *RDT*, 2012, p. 208.

Porta Jérôme et Lokiec Pascal, « Droit des relations professionnelles », *D.*, 2015, p. 2340.

Preuvot Perrine, « Le droit de pétition : mutations d'un instrument démocratique », *Jurisdoctoria*, n° 4, 2010, p. 73-97.

Pringault Stephen, « Le droit positif à la recherche du point d'équilibre entre obligation de réserve et devoir de dénonciation du harcèlement moral », *AJFP*, 2012, p. 202.

Quenaudon René de, « Intérêt de l'entreprise et vie privée du salarié : une protection inégale ? », *RDT*, 2007, p. 590.

Quenaudon René de et Sachs-Durant Corinne, « Les informations sociales d'une entreprise sur le site internet d'un syndicat », *RDT*, 2006, p. 180.

Radé Christophe, « NTIC et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.*, 2001, p. 26-36.

Radé Christophe, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.*, 2002, p. 26.

Radé Christophe, « Salaire. Paiement à la tâche. Respect du SMIC », *Dr. soc.*, 2005, p. 924.

Radé Christophe, « L'exercice du droit syndical après la loi du 20 août 2008 : liberté, égalité, représentativité, ou la nouvelle devise de la démocratie sociale », *Dr. soc.*, décembre 2011, p. 1236.

Radé Christophe, « Des critères du contrat de travail », *Dr. soc.*, n° 3, 2013, p. 202-209.

Radé Christophe, « Loi Rebsamen : un « nouveau » dialogue social ? », *D.*, 2015, p. 1360.

Rallet Alain et Rochelandet Fabrice, « Présentation », *Données personnelles et vie privée*, n° 167, 22 juin 2011, coll.« Réseaux », p. 9-16.

Rapp Lucien, « Numérique et concurrence », *RFDA*, 2014, p. 896.

Ratier Daniel, « Quand le numérique redéfinit les frontières du travail », *Réalité Prévention, la lettre de l'INRS*, n° 41, décembre 2013, p. 1-4.

Ray Jean-Emmanuel, « De la grève interne aux actions collectives externalisées », *Dr. soc.*, 591, p. 2003.

Ray Jean-Emmanuel, « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination »,

Dr. soc., 1992, p. 527.

Ray Jean-Emmanuel, « Le droit du travail à l'épreuve du télétravail », *Dr. soc.*, 1996, p. 351.

Ray Jean-Emmanuel, « De temps en temps », *Dr. soc.*, n° 3, mars 2000, p. 241-247.

Ray Jean-Emmanuel, « Courrier privé et courriel personnel », *Dr. soc.*, 2001, p. 915.

Ray Jean-Emmanuel, « De la sub/ordination à la sub/organisation », *Dr. soc.*, n° 1, 2001, p. 5-9.

Ray Jean-Emmanuel, « Le droit du travail à l'épreuve des NTIC », *Liaisons sociales*, 2001, p. 62.

Ray Jean-Emmanuel, « Temps de travail des cadres : acte IV, scène 2 », *Dr. soc.*, 2001, p. 244.

Ray Jean-Emmanuel, « Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXI^e siècle », *Dr. soc.*, 2002, p. 939.

Ray Jean-Emmanuel, « NTIC et droit syndical », *Dr. soc.*, 2002, p. 65.

Ray Jean-Emmanuel, « De la grève interne aux actions collectives externalisées », *Dr. soc.*, 2003, p. 591.

Ray Jean-Emmanuel, « Géolocalisation, données personnelles et droit du travail », *Dr. soc.*, 2004, p. 1077.

Ray Jean-Emmanuel, « L'ouverture par l'employeur des dossiers personnels du salarié », *Dr. soc.*, 2005, p. 789.

Ray Jean-Emmanuel, « Actualité des TIC », *Dr. soc.*, 2007, p. 959.

Ray Jean-Emmanuel, « Sur la liberté d'expression des syndicats sur Internet », *Semaine sociale Lamy*, 17 mars 2008, p. 2.

Ray Jean-Emmanuel, « Actualité des TIC (II). Rapports collectifs de travail », *Dr. soc.*, 2009, p. 22.

Ray Jean-Emmanuel, « D'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail », *Dr. soc.*, 2010, p. 3.

Ray Jean-Emmanuel, « Métamorphoses du droit du travail », *Dr. soc.*, n° 12, 2011, p. 1162-1171.

Ray Jean-Emmanuel, « À propos de la révolution numérique », *Dr. soc.*, 2012, p. 934.

Ray Jean-Emmanuel, « Actualité des NTIC », *Dr. soc.*, 2013, p. 978.

Ray Jean-Emmanuel, « Qualité de vie(s) et travail de demain », *Dr. soc.*, 2015, p. 147.

Ray Jean-Emmanuel, « Tous connectés, partout, tout le temps ? », *Dr. soc.*, 2015, p. 516.

Ray Jean-Emmanuel, « De Germinal à Internet: une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », *Dr. soc.*, p. 634.

Ray Jean-Emmanuel et Bouchet Jean-Paul, « Vie professionnelle, vie personnelle et TIC », *Dr. soc.*, 2010, p. 44.

Renard Isabelle, « Valeur juridique du document numérique », *Expertises*, n° 348, juin 2010, p. 215-220.

Renaux-Personnic Virginie, « De la contractualisation obligatoire à la décontractualisation possible des objectifs », *RJS*, 2001, p. 99-104.

Revet Thierry, « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc.*, 1992, p. 859.

Rey Chantal, « Travail à domicile, salarié ou indépendant. Incidence des nouvelles technologies de l'information et de la communication », *Innovations*, no 13, n° 1, 1 mars 2001, p. 173-193.

Rey Claudie et Sitnikoff Françoise, « Télétravail à domicile et nouveaux rapports au travail », *Revue Interventions économiques*, n° 34, 1 juillet 2006.

Richevaux Marc et Wallon Bertrand, « Innovation et droits des travailleurs, quelles obligations pour l'employeur ? », *Innovations*, vol. n°19, n° 1, 1 mars 2004, p. 131-142.

Rivero Jean, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. soc.*, n° 5, mai 1982, p. 421.

Robert-Demontrond Philippe et Joyeau Anne, « Les paradigmes de l'invention : modes et méthodes de la création poétique et résonances managériales », *Management & Avenir*, vol. 7, n° 1, 2006, p. 91.

Robert Isabelle, Binniger Anne-Sophie et Ourahmoune Nacima, « La consommation collaborative, le versant encore équivoque de l'économie de la fonctionnalité », *Développement durable et territoires*, vol. 5, n° 1, 4 février 2014.

Roche Loïck et Chatelain Yannick, « L'impact des nouvelles technologies de l'information et de la communication sur les hommes et les femmes », *Humanisme et entreprise*, n° 242, août 2000, p. 93-104.

Roemer Florent, « La dématérialisation des procédures fiscales en France, une modernisation de l'État au service de l'amélioration des relations avec les entreprises ? », *Pyramides. Revue du Centre d'études et de recherches en administration publique*, n° 26/27, 1 mai 2016, p. 145-162.

Roman Diane, « Comité européen des droits sociaux (CEDS) : Articulation des sources

européennes protectrices des droits fondamentaux », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, février 2011.

Rosanvallon Jérémie, Greenan Nathalie, Hamon-Cholet Sylvie et Moatty Frédéric, « TIC et lieux de travail multiples », *CEE*, n° 78, mars 2011, p. 4.

Rossars Martine, « Les enjeux du télétravail », *Liaisons sociales*, novembre 1996, p. 20-24.

Rouilleault Henri, « Inciter à négocier ? Légitimité de principe et difficultés pratiques », *Dr. soc.*, 2011, p. 563.

Saenko Laurent, « Abus de confiance par détournement du temps de travail du salarié », *Dr. soc.*, 2013, p. 1008.

Sallenave Danièle, « Le travail âme du monde », *Le I*, n° 4, avril 2014.

Sarazi Béatrice, « Télétravail : codes et enjeux d'une organisation hors les murs », *Travail & changement*, n° 353, janvier 2014.

Sarazin Béatrice, « Nouvelles organisations : les temps changent », *ANACT*, n° 335, janvier 2011, p. 2-3.

Sargos Pierre, « L'émancipation de l'obligation de sécurité de résultat et l'exigence d'effectivité du droit », *JCP S*, n° 1278, 2006.

Savatier Clotilde, « Le point sur le vote électronique », *Les Cahiers Lamy du CE*, n° 126, juin 2013.

Savatier Jean, « La protection de la vie privée des salariés », *Droit social*, 1992, p. 329-336.

Savatier Jean, « Durée du travail. Astreintes. Rémunération », *Dr. soc.*, 1995, p. 381.

Savatier Jean, « Contrat de travail. Lieu d'exécution. Télétravail », *Dr. soc.*, 2006, p. 924.

Sayon Coulibaly, « L'identification de l'employeur », *Revue internationale de droit économique*, XXIX, mars 2015, p. 285-305.

Scaramozzino Éléonore, « Numérique - Projet de loi - Une consultation fructueuse », *JAC*, n° 29, 2015, p. 8.

Schnee Thomas, « Outre-Rhin, le travail à la carte est tendance », *Liaisons sociales magazine*, n° 154, septembre 2014, p. 56-58.

Schweitzer Sylvie, « Gestions de salariés : métiers et flexibilités (Lyon, XIXe-XXe siècles) », *Histoire, économie et société*, vol. 20, n° 4, 2001, p. 455-470.

Sciberras Jean-Christophe, « Temps de travail et qualité de vie au travail », *Dr. soc.*,

2015, p. 121.

Sedda Paola, « L'internet contestataire. Comme pratique d'émancipation », *Les Cahiers du numérique*, vol. 11, n° 4, 18 février 2016, p. 25- 52.

Serizay Bruno, « La loi travail : une tempête dans un verre d'eau », *Les Cahiers Sociaux*, n° 286, juin 2016.

Serizay Bruno, « Quel statut pour les entrepreneurs collaboratifs ? », *JCP S*, n° 40, 11 octobre 2016, p. 1337.

Seuret Franck, « Licenciements, la grande triche », *Alternatives Economiques*, n° 253, décembre 2006, p. 38- 41.

Signoretto Fabrice, « La visioconférence : un nouveau mode de réunion des comités centraux d'entreprise », *RDT*, 2012, p. 46.

Signoretto Fabrice, « La consultation du comité d'entreprise n'implique pas toujours celle du CHSCT », *RDT*, 2014, p. 768.

Silva François, « L'entreprise entre dans la postmodernité », *Personnel*, n° 548, mars 2014, p. 50- 52.

Simitis Spiros, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », *Dr. soc.*, vol. 2, 1997, p. 655- 667.

Sintez Cyril, « De la subordination à la domination du salarié : la « preuve sociologique » par le temps de travail », *Siècles. Cahiers du Centre d'histoire « Espaces et Cultures »*, n° 35-36, 1 décembre 2012.

Siro Jean, « Convention SYNTEC : risque de nullité des conventions de forfaits en jours », *Dalloz actualité*, mai 2013.

Slama Serge, « Le lanceur d'alerte, une nouvelle figure du droit public ? », *ADJA*, 2014, p. 2229.

Sonnac Nathalie, « L'écosystème des médias », *Communication. Information médias théories pratiques*, Vol. 32/2, 13 décembre 2013.

Soudry Claire, « Le bilan annuel d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail », *Travail et sécurité*, n° 631, juillet-août 2003, p. 12.

Souriac Marie-Armelle et Borenfreund Georges, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.*, 2003, p. 72.

Spitz Brad, Crouzet Juliette, Bernier Claire et Cullaffroz-Jover Sandrine, « Droit de l'information », *Documentaliste-Sciences de l'Information*, vol. 50, n° 3, 2013, p. 16.

Supiot Alain, « Pourquoi un droit du travail », *Dr. soc.*, n° 6, juin 1990, p. 485- 492.

Supiot Alain, « Le travail, liberté partagée », *Dr. soc.*, n° 9-10, 1993, p. 715-724.

Supiot Alain, « Temps de travail : pour une concordance des temps », *Dr. soc.*, 1995, p. 947.

Supiot Alain, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.*, n° 2, 2000, p. 131-154.

Supiot Alain, « Travail, droit et technique », *Dr. soc.*, 2002, p. 13-25.

Supiot Alain, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.*, 2003, p. 59-71.

Taillon Patrick, « Pour une redéfinition du référendum consultatif », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 59, n° 1, 2007, p. 143-155.

Tallard Michèle, « Les branches professionnelles sont-elles toujours un lieu pertinent de négociation des normes d'emploi ? », *Dr. soc.*, 2014, p. 2012.

Taskin Laurent, « Télétravail : Les enjeux de la déspatialisation pour le management humain », *Revue Interventions économiques. Papers in Political Economy*, n° 34, 1 juillet 2006.

Teissier Arnaud, « Le comité d'entreprise dispose-t-il du monopole de l'information dans l'entreprise ? », *TPS*, Chr. 9, 2000, p. 6.

Ternynck Elise, « La preuve électronique, figure des errances et des doutes du législateur », *LPA*, 28 octobre 2011, p. 7.

Testu François Xavier, « La confidentialité conventionnelle », *Dr. et patrimoine*, n° 102, 2002, p. 81.

Thomassin Nicolas, « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », *D.*, 2012, p. 964.

Tillinac Jean, « Le web 2.0 ou l'avènement du client ouvrier », *Quaderni*, vol. 60, n° 1, 2006, p. 19-24.

TNS Sofres, « Baromètre 2015 sur l'image des syndicats », novembre 2015.

Tournadre-Plancq Jérôme, Verrier Benoît et Centre d'analyse stratégique, « La démocratie politique représentative comme modèle pour la démocratie sociale ? », *La note de veille*, p. 1-5.

Tournaux Sébastien et Cristau Antoine, « Évaluations et qualité de vie au travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 125.

Tricoit Jean-Philippe, « Recrutement, rupture du contrat de travail et TIC », *JCP S*, n° 40, 1 octobre 2013, p. 1381.

Truchot Claude, « Internationalisation et choix linguistiques dans les entreprises

françaises : entre « tout anglais » et pratiques plurilingues », *Synergies*, n° 9, 2013, p. 75-90.

Trudeau Gilles, « En conclusion... Vie professionnelle et vie personnelle ou les manifestations d'un nouveau droit du travail », *Dr. soc.*, 2010, p. 76-79.

Vallée Guylaine, « Les nouvelles formes d'emploi et le «brouillage» de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés? », *Lex Electronica*, vol. 15.2, 2010.

Van Craeynest Bernard et Masson Phillippe, « Comment réglementer le temps de travail des cadres ? », *RDT*, 2011, p. 474.

Veltz Pierre, « Le nouveau monde de la production », *Sciences Humaines*, n° 210, 2009.

Vendeville Eric, « Pourquoi et comment déployer une Gouvernance des contenus ? », *IT-expert*, n° 90, mars 2011, p. 6-12.

Vendramin Patricia, « Réinventer le travail », *Alternatives Economiques*, n° 99, décembre 2013, p. 81-83.

Verdier Jean-Maurice, « Libertés et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge », *D.*, 1988, p. 63.

Véricel Marc, « Effets de la référence du contrat de travail aux dispositions du règlement intérieur », *Dr. soc.*, 2004, p. 834.

Verkindt Pierre-Yves, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles pratiques d'expertise », *Dr. soc.*, 2002, p. 54.

Verkindt Pierre-Yves et Fantoni-Quinton Sophie, « Obligation de résultat en matière de santé au travail. À l'impossible l'employeur est tenu ? », *Dr. soc.*, 2013, p. 229.

Verly Nicolas, « Diffamations et injures publiques sur les réseaux sociaux : définitions, responsabilités et sanctions », *AJCT*, 2014, p. 589.

Verly Nicolas, « Des écrits injurieux sont publics dès lors que des tiers à la communauté d'intérêts peuvent y avoir accès », *AJ pénal*, 2015, p. 427.

Vigneau Christophe, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. soc.*, août 2004, p. 706-714.

Viottolo Agnès, « Du bon usage de la liberté d'expression », *Les Cahiers Lamy du CE*, décembre 2010, p. 27-29.

Vivien Philippe et Francis Anne-Lise, « La base de données économiques et sociales : quels choix pour l'entreprise ? », *JCP S*, n° 14, avril 2014, p. 1134.

Volle Michel, « Le siècle de la troisième révolution industrielle », *Questions*

internationales, La Documentation Française, n° 52, 2011, p. 128.

Walle Emmanuel, « À nouvelles technologies, nouvelles causes de licenciement », *Gaz. Pal.*, n° 113, avril 2011, p. 20.

Walle Emmanuel et Savaïdes Sophie, « L'e-réputation sous le prisme du droit du travail », *Gaz. Pal.*, n° 288, 15 octobre 2011, p. 26.

Walliser Andrée, « Le rapport « Nora-Minc ». Histoire d'un best-seller », *Vingtième Siècle, revue d'histoire*, vol. 23, n° 1, 1989, p. 35-48.

Waquet Philippe, « Le comité d'entreprise peut-il organiser un référendum auprès du personnel ? », *Dr. soc.*, 1991, p. 267.

Waquet Philippe, « En marge de la Loi Aubry : travail effectif et vie personnelle du salarié », *Dr. soc.*, 1998, p. 963.

Waquet Philippe, « Le temps de repos », *Dr. soc.*, n° 3, mars 2000, p. 288-294.

Waquet Philippe, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.*, n° 1, 2010.

Warussel Bertrand, « Le droit des nouvelles technologies : entre technique et civilisation », *La lettre de la rue saint guillaume, Revue des Anciens élèves de Sciences-Po*, n° 127, juin 2002, p. 52.

Willmann Christophe, « Le portage salarial, ce mal-aimé », *Droit social*, 2015, p. 416.

Willmann Christophe, « Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : sécurisation des parcours professionnel », *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 650, avril 2016.

Wolmark Cyril, « L'émergence de la subordination », *Semaine sociale Lamy Supplément*, n° 1576, 18 mars 2013, p. 7-12.

Zenati-Castaing Frédéric, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 445.

Ziedonis Rosemarie Ham, « Don't Fence Me In: Fragmented Markets for Technology and the Patent Acquisition Strategies of Firms », *Management Science*, vol. 50, n° 6, 2004, p. 804-820.

Zylberberg Mathilde, « La distinction travail indépendant / salariat - Etat de la jurisprudence », *Bulletin du droit du travail*, 2008, coll.« Les éditions des journaux officiels », p. 3.

« Violation de la vie privée protégée par la Convention européenne des droits de l'homme : perquisition au cabinet d'un avocat, CEDH, 16 décembre 1992,

n°13710/88 », *D.*, 1993, p. 386.

« A propos de la vie privée », *Action juridique, Revue de la CFDT*, n° 6, 1994, p. 8.

« Conditions d'admission de l'offre de preuve de la vérité des faits diffamatoires – CA Paris, 8 juillet 1993, n° 08-07-1993 », *D.*, 1994, p. 194.

« Nouvelles technologies et vie personnelle du salarié », *LPA*, n° 245, décembre 2001, p. 6.

« Informatique, communication et créations immatérielles : chronique no XVII (3e partie) », *LPA*, n° 56, 19 mars 2002, p. 11.

« Confidentialité des communications téléphoniques des représentants du personnel », *LPA*, n° 109, 6 janvier 2004, p. 12.

« Quand dire c'est... ne pas faire ce qu'on me dit de faire ! », *Savoirs et clinique*, vol. 6, n° 1, 2005, p. 215.

« Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ? », 2005.

« La portée du devoir de réserve », *AJFP*, 2007, p. 146.

« Entretien avec Thibaut Pichon, juriste responsable du groupe droit social, Michelin », *Semaine sociale Lamy*, n° 1349, 2008, p. 5-6.

« Dons de matériels informatiques amortis aux salariés », *Hebdo édition fiscale n°287*, 10 janvier 2008.

« Antennes relais : le point sur l'actualité récente », *LPA*, n° 245, décembre 2009, p. 6.

« Messagerie et internet : droits des salariés et pouvoirs de l'employeur », *LQS*, n° 169, août 2009, p. 65-67.

« Union européenne et sécurité sociale : les nouveaux règlements de coordination », *RTD*, 2009, p. 403.

« L'archivage électronique », *JCP G*, n° 38, 14 septembre 2009, p. 251.

« La Religion dans l'entreprise », *Dr. soc.*, n° 1, janvier 2010, p. 65-72.

« Liberté d'expression du salarié : cas du sportif professionnel », *D.*, 2011, p. 1288.

« La communication des représentants du personnel », *RF social*, n° 106, mars 2011, p. 19-30.

« Nouvelles technologies, réseaux sociaux, critique de l'employeur et conséquences d'une rétractation d'une promesse d'embauche », *LPA*, n° 123, juin 2012, p. 10.

« Saisie informatique, libertés publiques et droit à la vie privée », *Cahiers sociaux*, n° 247, décembre 2012, p. 355.

« Intranet syndical : tous les syndicats disposent des mêmes droits et obligations », *Liaisons Sociales Quotidien*, 6 mai 2012.

« Le management rattrapé par le droit », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1551, 13 septembre 2012, p. 12- 13.

« Le couple travail et protection sociale confronté à la notion de salarié », *LPA*, n° 190, 21 septembre 2012, p. 12.

« Digital Diaries : Social Media Stokes Workplace Privacy Fears », *AVG Technologies*, 31 janvier 2013.

« Les accidents du travail entre 2005 et 2010 », *Dares analyses*, n° 10, février 2014.

« Travail à domicile : pas de modification sans l'accord du salarié », *D.*, février 2014, p. 488.

« Décisions du conseil constitutionnel du 1er juillet 2013 au 30 septembre 2013 », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 42, 15 janvier 2014, p. 211- 256.

« Guide pour les comités régionaux de reconnaissance des maladies professionnelles institués par la loi 93-121 du 27 janvier 1993 », *Références en santé du travail, INRS*, n° 137, mars 2014, p. 91- 120.

« Allemagne : la ligne de fracture patrons-syndicats entre flexibilité et protection du travail dans le contexte de digitalisation de l'économie s'esquisse nettement », *Planet Labor*, n° 9120, juin 2015.

« Transport routier de personnes (modèle «Uber pop») : constitutionnalité de l'interdiction », *Dalloz*, 2015, p. 1892.

« Variations sur la démission par courrier électronique », *AJFP*, 2015, p. 273.

« Long working hours and alcohol use: systematic review and meta-analysis of published studies and unpublished individual participant data », *BMJ*, vol. 350, 13 janvier 2015.

« L'interview du mois : Nick Leeder "le contrôle total freine l'innovation" », *Courrier cadres*, n° 89, 1 mars 2015, p. 12- 14.

« La parabole du lanceur d'alerte », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1670, 30 mars 2015.

« La rémunération variable sous l'angle contentieux », *Cahiers sociaux*, n° 279, 1 novembre 2015, p. 595.

« Dossier : Décryptage de la Loi pour une République numérique », *Dalloz IP/IT*, n° 11, 2016, p. 514.

« Entretien avec Édouard Geffray, Secrétaire général de la CNIL », *Semaine Sociale*

Lamy, 2016, p. 2-4.

« Loi Rebsamen : les modalités de déroulement des réunions des IRP sont fixées », *Liaisons Sociales Quotidien, l'actualité*, n° 17062, avril 2016.

« Panorama d'actualité en droit des nouvelles technologies du cabinet Feral-Schuhl », *Hebdo édition affaires*, n° 450, 14 janvier 2016.

« Contrôle du respect des règles de consultation du comité d'entreprise », *Lamy Comité d'Entreprise*.

« Géolocalisation des salariés : pas en dehors du temps de travail », *Liaisons soc. 19 juin 2015, bref n° 16857*.

Articles de journaux

Bouisson Julien, « L'Inde, centre du monde pour Capgemini », *Le Monde.fr*, 20/02/2014.

Ferreras Isabelle, « Pour l'affranchissement des salariés dans l'entreprise », *Le I*, 30/04/2014.

Quéruef Nathalie, « Métiers d'avenir en 2.0 : les «freelancers» en panne de couverture sociale », *Le Monde.fr*, 31/12/2013.

Solomon Steven Davidoff, « Uber Case Highlights Outdated Worker Protection Laws », *The New York Times*, 15/09/2015.

Woitier Chloé, « Le dossier «Mes documents» consultable par l'employeur », *Le Figaro*, 05/11/2012.

« Serge Aurier rétrogradé en équipe réserve pendant trois semaines », *Le Monde.fr*, février/2016.

« Les chauffeurs Uber bientôt requalifiés en «salariés»? », *Le Point*, 13/05/2016.

« Sur Periscope, le succès de la «Nuit Debout» », *Le Figaro*, 04/04/2016.

Travaux de mémoire et de thèse

Alibert Anne-Claire, *Les Cadres quasi-indépendants : du contrat de travail au contrat d'activité dépendante*, Thèse de doctorat, Université d'Auvergne, 2005.

Brocal Frédérique, *Le droit à l'information en France*, Thèse de doctorat, Université Lumière-Lyon 2, 2004.

Collet-Thiry Nicolas, *L'encadrement contractuel de la subordination*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas Paris II, 2012.

Contamine-Raynaud Monique, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas Paris II, 1974.

Danet Jean, *Droit et disciplines de production et de commercialisation en agriculture*, Thèse de doctorat, Université Paris 1, 1982.

Dudemaine Sandra, *La notion de temps de travail effectif*, Mémoire de DEA de Droit Social sous la direction de B. Bossu, Université de Lille 2, 2003.

Février Fabrice, *Pouvoir de contrôle de l'employeur et droits des salariés à l'heure d'Internet*, Mémoire sous la direction de F. Guiomard, Université Paris X Nanterre, 2003.

Génin Emilie, *La porosité des temps chez les cadres*, Thèse de doctorat, HEC, 2007.

Karima Kourar, *La notion de licéité de la preuve en droit du travail face aux technologies de l'information et de la communication*, Mémoire master droit de l'internet sous la direction de G. Chatillon, Université Paris 1, 2006.

Lemette Aurélie, *Les critères du contrat de travail*, Master Droit et pratique des relations de travail sous la direction de B. Teyssié, Université Panthéon-Assas Paris II, 2010, 176 p.

Matias Charlotte, *Les attributions économiques du comité d'entreprise*, Master 2 Droit et Pratique des Relations de Travail, sous la direction de B. Teyssié, Université Panthéon-Assas Paris II, 2012.

Ollier-Malaterre Ariane, *Gérer le hors-travail ? Pertinence et efficacité des pratiques d'harmonisation travail-hors-travail, aux Etats-Unis, au Royaume-Uni et en France*, Thèse de doctorat, Conservatoire national des arts et métiers-CNAM, 2007.

Redon Maxime, *La liberté d'expression des cadres*, Mémoire Master 2 « Droit social et relations professionnelles », sous la direction de F. Guiomard, Université Paris X Nanterre, 2014.

Vacarie-Bernard Cécile, *Sous l'œil du recruteur 2.0*, Mémoire Master Management et protection des données à caractère personnel, ISEP, 2009.

Colloques

BIT, « L'avenir du travail », Genève, 2013, 15 p.

Cervetti Pierre-Dominique, « L'innovation à l'épreuve de la mondialisation », 2015.

Centre universitaire de droit comparé (Lausanne Suisse), *Le droit au défi d'Internet: actes du colloque de Lausanne*, Librairie Droz, 1997, 112 p.

Centre de Recherches Critiques sur le Droit (CERCRID), « Le droit au contact de l'innovation technologique. Colloque de mai 1987 », *Droit et société*, vol. 11, n° 1, 1989, p. 288-289.

Conférence des arbitres du Québec, « Mes amis facebook, moi et mon emploi: l'arbitrage de grief à l'ère des réseaux sociaux », Wilson & Fleur, 2012.

Hatchuel Armand et Segrestin Blanche, « Subordination formelle, subordination réelle : quand le contrat de travail cache l'entreprise », Communication au Forum des économistes de la Régulation, 2009.

Lallement Michel, « Temps, travail, sujet : enjeux et perspectives des transformations contemporaines », Madrid, 2005.

Mahr Ferdinand et Kretschmer Tobias, « Performance Effects of Aligning Information Technology with Organization and Product Market Strategy », 2009.

Pellegrini François et Canevet Sébastien, « Le droit du numérique : une histoire à préserver », <https://hal.inria.fr/hal-00768912/document>, 2012.

Vendramin Patricia et Valenduc Gérard, « Le travail flexible à l'aube du 21ème siècle : un défi pour les politiques publiques », Bruxelles, Fondation Travail-Université ASBL, coll.« Flexible Work Practices and Communication Technology », 1999.

Waquet Philippe, « Propos liminaires », *Droit Social*, 2001.

« Durée du travail : vers plus de flexibilité ? », International Labour Organization, 2005.

« La marque employeur a un visage vos meilleurs ambassadeurs ? Vos collaborateurs ! », Carnet du thème n°1, L'Atelier BNP Paribas, 2013.

« Le bien être et le droit, Colloque organisé par l'UMR de droit comparé, Paris 1 », 2015.

« Les clairs-obscurs de la propriété intellectuelle: actes du colloque, Grenoble, le 6 décembre 2001 », Ed. CUERPI, 2004, 151 p.

Rapports

Antonmattéi Paul-Henri et Sciberras Jean-Christophe, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Ministère du travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, 2008.

Archias Philippe, Bussat Virginie, Teissier Christophe et Triomphe Claude Emmanuel, *Expression directe au travail, le retour ? Les enseignements d'Astrees Lab*, ASTREES, 2013.

Assemblée parlementaire et Omtzigt Pieter, *Améliorer la protection des donneurs d'alerte*, Conseil de l'Europe, 2015.

Audic Philippe, *Mutations sociétales : la transitions numériques*, Conseil économiques social et environnemental des Pays de Loire, 2013.

Babinet Gilles, *Pour un New Deal Numérique*, Paris, Institut Montaigne, 2013.

Benghozi Pierre-Jean, Bureau Sylvain et Massit-Folea Françoise, *L'Internet des objets. Quels enjeux pour les Européens ?*, HAL Archives Ouvertes, 2008.

Bernard Denis, *Le télétravail en question : analyse critique à partir de 10 cas d'entreprises*, ANACT.

Bouéroux Mélanie, Pellé Baptiste et Rimbert Gérard, *Etude d'impact des transports en commun de Région Parisienne sur la santé des salariés et des entreprises*, Technologia, 2010.

Bouvard Michel, Carcenac Thierry, Chiron Jacques, Dallier Philippe, Genest Jacques, Lalande Bernard et De Montgolfier Albéric, *L'économie collaborative : propositions pour une fiscalité simple, juste et efficace*, Sénat, commission des finances, La documentation Française, 2015.

Bouygues Telecom Entreprises et IDC France, *Livre blanc : vers le télétravail 2.0*, Observatoire de l'informatique et des télécoms au service des nouvelles organisations du Travail, 2012.

Brunet Sylvie, *La prévention des risques psychosociaux*, Avis du Conseil économique, social et environnemental, coll.« Les éditions des Journaux Officiels », 2013.

Bureau Dominique et Naves Marie-Cécile, *Quelle action publique pour demain ?*, France Stratégie, 2015.

Bureau international du travail, *Rapport sur l'emploi dans le monde 2001*, International Labour Organization, 2002.

Cadars-Beaufour Céline, *Ordonnance sur requête en matière informatique*, Paris, Conseil de l'Ordre, 2009.

Cairola Emmanuel et Revelli Marco, *Manuel de formation sur le fordisme et le post-fordisme : organisation des travailleurs sur le lieu de travail*, Turin, Centre international de formation de l'OIT, 2004.

Carayon Bernard, *Rapport n°4159, fait au nom de la commission des lois*, Assemblée

Nationale, 2012.

Casino Gérard, *NTIC : de quoi parle-t-on ?*, Lyon, ANACT, 1999.

Citi, *Digital disruption : how hitech is forcing banking to a tipping point*, Citigroup, coll.« Citi GPS: Global Perspectives & Solutions », 2016.

CNIL, *Guide pour les employeurs et les salariés*, 2010.

CNIL, *Les outils informatiques au travail*, 2013.

Cointat Christian, *Proposition de loi tendant à autoriser le vote par correspondance électronique des Français de l'étranger pour les élections du CSFE*, Sénat, commission des lois, 2003.

Colin Nicolas, Landier Augustin, Mohnenc Pierre et Perrot Anne, *Économie numérique*, CAE, 2015.

Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, La Documentation Française, coll.« Les rapports du Conseil d'État », 2016.

Conseil économique, social et environnemental (CESE), *Les nouveaux rapports industrie/services à l'ère du numérique*, Paris, La Documentation Française, 2015.

Council of Europe, Council of Europe et Committee of Ministers, *Protection of whistleblowers: recommendation CM/Rec(2014)7 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 April 2014 and explanatory memorandum.*, 2014.

Coutelle Catherine et femmes Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les, *Rapport d'information de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi pour une République numérique*, Assemblée nationale, 2015.

CSC et 01 Informatique, *Barometre CIO 2012 - Tout se transforme*, Computer Sciences Corporation, 2012.

Damon Julien, *La démobilité : travailler, vivre autrement*, Fondapol, 2013.

Daugherty Paul, Carrel-Billiard Marc et Biltz Michael J., *Technology Vision 2016*, Accenture, 2016.

David Ménascé, *La France du Bon Coin, le micro-entrepreneuriat à l'heure de l'économie collaborative*, Institut de l'entreprise, 2015.

Debré Isabelle et FRANCE, *Rapport législatif, Proposition de loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires*, Sénat, commission des affaires sociales,

2009.

Denis Dominique, *Dynamiser le télétravail : un enjeu décisif pour la croissance et l'emploi*, Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 2011.

Direction générale des politiques internes, *Etude comparative sur le blocage, le filtrage et le retrait de contenus illégaux sur Internet*, Lausanne, Institut suisse de droit comparé, 2015.

Duchemin Bruno et Marembaud Olivier, *Révolution numérique et évolutions des mobilités individuelles et collectives (transport de personnes)*, Conseil économique, social et environnemental (CESE), 2015.

Duncan Gallie et Ying Zhou, *Work organisation and employee involvement in Europe*, Luxembourg, Eurofound, coll.« Publications Office of the European Union », 2013.

Durand Jean-Pierre, *Le travail à domicile en France aujourd'hui*, coll.« Travail et emploi », 1985.

Dutta Soumitra, Geiger Thierry et Lanvin Bruno, *The Global Information Technology Report 2015*, Genève, World Economic Forum, 2015.

Feeney Nathalie et Krawczyk Stéphane, *Livre blanc - L'observatoire de l'informatique et des télécoms au service de nouvelles organisations du travail*, IDC France en partenariat avec Bouygues Telecom Entreprises, 2011.

Fischer Flora, *Rapport de mission - Éthique et Numérique : une éthique à inventer ?*, CIGREF, 2014.

Fisher Desmond, *Le Droit à la communication : rapport sur l'état de la question*, UNESCO, 1984.

FRANCE, *Note d'analyse internet : prospective 2030*, Commissariat Général à la Stratégie et à la Prospective, 2013.

FRANCE et Centre d'analyse stratégique, *Le développement du télétravail dans la société numérique de demain*, 2009.

FRANCE, Centre d'analyse stratégique et Quintin Odile, *Le travail et l'emploi dans vingt ans*, La Documentation Française, 2011.

FRANCE et Chertier Dominique-Jean, *Pour une modernisation du dialogue social*, La Documentation Française, 2006.

FRANCE et CNIL, *Rapport d'activité 2012*, Paris, La Documentation Française, 2013.

FRANCE et Combrexelle Jean-Denis, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, France Stratégie, 2015.

FRANCE, Commission nationale de l'informatique et des libertés, *Rapport d'activité*

2014, Paris, La Documentation Française, 2015.

FRANCE, Commission nationale de l'informatique et des libertés et Bouchet Hubert, *La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise*, La Documentation française, 2001.

FRANCE, Conseil d'analyse économique, Barthélémy Jacques et Cette Gilbert, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, coll.« Les Rapports du Conseil d'analyse économique », 2010.

FRANCE, Conseil d'orientation pour l'emploi, *L'évolution des formes d'emploi*, 2014.

FRANCE, Conseil d'orientation pour l'emploi, *L'impact d'internet sur le fonctionnement du marché du travail*, Conseil d'orientation pour l'emploi, 2015.

FRANCE, Conseil d'orientation pour l'emploi, *Les réformes des marchés du travail en Europe*, Conseil d'orientation pour l'emploi, 2015.

FRANCE, Conseil économique et social et Rey Chantal, *Le Travail à domicile*, Conseil économique et social, coll.« Journal officiel de la République française, avis et rapports du Conseil économique et social », 1999.

FRANCE et Conseil général de l'industrie, de l'énergie et des technologies, *Perspectives de développement du télétravail dans la fonction publique*, Ministère de la fonction publique, 2011.

FRANCE et Conseil national du numérique, *Travail, emploi, numérique : les nouvelles trajectoires*, Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, 2016.

FRANCE Cour de cassation, *Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation. Le droit de savoir*, La Documentation française, 2011.

FRANCE, Direction générale des entreprises, Pôle interministériel de prospective et d'anticipation des mutations économiques et Pôle Industries du commerce, *Enjeux et perspectives de la consommation collaborative*, DGE, 2015.

FRANCE et Direction Générale du Travail, *Risques psychosociaux : synthèse des accords signés dans les entreprises de plus de 1000 salariés*, Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé, 2011.

FRANCE, Inspection générale des finances, Siné Alexandre, Hausswalt Pierre et Garcin Cédric, *Le soutien à l'économie numérique et à l'innovation*, Inspection générale des finances, 2012.

FRANCE, Klein Tristan, Ratier Daniel, Centre d'analyse stratégique et Direction générale du travail, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, La Documentation Française, 2012.

FRANCE et Lachmann Henri, *Bien-être et efficacité au travail - 10 propositions pour améliorer la santé psychologique au travail*, 2010.

FRANCE et Lemoine Philippe, *La nouvelle grammaire du succès - La transformation numérique de l'économie française*, 2014.

FRANCE et Lyon-Caen Gérard, *Les libertés publiques et l'emploi : rapport pour le ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle*, La Documentation Française, 1992.

FRANCE, Mahfouz Selma, Boisson-Cohen Marine, Garner Hélène et Laffon Philippe, *Le compte personnel d'activité, de l'utopie au concret*, France Stratégie, 2015.

FRANCE, Ministère de l'emploi, du travail et de l'insertion professionnelle des jeunes, Antonmattei Paul-Henri et Vivien Philippe, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives*, coll.« La Documentation française », 2007.

FRANCE, Ministère des affaires sociales du travail et de la solidarité, Chauchard Jean-Pierre et Hardy-Dubernet Anne-Chantal, *La subordination dans le travail : analyse juridique et sociologique de l'évolution des formes d'autonomie et de contrôle dans la relation de travail*, La Documentation Française, 2003.

FRANCE, Nasse Philippe, Légeron Patrick et Bertrand Xavier, *Rapport sur la détermination, la mesure et le suivi des risques psychosociaux au travail*, Ministère du travail, des relations sociales et de la solidarité, Rapport public, 2008.

FRANCE, Premier ministre et Badinter Robert, *Comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail*, La Documentation Française, 2016.

FRANCE, Premier Ministre et Conseil national du numérique, *Ambition numérique : pour une politique française et européenne de la transition numérique*, Conseil national du numérique, 2015.

FRANCE, Premier ministre, « Plan national de lutte contre le travail illégal 2016-2018 », 30 mai 2016.

FRANCE, Premier ministre et Martin Lalande Patrice, *L'Internet : un vrai défi pour la France : rapport au Premier ministre*, La Documentation Française, 1998.

FRANCE, Premier ministre, Morel-a-Lhuissier Pierre, Barrois Jean-Claude et Gal Christian, *Du télétravail au travail mobile : un enjeu de modernisation de l'économie française*, Paris, France, La Documentation Française, 2007.

FRANCE, Premier ministre et Terrasse Pascal, *L'économie collaborative, un nouveau modèle qui doit tenir ses promesses*, La Documentation Française, 2016.

FRANCE, Présidence de la République, Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, Sen Amartya, Stiglitz Joseph et Fitoussi Jean-Paul, *Rapport de la Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social*, Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, 2009.

FRANCE et Sciberras Jean-Christophe, *Pour une clarification du bulletin de paie*, Ministère des finances et des comptes publics, Ministère des affaires sociales de la santé et des droits des femmes, Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, Secrétaire d'Etat à la simplification et à la réforme de l'Etat, 2015.

FRANCE et Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale, *Guide pour réaliser un plan de continuité d'activité*, 2013.

France Stratégie et DARES, *Les métiers en 2022*, La Documentation Française, 2014.

Gautier Jean et Aurelli Paul, *Consolider le dialogue social*, Conseil économique et social, 2006.

Giraud Baptiste, Péglise Jérôme et Pénissat Etienne, *Gérer, négocier, résister*, Dares, 2014.

Greenan Nathalie, Hamon-Cholet Sylvie, Moatty Frédéric et Rosanvallon Jérémie, *TIC et conditions de travail. Les enseignements de l'enquête COI*, Centre d'étude de l'emploi, 2012.

Groupe international de travail sur la protection des données personnelles dans les télécommunications, *Report and guidance on privacy in social networks services, Rome Memorandum*, 2008.

G'Sell Florence et Durand-Barthez Pascal, *Protection contre l'appropriation illicite des secrets d'affaires et des informations commerciales confidentielles*, Fondation pour le droit continental, 2013.

GTEI, *Contenus haut débit : stratégies et politiques en matière de contenu numérique*, OCDE, 2006.

Guilbert Laure et Lancry Alain, *Les activités, temps et lieux de vie des cadres : Un système de déterminants individuels, contextuels et technologiques*, 2005.

Hervé Loïc et Bouchoux Corinne, *La HADOPI : totem et tabou*, Sénat, 2015.

Hurel François, *En faveur d'une meilleure reconnaissance du travail indépendant*, 2008.

Hye-Schoutheer François-Jean-Pierre, *Rapport général à sa majesté le roi, sur la création, les progrès et l'état actuel de la maison de travail de charité*, C. J. Fernand, 1818.

Ifop, *Le regard des actifs sur leur temps de trajet domicile/travail*, 2013.

INSEE, *Les déplacements domicile-travail amplifiés par la périurbanisation*, coll.« INSEE PREMIERE », 2007.

Isaac Henri, *La question du travail à l'ère digitale*, Renaissance numérique, 2016.

Kotlicki Marie-José, *Les nouveaux rapports industrie/services à l'ère du numérique*, Conseil économiques social et environnemental, 2015.

Lanuel Typhaine, Simon Zoé et Payet Matthieu, *Approche de droit comparé sur les réseaux sociaux*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 2014.

Le Forum des droits sur l'internet, *Relations de travail et internet*, 2002.

Lenoir Christian et Schechter François, *L'avenir et les voies de régulation du portage salarial*, Inspection générale des affaires sociales, 2011.

Lestrade Brigitte, *Les syndicats en France et en Allemagne : difficiles adaptations aux mutations de la société*, Institut Français des Relations Internationales, 2007.

Luk Gina, *Mobility and BYOD Security Survey Results 2016*, Strategy Analytics, 2016.

MEDEF, *Réseaux sociaux et entreprises : quels enjeux juridiques ?*, 2014.

Mettling Bruno, *Transformation numérique et vie au travail*, La documentation Française, 2015.

Moares Claude, *Rapport sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers États membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures*, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Parlement européen, 2014.

Narvaiza Zufiaur, *Avis du Comité économique et social européen sur les «Nouvelles tendances du travail indépendant: le cas particulier du travail indépendant économiquement dépendant»*, Comité économique et social européen, 2010.

Nora Simon et Minc Alain, *L'informatisation de la société: rapport à M. le Président de la République*, Seuil, 1978.

Omalek Laure et Rioux Laurence, *Panorama de l'emploi et des revenus des non-salariés*, Insee Références, coll.« Emploi et revenus des indépendants », 2015.

ORSE, *Guide ORSE du meilleur usage des outils de communication numérique dans les entreprises*, 2015.

Paul Christian et Féral-Schuhl Christiane, *Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique*, Assemblée nationale, 2015.

Perulli Adalberto, *Étude sur le travail économiquement dépendant ou parasubordonné*

par le Professeur Adalberto Perulli, Bruxelles, Commission de l'emploi et des affaires sociales, 2003.

Perulli Adalberto, *Travail économiquement dépendant/parasubordination : les aspects juridiques, sociales et économiques*, 2003.

Pichault François, Rorive Brigitte et Zune Marc, *Etude « TIC et métiers en émergence »*, Direction générale de l'industrie, des technologies de l'information et des postes, 2002.

Prouet Emmanuelle et Jolly Cécile, *L'avenir du travail : quelles redéfinitions de l'emploi, des statuts et des protections ?*, France Stratégie, 2016.

Rosenblat Alex et Stark Luke, *Uber's Drivers: Information Asymmetries and Control in Dynamic Work*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2015.

Supiot Alain, *Au-delà de l'emploi : transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Union européenne. Commission européenne et Universidad Carlos III, 1999.

The Economist Intelligence Unit, *The Challenge of Speed*, The Economist Intelligence Unit, 2014.

Valenduc Gérard et Vendramin Patricia, *Le travail dans l'économie digitale : continuités et ruptures*, Brussels, Fondation Travail-Université, 2016.

Vendramin Patricia, *Enquête Temps et travail : Temps, rythmes de travail et conciliation des temps sociaux*, Namur, Fondation Travail – Université ASBL, 2007.

Vendramin Patricia et Valenduc Gérard, *Technologies de l'information et de la communication, emploi et qualité du travail*, Ministère fédéral de l'Emploi et du Travail, 2002.

Vendramin Patricia, Valenduc Gérard, Rolland Isabelle, Richardson Randal et Gillespie Andrew, *Flexible Work Practices and Communication Technology*, European Commission, 2000.

Weil David, *Employee or Independent Contractor*, USA, division Wage and Hour du Department of Labor, 2015.

Willis David, *Bring Your Own Device : The Facts and the Future*, Gartner, 2013.

Instant World, Information Canada, 1971.

Canada Supreme Court Reports, Registrar, Supreme Court of Canada, 2001.

L'avenir du travail et de la qualité dans la société de l'information : le secteur des médias, de la culture et des arts graphiques. Réunion tripartite sur l'avenir du travail et de la qualité dans la société de l'information: le secteur des médias, de la, International Labour Organization, 2004.

Mieux vivre son écran, Institut National de Recherche et de Sécurité, 2004.

Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIème siècle, Bruxelles, Commission des communautés européennes, 2006.

La relation de travail : Guide annoté sur la recommandation n°198, Genève, OIT, 2007.

La rémunération des inventeurs salariés, Sénat, 2009.

Radiofréquences, Afsset, 2009.

L'entreprise de l'après-crise : Renouveler la contribution de l'entreprise à la cohésion sociale, L'institut de l'entreprise, 2010.

Pour un meilleur usage de la messagerie électronique dans les entreprises, ORSE, 2011.

Livre blanc du télétravail et des tiers lieux, Tour de France du Télétravail, 2012.

Prévenir le risque trajet domicile - travail, Comité de pilotage pour la prévention du risque routier professionnel, 2012.

Les effets du travail sur la vie privée, Technologia, 2012.

Dialogue social : discussion récurrente en vertu de la Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, Genève, BIT, 2013.

Repenser la place des individus au travail dans une société numérique, La Fing, 2013.

Unlocking the Value of Personal Data: From Collection to Usage, Switzerland, World Economic Forum, 2013.

Guide pratique des risques psychosociaux, Technologia, 2013.

Talent analytics and big data – the challenge for HR, Oracle, 2013.

Cahier de Tendances 2014, Netexplo, 2014.

Le numérique et les droits fondamentaux, Conseil d'Etat, 2014.

Les nouveaux modes de travail à l'ère du digital : enjeux et opportunités, exemples et enseignements, Orange Business Services, 2014.

Réinventer le travail - Comment saisir les opportunités de l'ère digitale ?, Roland Berger Strategy Consultants, 2014.

Tendances mondiales en matière de liberté d'expression et de développement des médias, UNESCO, 2014.

Accélérer la mutation numérique des entreprises : un gisement de croissance et de compétitivité pour la France, McKinsey, 2014.

Du rattrapage à la transformation, Roland Berger Strategy Consultants, 2014.

Champs électromagnétiques et santé publique : téléphones portables, Aide-mémoire N°193, OMS, 2014.

Les classes moyennes face à la transformation digitale, Roland Berger Strategy Consultants, 2014.

Être un leader à l'ère du numérique, Entreprise et Progrès, 2015.

Le numérique, une chance à saisir pour la France, CGI, 2015.

Une fonction RH Digitale engagée à accompagner la transformation numérique de son entreprise, Kurt Salmon, 2015.

Pilotage du travail et risques psychosociaux, Dares, 2015.

Administrator's Interpretation No. 2015-1 - The Application of the Fair Labor Standards Act's « Suffer or Permit » Standard in the Identification of Employees Who Are Misclassified as Independent Contractors., Washington, D.C., U.S. Department of Labor Wage and Hour Division, 2015.

Sauver le dialogue social : Priorité à la négociation d'entreprise, Institut Montaigne, 2015.

Enquête d'opinion sur le télétravail et l'environnement, Rapport Global, BVA, 2015.

Du Code du travail au Code de l'emploi, Génération France, 2015.

Le compte personnel d'activité en trois questions, France Stratégie, 2015.

Legal, Operational and Technical Standards for E-voting, Council of Europe, 2004.

La mobilité refondée avec le numérique, IESF, 2015.

L'équilibre de la loi du 29 juillet 1881 à l'épreuve d'Internet, Rapport d'information n°767, Sénat, commission des lois, 2016.

Avis n°2015-3 du Conseil national du numérique relatif au projet de loi pour une République numérique.

Les tiers-lieux, espaces de travail, d'émulation et de vie, Conseil général des Hauts-de-Seine, coll.« Les entretiens Albert Khan ».

Articles encyclopédiques

Aubrée Yann, « Contrat de travail (existence - formation) », dans *Rép. trav.*, 2014.

Blaise Jean-Bernard, « Abus de position dominante », dans *Rép. com.*, Dalloz, , n° 158-334, 2016.

Colbeaux Véronique et Sansy Uriel, « Fasc. 640-6 - Régime général : cotisations de sécurité sociale – Assiette : avantages en nature », dans *JurisClasseur Protection sociale Traité*, 2015.

Cristau Antoine, « Contrat de travail à durée indéterminée », dans *Rép. trav.*, 2015.

Dedessus-Le-Moustier Gilles, « Travail à domicile et télétravail », dans *Rép. trav.*, 2014, p. 191-246.

Denkiewicz Bruno et Maurin Philip, « Épargne salariale », dans *Rép. soc.*, 2015.

Drai Laurent, « Fasc. 1192 : Contrôle par l'employeur de l'usage des technologies de l'information et de la communication par ses salariés », dans *JCl. Communication*, 2016.

Ferrand Frédérique, « Art. 2 - Droit anglais de la preuve », dans *Rép. pr. civ.*, Dalloz, 2015.

Kessler Francis, « Sécurité sociale : Coordination des régimes de base - Champ d'application - Principes généraux », dans *Répertoire de droit européen*, 2016.

Lehu Jean-Marc, « L'encyclopédie du marketing: Commenté et illustrée », dans , Editions Eyrolles, 2012.

Mouly Jean et Charlaron Yves, « Règlement intérieur et notes de service », dans *Rép. trav.*, 2015, p. 7-169.

Mouly Jean et Savatier Jean, « Droit disciplinaire », dans *Rép. trav.*, 2015.

Pierre-Maurice Sylvie, « Ordonnance sur requête », dans *Rép. pr. civ.*, 2011.

Téchené Vincent, « Protection des données personnelles : publication du Règlement au JOUE », dans *Lexbase Hebdo édition affaires*, 2016, vol.454.

Urban Quentin, « Comité d'entreprise (Rôle et attributions en matière économique) », dans *Rép. trav.*, 2014.

« Règles de compétences, étude n°103 », dans *Lamy prud'hommes : fonctionnement, procès, voies de recours*, Lamy, 2013.

« Multitasking », dans *Wikipédia*, 2014.

« Gestionnaire de communauté », dans *Wikipédia*, 2014.

« Économie quaternaire », dans *Wikipédia*, 2014.

« Peter Drucker », dans *Wikipédia*, 2015.

« Syndrome d'épuisement professionnel par l'ennui », dans *Wikipédia*, 2015.

« Stress numérique », dans *Wikipédia*, 2015.

« Méthode itérative », dans *Wikipédia*, 2015.

« Signature numérique », dans *Wikipédia*, 2015.

« Wiki », dans *Wikipédia*, 2015.

« Dématérialisation », dans *Wikipédia*, 2015.

« Réseau social », dans *Wikipédia*, 2016.

Pages consultées sur internet

Alcatel-Lucent, *Nouveaux usages IT nouveaux défis, tendances & prospective.*, <http://entreprise.alcatel-lucent.fr>, consulté le 26 janvier 2014.

Amégée Maximilien, *Le contrat de travail à l'épreuve des NTIC : Le temps effectif du travail et le lien de subordination sont-ils remis en cause?*, <https://www.droit-technologie.org/dossiers/le-contrat-de-travail-a-lepreuve-des-ntic-le-temps-effectif-et-le-lien-de-subordination-sont-ils-remis-en-cause/>, consulté le 11 mars 2013.

Askenazi Bruno, *Zest, l'appli qui veut libérer la parole des salariés*, <http://business.lesechos.fr/entrepreneurs/idees-de-business/zest-l-appli-qui-veut-liberer-la-parole-des-salaries-205239.php#Xtor=AD-6000>, consulté le 26 octobre 2016.

Barroux David, *Pourquoi la révolution technologique m'a « tuer »*, http://www.lesechos.fr/22/10/2013/LesEchos/21548-035-ECH_pourquoi-la-revolution-technologique-m-a---tuer--.htm, consulté le 4 mai 2016.

Beky Ariane, *La CGT-Cadres milite pour un droit à la déconnexion*, <http://www.silicon.fr/cgt-cadres-milite-droit-deconnexion-96534.html>, consulté le 3 novembre 2014.

Bem Anthony, *Les emails et les sms comme moyens de preuve*, <http://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/emails-comme-moyens-preuve-1185.htm>.

Bensoussan Alain, *Les enjeux juridiques de la transition numérique*, <http://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-124158-les-enjeux-juridiques-de-la-transition-numerique-1094807.php#Xtor=AD-6000>, consulté le 28 février 2015.

Buckles Greg et eDJGroup, *Legal, Security, and IT Tackle BYOD*, http://www.symantec.com/content/en/us/enterprise/white_papers/b-legal-security-it-byod-21329696-WP.pdf.

Buzaud Elodie, *Manager en télétravail, c'est possible... aux États-Unis*, <http://www.cadremploi.fr/editorial/actualites/actu-emploi/detail/article/manager-en-teletravail-cest-possible-aux-tats-unis.html>, consulté le 9 mai 2014.

Camacho Julien, *Les scénarios de rupture : Nouveaux espaces, nouvelles temporalités, nouveaux contenus au travail*, <http://reseau.fing.org/blog/view/126347/les-scenarios-de-rupture-nouveaux-espaces-nouvelles-temporalites-nouveaux-contenus-au-travail>, consulté le 11 juin 2014.

Carson Biz, *Uber told drivers to take showers, and now it's being used against them in*

court, <http://uk.businessinsider.com/uber-class-action-suit-hinges-on-shower-order-2015-9>, consulté le 2 septembre 2015.

Case Amber, *Nous sommes tous des cyborgs aujourd'hui*, http://www.ted.com/talks/amber_case_we_are_all_cyborgs_now?language=fr, consulté le 22 janvier 2015.

Case Amber, *Future of the Interface and The Internet of Things*, <http://www.youtube.com/watch?v=1G0RuobWoDU>, consulté le 22 janvier 2015.

Cauvin Emmanuel, *Obligation de connexion, liberté de déplacement : le contrat de travail réinventé*, <http://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-80728-obligation-de-connexion-liberte-de-deplacement-le-contrat-de-travail-reinvente-1007217.php#Xtor=AD-6000>, consulté le 6 janvier 2015.

CFDT-Accenture, *« myExtraHours » : vers la fin des heures sup non payées ?*, <http://www.cfdt-accenture.org/>, consulté le 13 mai 2014.

Cherchève Perrine, *Houuu, la honte ! Enquête sur la pratique du « name and shame »*, <http://www.marianne.net/houuu-honte-enquete-pratique-du-name-and-shame-100240662.html>, consulté le 14 mars 2016.

CIGREF, *Les 10 tendances structurantes de la transition numérique*, <http://www.cigref.fr/les-10-tendances-structurantes-de-la-transition-numerique>, consulté le 30 octobre 2013.

CNIL, *RFID : Des puces aux usages multiples et aux impacts variés en termes de vie privée*, <http://www.cnil.fr/nc/linstitution/actualite/article/article/rfid-des-puces-aux-usages-multiples-et-aux-impacts-varies-en-termes-de-vie-privee/>, consulté le 10 janvier 2013.

CNIL, *Maîtrisez les réglages « vie privée » de votre smartphone*, <http://www.cnil.fr/documentation/fiches-pratiques/fiche/article/maitrisez-les-reglages-vie-privee-de-votre-smartphone/>.

CNIL, *Le contrôle de l'utilisation d'internet et de la messagerie*, <http://www.cnil.fr/documentation/fiches-pratiques/fiche/article/le-controle-de-lutilisation-dinternet-et-de-la-messagerie/>, consulté le 14 janvier 2013.

Colin Nicolas, *Vers de nouvelles propositions de valeur*, <http://www.paristechreview.com/2015/02/19/nouvelles-propositions-valeur/>, consulté le 29 avril 2016.

Commission nationale de l'informatique et des libertés, *Invalidation du « safe harbor » par la Cour de Justice de l'Union européenne : une décision clé pour la protection des*

données, <http://www.cnil.fr/linstitution/actualite/article/article/invalidation-du-safe-harbor-par-la-cour-de-justice-de-lunion-europeenne-une-decision-cl/>.

Cotto Christiane, *Exposé sur le portage salarial*, http://www.aapds.com/base%20documentaire.htm?_P_np=2, consulté le 30 septembre 2013.

Coupez François, *Usage des moyens informatiques dans l'entreprise : la Cour de cassation pousserait-elle à la mise à jour des chartes ?*, <http://www.journaldunet.com/management/expert/52365/usage-des-moyens-informatiques-dans-l-entreprise---la-cour-de-cassation-pousserait-elle-a-la-mise-a-jour-des-chartes.shtml>, consulté le 13 mars 2014.

Coupez François, *Usage des moyens informatiques dans l'entreprise : la Cour de cassation pousserait-elle à la mise à jour des chartes ?*, <http://www.journaldunet.com/management/expert/52365/usage-des-moyens-informatiques-dans-l-entreprise---la-cour-de-cassation-pousserait-elle-a-la-mise-a-jour-des-chartes.shtml>, consulté le 3 janvier 2014.

Coupez François et La Pinta Franck, *Droit à la déconnexion et objets connectés*, <http://blogatipic-avocat.com/droit-la-deconnexion-et-objets-connectes/>, consulté le 16 mars 2015.

Couvert Carole, *Argumentaire CFE-CGC sur le projet de loi El-Khomri*, www.cfecgc.org, consulté le 27 avril 2016.

DAGEMO, *TéléRC : le service de saisie d'une demande d'homologation de rupture conventionnelle* (Cerfa n°14598*01), <https://www.telerc.travail.gouv.fr/RuptureConventionnellePortailPublic/jsp/site/Portal.jsp>, consulté le 12 octobre 2016.

Delawari Myriam et Landat Christophe, *Les enjeux de la relation salariale au regard du développement du réseau Internet*, www.droit-ntic.com, consulté le 24 juin 2014.

Delloite, *Etude mondiale 2014 sur le risque de réputation*, <http://www.deloitte.com/>, consulté le 4 janvier 2015.

Demeester Sarah, *La vidéosurveillance, mode de preuve contestable de la faute d'un salarié ?*, <http://tinyurl.com/ohquqoh>, consulté le 17 novembre 2015.

Dent Steve, *No work emails after 6PM please, we're French*, <http://www.engadget.com/2014/04/09/french-labor-law-work-emails/>, consulté le 28 mai 2015.

Dévernois Bruce, « Vers la fin du taylorisme et une refondation du droit du travail

conduite du bas vers le haut (bottom up) ».

Durand Corentin, *#OnVautMieuxQueÇa : le futur de la révolte sociale est-il numérique ?*, <http://www.numerama.com/politique/148239-onvautmieuxqueca-le-futur-de-la-revolte-sociale-est-il-numerique.html>.

Ertzscheid Olivier, *Les Coolies de la pop économie. Quand les humains travailleront pour les algorithmes.*, http://affordance.typepad.com/mon_weblog/2015/06/les-coolies-de-la-pop-economie.html, consulté le 27 octobre 2015.

10Ettighoffer Denis, *Le Syndrome de Chronos*, 1998, <http://www.ettighoffer.fr/550/syndrome-de-chronos-1998>, consulté le 26 janvier 2015.

Farhad Manjoo, *Le travail à domicile peut être une très bonne chose, pour les employés comme pour les employeurs*, <http://www.slate.fr/story/68951/travail-domicile-teletravail-yahoo-mayer>, consulté le 28 août 2014.

Fécherolle Olivier, *Comment faire de vos salariés les ambassadeurs de votre marque employeur*, <http://www.focusrh.com/tribunes/comment-faire-de-vos-salaries-les-ambassadeurs-de-votre-marque-employeur-par-olivier-fecherolle.html>, consulté le 11 décembre 2013.

Frédéric Chhum, *Salariés, cadres : management oppressant consistant dans d'incessants appels téléphoniques/SMS hors des heures de travail = harcèlement moral*, <http://www.juritravail.com/Actualite/harcelement-moral-sexuel-discrimination/Id/144551>, consulté le 17 avril 2015.

Gauvin Audrey, *A qui appartiennent les comptes et contenus Twitter ou Facebook ?*, <http://www.id-carrieres.com/blog/2013/03/18/a-qui-appartiennent-les-comptes-et-contenus-twitter-ou-facebook/>, consulté le 14 avril 2014.

Gillbe Adam, *Sécurité des documents : comment éviter la menace et préserver la confidentialité des informations*, <http://www.canon.fr/>.

Guillaud Hubert, *La deuxième économie*, <http://www.internetactu.net/2011/10/19/la-deuxieme-economie/>, consulté le 21 octobre 2015.

Guillaud Hubert, *Qui des algorithmes ou des clients seront nos nouveaux patrons ?*, <http://www.internetactu.net/2015/11/10/qui-des-algorithmes-ou-des-clients-seront-nos-nouveaux-patrons/>, consulté le 10 novembre 2015.

Guillaud Hubert, *Buzz de la consommation coopérative : du « social washing »?*, <http://blog.slate.fr/tendances-environnement/2012/01/13/buzz-de-la-consommation-cooperative-du-social-washing/>, consulté le 2 décembre 2015.

Guillaud Hubert, *Quelle est la meilleure réponse à l'ubérisation ? Les collectifs !*,

<http://www.internetactu.net/2016/04/04/quelle-est-la-meilleure-reponse-a-luberisation-les-collectifs/>, consulté le 4 avril 2016.

Guillaud Hubert, *Vers des plateformes réellement coopératives*, <http://www.internetactu.net/2015/11/25/leconomie-solidaire-necessite-un-internet-de-la-solidarite/>, consulté le 25 novembre 2015.

Jalinière Hugo, *Electrosensibilité: « Un handicap qui ne peut pas être nié »*, <http://www.sciencesetavenir.fr/sante/20150827.OBS4827/electrosensibilite-un-handicap-qui-ne-peut-pas-etre-nie.html>.

Kahn Annie, *Réseaux sociaux = haut-parleurs surpuissants pour DRH pionniers*, http://www.lemonde.fr/economie/article/2015/06/19/reseaux-sociaux-haut-parleurs-surpuissants-pour-drh-pionniers_4657941_3234.html, consulté le 12 février 2016.

Kaisergruber Danielle, *Le temps des référendums*, http://www.metiseurope.eu/le-temps-des-referendums_fr_70_art_30313.html, consulté le 11 mars 2016.

Kalanick Travis, *Growing and growing up*, <https://newsroom.uber.com/growing-and-growing-up/>, consulté le 23 juin 2016.

Kang Cecilia, *Coalition of Start-Ups and Labor Call for Rethinking of Worker Policies*, <http://bits.blogs.nytimes.com/2015/11/09/coalition-of-start-ups-and-labor-call-for-rethinking-of-worker-policies/>, consulté le 10 novembre 2015.

Kepes Ben, *Rogue IT, A Rogues Gallery. Highlighting The Perils Of « Shadow IT »*, <http://www.forbes.com/sites/benkepess/2013/11/30/rogue-it-a-rogues-gallery-highlighting-the-perils-of-shadow-it/>, consulté le 5 février 2014.

Klieger David, Ones Deniz et Kuncel Nathan, *In Hiring, Algorithms Beat Instinct*, <https://hbr.org/2014/05/in-hiring-algorithms-beat-instinct>, consulté le 7 juillet 2015.

Kouahou Yves Léopold, *La dissociation de l'originalité et de l'empreinte de la personnalité de l'auteur pour protéger une oeuvre*, <http://www.village-justice.com/articles/dissociation-originalite-empreinte,4653.html>, consulté le 10 décembre 2015.

La Fing, *Digiwork - Les scénarios extrêmes, Compte-rendu des ateliers du 24 avril 2013*, <http://fr.slideshare.net/slidesharefing/digiwork-scenarios-extremes-comptere rendu>, consulté le 31 octobre 2013.

Lanciaux Adrien, *L'impact des NTIC sur le contrat de travail*, <http://www.legavox.fr/blog/adrien-lanciaux/impact-ntic-contrat-travail-12558.htm>, consulté le 13 octobre 2014.

Larousse Éditions, *Définitions: wi-fi - Dictionnaire de français Larousse*,

<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/wi-fi/10910038>, consulté le 12 août 2016.

Lazzarato Maurizio, *Les révolutions du capitalisme*, <http://seminaire.samizdat.net/spip.php?article23>, consulté le 29 août 2013.

Lévy-Abégnoli Thierry, *Bring your own device : dix questions pour respecter la réglementation*, <http://www.indexel.net/materiels/bring-your-own-device-dix-questions-pour-respecter-la-reglementation-3586.html>, consulté le 6 juin 2014.

Lissitzky Tatiana, *Harcèlement numérique : le droit à la déconnexion*, <http://www.changerletravail.fr/harcèlement-numérique-droit-a-la-deconnexion>.

Mahieu Laurent, *Changements technologiques au travail : amplifier l'action syndicale*, <http://www.cadrescfdt.fr/actualites/changements-technologiques-au-travail-amplifier-l'action-syndicale-002982>, consulté le 3 juin 2015.

Maison Rouge Olivier de, *Le droit de l'intelligence économique s'écrit-il à Clermont Ferrand ?*, <http://www.fondation-prometheus.org/wsite/publications/newsletter/201111/le-droit-de-l%E2%80%99intelligence-%C3%A9conomique-s%E2%80%99%C3%A9crit-il-%C3%A0-clermont-ferrand/>, consulté le 25 avril 2014.

Margot-Duclot Etienne, *Communication syndicale dans l'entreprise à l'ère du numérique*, <http://margot-duclot-avocat.com/avocatendroitudutravailtdunumerique/category/communication-syndicale/>, consulté le 8 avril 2016.

Mathieu Bertrand, Laigneau Marianne et Ray Jean-Emmanuel, *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31 - Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-31/entreprise-droits-fondamentaux-et-droits-sociaux.96757.html>, consulté le 13 mars 2015.

Maurel Lionel, *Twitter et le droit d'auteur : vers un copyright 2.0 ?*, <http://scinfolex.com/2009/06/14/twitter-et-le-droit-dauteur-vers-un-copyright-2-0/>.

Mazenod Xavier de, *Télétravail : Thales Services s'engage sur un jour par semaine seulement*, <http://zevillage.net/2014/08/25/teletravail-thales-services-sengage-jour-semaine/>, consulté le 4 septembre 2014.

Meghraoua Lila, *L'entreprise qui se veut digitale gagnerait à s'inspirer de l'entreprise libérée*, http://www.atelier.net/trends/articles/cinquin-entreprise-se-veut-digitale-gagnerait-inspirer-de-entreprise-liberee_436672?utm_source=emv&utm_medium=mail&utm_campaign=lettre_toute_zon

e, consulté le 21 juillet 2015.

Mercklé Pierre, *Le Phalanstère*, <http://www.charlesfourier.fr/spip.php?article328>, consulté le 14 janvier 2015.

Ministère des Affaires sociales et de la Santé - Ministère du Redressement productif et Ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie, *Portail radiofréquences - santé - environnement*, <http://www.radiofrquences.gouv.fr/spip.php?article88>. Morin Lucile, *Recrutement : le 2.0 fait data*, http://www.liberation.fr/economie/2014/03/02/recrutement-le-20-fait-data_983966, consulté le 7 septembre 2015.

Némo François, *Réconcilier le Web avec la réalité sociale et politique*, <http://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-121606-la-marque-france-est-legitime-pour-initier-la-deuxieme-revolution-du-web-1087296.php>, consulté le 27 janvier 2015.

Netter Emmanuel, *La liberté d'expression sur les réseaux sociaux*, <http://www.unpeuedroit.fr/droit-penal/la-liberte-dexpression-sur-les-reseaux-sociaux/>, consulté le 1 mars 2016.

News Pieterjan Vanleemputten Rédacteur de Data, *Daimler supprime l'e-mail pendant les vacances*, <http://datanews.levif.be/ict/actualite/daimler-supprime-l-e-mail-pendant-les-vacances/article-normal-295447.html>, consulté le 25 février 2015.

Nouvelle L'Usine, *Le télétravail contre les catastrophes naturelles à répétition : ce que la téléprésence va changer*, <http://www.usinenouvelle.com/article/le-teletravail-contre-les-catastrophes-naturelles-a-repetition-ce-que-la-telepresence-va-changer.N199535>, consulté le 4 août 2014.

Office québécois de la langue française, *Bibliothèque virtuelle*, <http://www.oqlf.gouv.qc.ca/ressources/bibliotheque/dictionnaires/internet/fiches/8360933.html>.

Papin Etienne, *L'usage des moyens informatiques de l'entreprise par les syndicats*, <http://www.cio-online.com/actualites/lire-l-usage-des-moyens-informatiques-de-l-entreprise-par-les-syndicats-6581.html>, consulté le 15 avril 2016.

Patrick Morvan, *Le suicide des salariés*, <http://patrickmorvan.over-blog.com/article-6654240.html>, consulté le 9 avril 2015.

Perlin Ross, *These Are The New Rules of Work*, <http://www.fastcompany.com/3046127/the-new-rules-of-work/these-are-the-new-rules-of-work>, consulté le 22 mai 2015.

Pierre Julien, *Interview d'Aurélien Faravelon, double doctorant*, <http://www.identites->

numeriques.net/06-01-2011/interview-aurelien-faravelon-double-doctorant, consulté le 21 octobre 2013.

Poncier Anthony, *Les entreprises tuent-elles la culture digitale ?*, <http://pro.01net.com/editorial/625880/les-entreprises-tuent-elles-la-culture-digitale/>, consulté le 4 septembre 2014.

Prudent Robin, *L'appli Uber a-t-elle 1 000 ou 1 million d'employés ?*, <http://rue89.nouvelobs.com/2015/06/19/lappli-uber-a-t-1-000-1-million-demployes-259858>.

Quilton Arnaud, *Vers une codification du télétravail ?*, <http://www.lexatic.com/droit-du-travail-dans-un-environnement-numerique/vers-une-codification-du-teletravail.html>, consulté le 9 octobre 2012.

Ray Jean-Emmanuel, *Le BYOD (« Bring your own device », apportez votre propre matériel) et le droit du travail.*, <http://www.lecafedudroit.fr/le-byod-bring-your-own-device-apportez-votre-propre-materiel-et-le-droit-du-travail/>, consulté le 10 mars 2014.

Richer Martin, *Innovation en entreprise : les opportunités du handicap*, http://www.metiseurope.eu/handicap-une-source-d-innovation-dans-l-entreprise_fr_70_art_30075.html.

Robillart Olivier, *Uber, Amazon : de l'emploi mais un risque sur les conditions de travail ?*, <http://pro.clubic.com/emploi-informatique.clubic.com/article-783586-1-uber-amazon-destruction-emplois-mettling-ugict.html>, consulté le 3 novembre 2015.

Rochelandet Fabrice, *Protéger la vie privée au détriment de la sécurité ? Un faux débat.*, <http://www.rslnmag.fr/post/2015/03/10/Proteger-la-vie-privee-au-detriment-de-la-securite-Un-faux-debat.aspx>.

Rodrigues Alexandre, *La valeur probante de l'écrit numérique*, http://www.avocats-picovschi.com/la-valeur-probante-de-l-ecrit-numerique_article_395.html, consulté le 13 août 2015.

Schmidt Michael, *Social Media Advisor – The Need For Employer Vigilance With Privacy*, <http://www.ediscoverylawreview.com/2010/09/17/social-media-advisor-the-need-for-employer-vigilance-with-privacy/>, consulté le 24 avril 2014.

Scholz Trebor, *Platform Cooperativism vs. the Sharing Economy*, <https://medium.com/@trebors/platform-cooperativism-vs-the-sharing-economy-2ea737f1b5ad#.dkrgq37mu>, consulté le 29 avril 2016.

Service des Affaires Européennes, *L'intéressement, la participation et l'actionnariat salarié*, <http://www.senat.fr/lc/lc60/lc60.html>, consulté le 30 octobre 2013.

Siraud Mathilde, *Ces pétitions devenues virales sur internet*, <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2016/02/24/01016-20160224ARTFIG00318-ces-petitions-devenues-virales-sur-internet.php>, consulté le 25 février 2016.

Smith Christopher, *H.R.491 - 113th Congress (2013-2014): Global Online Freedom Act of 2013, 2 april 2013*, <https://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/491/text>, consulté le 24 janvier 2017.

Staff L. I. I., *First Amendment*, https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment, consulté le 24 janvier 2017.

Thiébart Patrick, *Et si on refondait le droit du travail en s'inspirant des Etats-Unis...*, <http://www.usine-digitale.fr/editorial/et-si-on-refondait-le-droit-du-travail-en-s-inspirant-des-etats-unis.N345031>, consulté le 21 août 2015.

Thoemmes Jens, *Sociologie du travail et critique du temps industriel*, <http://temporalites.revues.org/>, consulté le 7 avril 2014.

Tost Leigh Plunkett, Gino Francesca et Larrick Richard P., *When Power Makes Others Speechless: The Negative Impact of Leader Power on Team Performance*, <http://dash.harvard.edu/handle/1/10996804>, consulté le 6 novembre 2013.

Turq Dominique, *Le modèle « collaboratif » va détruire des emplois*, http://www.lesechos.fr/archives/cercle/2012/06/19/cercle_48108.htm, consulté le 20 octobre 2015.

Vansnick Régis, *Air France : 38.000 followers et un Community manager en congé le dimanche*, <http://vansnick.net/air-france-38-000-followers-et-un-community-manager-en-conge-le-dimanche/>, consulté le 30 juillet 2014.

Veazey Simon, *L'impact de la main invisible de la technologie*, L'impact de la main invisible de la technologie, consulté le 22 janvier 2017.

Volle Michel, *La main et le cerveau*, <http://michelvolle.blogspot.fr/2013/12/la-main-et-le-cerveau.html>, consulté le 1 octobre 2014.

Vugier Sebastien, *Que signifie l'entreprise numérique ?*, <http://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-132798-que-signifie-lentreprise-numerique-1117660.php>, consulté le 21 janvier 2017.

Technip censure son intranet syndical, <http://www.transfert.net/Technip-censure-son-intranet>, consulté le 10 mars 2016.

Les assureurs n'assurent plus les dommages de toute nature causés par les champs et ondes électromagnétiques, <http://www.robindestoits.org/Les-assureurs-n-assurent-plus-les-dommages-de-toute-nature-causes-par-les-champs-et-ondes-electromagnetiques-19->

[02-2003_a41.html](#), consulté le 12 février 2015.

Barcelona clubbers get chipped, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/3697940.stm>, consulté le 20 février 2015.

Champs électromagnétiques et santé publique : hypersensibilité électromagnétique, <http://www.who.int/peh-emf/publications/facts/fs296/fr/>, consulté le 12 février 2015.

Google CEO Eric Schmidt on privacy, http://www.youtube.com/watch?v=A6e7wFDHzew&feature=youtube_gdata_player, consulté le 21 octobre 2013.

Blog : un ancien salarié condamné pour ses propos sur son ex-employeur malgré une clause de confidentialité, <http://www.legalis.net/spip.php?article3051>, consulté le 23 novembre 2015.

10 Réseaux sociaux, Internet, vie privée et recrutement, <http://www.acompetenceegale.com>.

Les « turbo-cadres » ou l'art de travailler en mouvement, <http://cadres.apec.fr/>, consulté le 8 janvier 2014.

Des salariés apprennent leur licenciement par SMS, <http://www.lefigaro.fr/emploi/2010/11/04/01010-20101104ARTFIG00600-des-salaries-apprennent-leur-licenciement-par-sms.php>, consulté le 11 août 2015.

Quand le portable est comparé à l'amiante, <http://www.leparisien.fr/societe/quand-le-portable-est-compare-a-l-amiante-27-11-2010-1167868.php>, consulté le 12 février 2015.

Nouvelles technologies : règles et limites posées par la CNIL, http://www.editions-tissot.fr/actualite/droit-du-travail-article.aspx?secteur=RP&id_art=2915&titre=Nouvelles+technologies+%3A+règles+et+limites+posées+par+la+CNIL.

Trop de salariés ne décrochent pas pendant les vacances, <http://www.lefigaro.fr/vie-bureau/2011/10/28/09008-20111028ARTFIG00462-attention-salaries-accros-au-boulot.php>, consulté le 7 mai 2014.

Le « baromètre social », un outil prisé des DRH mais qui laisse les salariés sceptiques, http://www.lemonde.fr/economie/article/2011/06/27/le-barometre-social-un-outil-prise-des-drh-mais-qui-laisse-les-salaries-sceptiques_1541304_3234.html, consulté le 18 février 2015.

L'accès à la messagerie d'un salarié en son absence, <http://www.cnil.fr/linstitution/actualite/article/article/laces-a-la-messagerie-dun>

[salarie-en-son-absence/](#), consulté le 25 février 2015.

Clause de confidentialité, https://www.cfdt.fr/portail/le-carnet-juridique/les-clauses-du-contrat/clause-de-confidentialite-rec_66132, consulté le 25 février 2016.

Syntec Conseil en Recrutement, Charte du recrutement responsable, http://www.syntec-recrutement.org/fichiers/20130311144326_Charte_du_Recrutement_Responsable_Versi_on_finale_2013.pdf.

Quick poursuit en justice un salarié décrivant son travail sur Twitter, <http://bigbrowser.blog.lemonde.fr/2013/01/03/sur-le-gril-quick-poursuit-en-justice-un-salarie-decrivant-son-travail-sur-twitter/>, consulté le 18 février 2016.

Un développeur salarié sous-traitait son travail en Chine, <http://www.lemondeinformatique.fr/actualites/lire-un-developpeur-salarie-sous-traitait-son-travail-en-chine-52107.html>, consulté le 23 novembre 2015.

Trains saturés : et si on travaillait en décalé ?, <http://www.leparisien.freconomie/trains-satures-et-si-on-travaillait-en-decale-28-03-2013-2677835.php>, consulté le 18 février 2015.

Equipier Quick, de Twitter aux tribunaux, <http://www.slate.fr/story/66845/equipier-quick-twitter-plainte-justice>, consulté le 18 février 2016.

La résiliation d'un contrat par courrier électronique avec accusé-réception, c'est possible, <http://www.legavox.fr/blog/quid-juris/resiliation-contrat-courrier-electronique-avec-12118.htm#.VcykRHi3LCY>.

Un patron s'exile 40 jours sur une île déserte, <http://www.lefigaro.fr/societes/2013/09/17/20005-20130917ARTFIG00294-dans-le-nord-un-patron-s-exile-40-jours-sur-une-ile-deserte.php>, consulté le 24 septembre 2014.

Pourquoi Monoprix doit fermer à 21 heures et pas Monop', <http://www.lefigaro.fr/emploi/2013/10/02/09005-20131002ARTFIG00439-pourquoi-monoprix-doit-fermer-a-21-heures-et-pas-monop.php>, consulté le 4 mars 2015.

10 faits sur la santé mentale, http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/fr/, consulté le 13 janvier 2015.

The Rule of 52 and 17: It's Random, But it Ups Your Productivity, <https://www.themuse.com/advice/the-rule-of-52-and-17-its-random-but-it-ups-your-productivity>, consulté le 29 janvier 2015.

Pourquoi le travail et l'emploi vont disparaître, <http://www.lefigaro.fr/emploi/2014/01/15/09005-20140115ARTFIG00399-pourquoi-le-travail-et-l-emploi-vont-disparaitre.php>, consulté le 22 juillet 2014.

La Caisse d'Épargne condamnée en appel pour ses méthodes de travail, <http://www.agoravox.fr/actualites/economie/article/la-caisse-d-epargne-condamnee-en-148592>, consulté le 17 avril 2015.

43% des cadres travaillent depuis au moins 3 lieux différents selon une étude Ipsos pour Arkadin, http://www.offremedia.com/voir-article/43-des-cadres-travaillent-depuis-au-moins-3-lieux-differents-selon-une-etude-ipsos-pour-arkadin/newsletter_id=190402/#.VDPBa3gJYsp.twitter, consulté le 10 août 2014.

L'entreprise du futur : les nouveaux talents, <http://www.paristechreview.com/2014/10/09/entreprise-nouveaux-talents/>, consulté le 29 avril 2015.

Un actif sur deux se déplace beaucoup pour son travail, <http://www.lefigaro.fr/emploi/2014/11/03/09005-20141103ARTFIG00123-un-actif-sur-deux-se-deplace-beaucoup-pour-son-travail.php>, consulté le 4 novembre 2014.

Discours de François Rebsamen, colloque de l'INRS « Cancers professionnels : nouveaux enjeux pour la prévention », 28 novembre 2014, <http://travail-emploi.gouv.fr/actualite-presse,42/discours,2142/colloque-de-l-inrs-cancers,18263.html>.

La transformation digitale en entreprise, <http://www.tns-sofres.com/etudes-et-points-de-vue/la-transformation-digitale-en-entreprise>, consulté le 3 avril 2015.

Maladies et mortalité : selon une nouvelle étude de l'OMS, la pollution de l'air coûte aux économies européennes 1,6 billion d'USD par an, [http://www.euro.who.int/fr/media-centre/sections/press-releases/2015/04/air-pollution-costs-european-economies-us\\$-1.6-trillion-a-year-in-diseases-and-deaths,-new-who-study-says](http://www.euro.who.int/fr/media-centre/sections/press-releases/2015/04/air-pollution-costs-european-economies-us$-1.6-trillion-a-year-in-diseases-and-deaths,-new-who-study-says), consulté le 9 août 2016.

Une femme soi-disant agressée trahie par son bracelet connecté, <http://www.numerama.com/magazine/33543-une-femme-soi-disant-agressee-trahie-par-son-bracelet-connecte.html>, consulté le 29 juin 2015.

Uber et UberPop : c'est quoi la différence ?, <http://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2015/07/03/32001-20150703ARTFIG00177-uber-et-uberpop-c-est-quoi-la-difference.php>, consulté le 17 décembre 2015.

Les Français adhèrent de plus en plus à l'économie du partage, <http://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2015/07/12/32001-20150712ARTFIG00145-les-francais-adherent-de-plus-en-plus-a-l-economie-du-partage.php>, consulté le 28 octobre 2015.

Crowd work - Guide du portage Européen, <http://www.societeportagesalarial.eu/crowd->

[work-premiere-approche-dune-nouvelle-forme-demploi/](#), consulté le 28 avril 2016.

Électrosensibilité reconnue comme handicap, <http://www.quechoisir.org/sante-bien-etre/maladie-medecine/actualite-electrosensibilite-reconnue-comme-handicap-l-assurance-maladie-a-deja-fait-appel>, consulté le 9 septembre 2015.

Les maladies professionnelles. Guide d'accès aux tableaux du régime général et du régime agricole de la Sécurité sociale, www.inrs.fr/mp.

Uber utilise les données du smartphone pour identifier les mauvais conducteurs, <http://www.clubic.com/mag/transports/actualite-793568-uber-donnees-smartphone-identifier-mauvais-conducteurs.html>, consulté le 26 janvier 2016.

Avant-projet de loi El Khomri : la CFTD dit ses exigences, <http://www.syntef-cfdt.com/2016/03/avant-projet-de-loi-el-khomri-la-cfdt-dit-ses-exigences.html>.

Conflit Urssaf – Uber : une menace grave pour les nouvelles formes d'activité et d'emploi, <http://www.medef.com/medef-tv/actualites/detail/article/conflit-urssaf-uber-une-menace-grave-pour-les-nouvelles-formes-dactivite-et-demploi-1.html>.

15 bonnes raisons de passer à la dématérialisation des bulletins de paie, <https://www.fntc.org/actualites/fntc/item/142-et-les-15-bonnes-raisons-de-passer-a-la-dematerialisation-des-bulletins-de-paie/>, consulté le 12 février 2015.

Accélérer la transformation numérique : les préconisations du rapport Lemoine, <http://www.franceculture.fr/2014-11-10-acceler-er-la-transformation-numerique-les-preconisations-du-rapport-lemoine>, consulté le 2 mars 2015.

Accidents du travail et télétravail : Quelle responsabilité pour l'employeur ?, <http://www.village-justice.com/articles/Accidents-travail-teletravail,408.html>, consulté le 22 juillet 2014.

Accord cadre européen du 16 juillet 2002 relatif au télétravail, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV:c10131>.

Angers. L'étudiant lésé faute de compte Twitter bientôt réinscrit ?, <http://www.ouest-france.fr/justice-letudiant-lese-faute-de-compte-twitter-bientot-reinscrit-3546281/>, consulté le 9 juillet 2015.

Are Tweets Copyrighted ?, <http://blogmaverick.com/2009/03/29/are-tweets-copyrighted/>, consulté le 10 décembre 2015.

Attention, votre employeur a désormais le droit de fouiller dans les SMS de votre téléphone pro !, <http://www.metronews.fr/info/attention-votre-employeur-a-desormais-le-droit-de-fouiller-dans-les-sms-de-votre-telephone-pro/mobs!1pxxcNP7VEA/>, consulté le 20 février 2015.

Aujourd'hui, qu'est ce qu'une externalité?, <http://www.paristechreview.com/2011/03/11/qu-est-ce-qu-une-externalite/>, consulté le 6 novembre 2015.

Avis de M. Lyon-Caen Avocat général - L'atteinte portée à la liberté de se vêtir constitue-t-elle un trouble manifestement illicite ?, http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/lyon_caen_7940.html.

Better treatment for Uber drivers, <https://www.coworker.org/petitions/better-treatment-for-uber-drivers>, consulté le 25 novembre 2015.

Blurring vie pro/vie perso – les cadres, nouveaux maîtres du temps - Ipsos Marketing, <http://www.ipsos.fr/ipsos-marketing/actualites/2013-09-30-blurring-vie-provie-perso-cadres-nouveaux-maitres-temps>, consulté le 4 juin 2014.

Calldoor, <http://www.calldoor.net>, consulté le 19 juillet 2016.

Ces propos n'engagent que moi, le grand paradoxe Twitter, <http://www.chalifour.net/marketing-interactif/ces-propos-nengagent-que-moi-le-grand-paradoxe-twitter/>, consulté le 24 février 2016.

Comment fonctionne le Bureau des Temps ?, http://www.paris.fr/politiques/citoyennete/bureau-des-temps/comment-fonctionne-le-bureau-des-temps/rub_8161_stand_33581_port_18832, consulté le 23 février 2015.

Comment gérer la prise de parole des salariés sur les médias sociaux, <http://www.hbrfrance.fr/chroniques-experts/2014/12/5542-comment-gerer-la-prise-de-parole-des-salaries-sur-les-medias-sociaux/>, consulté le 12 janvier 2016.

Computers « good judge of character », <http://www.bbc.com/news/health-30775401>, consulté le 19 janvier 2015.

Conditions d'utilisation, <http://fr.wix.com/about/terms-of-use>, consulté le 19 novembre 2015.

Conditions d'utilisation et Politiques de Uber, <https://www.uber.com/legal/terms/fr/>, consulté le 21 octobre 2016.

Conforama, le pays où les salariés rebelles sont fichés, <http://rue89.nouvelobs.com/rue89-eco/2013/03/15/conforama-le-pays-ou-les-salaries-rebelles-sont-fiches-240562>, consulté le 10 novembre 2015.

Coworker, <https://www.coworker.org/>, consulté le 25 novembre 2015.

Créateur ou repreneur d'entreprise : cumul allocations / revenus, <http://www.unedic.org/article/createur-ou-repreneur-d-entreprise-cumul-allocations->

revenus, consulté le 11 mars 2015.

Crowdsourcing : 4 solutions pour démultiplier les actions, <http://business.lesechos.fr/directions-marketing/marketing/innovation-produit/021410074381-quatre-solutions-pour-demultiplier-les-actions-204055.php>, consulté le 3 novembre 2015.

Déclaration des droits et responsabilités (Date de la dernière révision : vendredi 30 janvier 2015), <https://www.facebook.com/legal/terms/update>.

Définitions : contrôle - Dictionnaire de français Larousse, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/contr%C3%B4le/18932>, consulté le 19 juin 2015.

Définitions : effectif, effective - Dictionnaire de français Larousse, http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/effectif_effective/27901, consulté le 20 janvier 2015.

Définitions : phalanstère - Dictionnaire de français Larousse, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/phalanst%C3%A8re/60090>, consulté le 16 mars 2015.

Définitions : repos - Dictionnaire de français Larousse, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/repos/68448>, consulté le 20 janvier 2015.

Des salariés américains se font implanter une puce dans le bras, <http://www.01net.com/editorial/308219/des-salaries-americains-se-font-implanter-une-puce-dans-le-bras/>, consulté le 1 octobre 2013.

Dialogue social, <http://www.total.com/fr/candidats/sengager/engagements-sociaux/favoriser-le-dialogue-social?%FFbw=kludge1%FF>, consulté le 19 novembre 2016.

Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0058>, consulté le 26 janvier 2017.

Données de localisation : quand nos téléphones nous trahissent au travail, http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/laurence-neuer/donnees-de-localisation-quand-nos-telephones-nous-trahissent-au-travail-21-04-2015-1923102_56.php, consulté le 6 mai 2015.

Du rattrapage à la transformation : le numérique, une chance pour la France,

<http://www.capdigital.com/decouvrez-letude-du-rattrapage-a-la-transformation-le-numerique-une-chance-pour-la-france/>, consulté le 29 septembre 2014.

Enquête Europe ACTINEO/CSA 2014, <http://www.actineo.fr/article/enquete-europe-actineocsa-2014>, consulté le 4 novembre 2014.

Enquête salariés 2015, <http://www.jll.com/france/fr-fr/france/fr-fr/etudes/enquete-salaries-2015>, consulté le 16 août 2016.

Étude Olfeo 2015 : La réalité de l'utilisation d'Internet au bureau, <http://www.olfeo.com/>, consulté le 1 février 2016.

EY - La signature électronique du contrat de travail, <http://www.ey.com/FR/fr/Careers/Ernst-Young---La-signature-electronique-du-contrat-de-travail>, consulté le 24 juillet 2015.

Forfait jours : enfin des éléments de bilan, <http://www.ugict.cgt.fr/publications/cadres-infos/forfait-jours-enfin-des-elements-de-bilan>, consulté le 24 février 2015.

Freelance, auto-entrepreneurs, slashers : doit-on dire adieu au salariat ?, <http://www.lopinion.fr/26-aout-2015/freelance-auto-entrepreneurs-slashers-doit-on-dire-adieu-salariat-27476>, consulté le 2 septembre 2015.

Guide Professionnels de santé, http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/Guides_pratiques/Livrets/professionnels_de_sante/, consulté le 18 mai 2015.

Heuristique, <http://www.universalis.fr/encyclopedie/heuristique/>, consulté le 18 décembre 2014.

Il sous-traite son travail en Chine et passe ses journées sur internet - Le Point, http://www.lepoint.fr/insolite/il-sous-traite-son-travail-en-chine-et-passe-ses-journees-sur-internet-17-01-2013-1616758_48.php, consulté le 24 septembre 2014.

Internet et la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, Travaux parlementaires, 24 mars 2015, http://www.senat.fr/espace_presse/actualites/201503/internet_et_la_loi_du_29_juillet_1881_sur_la_liberte_de_la_presse.html.

Japon: plus de congés pour lutter contre la pénurie de main-d'oeuvre, <http://www.latribune.fr/entreprises-finance/japon-plus-de-conges-pour-lutter-contre-la-penurie-de-main-d-oeuvre-499628.html>, consulté le 29 septembre 2015.

Journées mondiales sans portable : 8 arguments qui vous feront lâcher votre téléphone, <http://www.rtl.be/videos/video/525109.aspx>, consulté le 9 septembre 2015.

Klout c'est quoi exactement, et à quoi ça sert ?, <http://www.presse-citron.net/klout-cest->

quoi-exactement-et-a-quoi-ca-sert/, consulté le 10 juillet 2015.

La clé USB du salarié. La sagesse lui dicte de l'enfourer dans sa poche., <http://ucuetis.blog.lemonde.fr/2013/05/11/la-cle-usb-du-salarie-la-sagesse-lui-dicte-de-lenfourir-dans-sa-poche/>, consulté le 2 décembre 2013.

La crise du salariat aura-t-elle lieu ?, <http://www.latribune.fr/opinions/tribunes/la-crise-du-salariat-aura-t-elle-lieu-514281.html>, consulté le 20 octobre 2015.

La mode des bureaux assis-debout, <http://www.e-marketing.fr/Acheteurs-Publics/Article/La-mode-des-bureaux-assis-debout-22173-1.htm>, consulté le 1 avril 2015.

Landes : polémique à propos du boulanger qui veut travailler 7 jours sur 7, <http://www.ladepeche.fr/article/2015/02/12/2048225-landes-polemique-propos-boulangier-veut-travailler-7-jours-7-7.html>, consulté le 24 février 2015.

La nomade sédentaire - Et si on partageait ?, <http://www.lanomadessedentaire.be/>, consulté le 2 décembre 2014.

« *L'arrivée du numérique rend notre droit du travail complètement obsolète* », estime Laurence Parisot, <http://www.usine-digitale.fr/article/l-arrivee-du-numerique-rend-notre-droit-du-travail-completement-obsolete-estime-laurence-parisot.N321665>, consulté le 1 avril 2015.

La transformation Numérique : rêve ou cauchemar ?, <http://www.it-expertise.com/la-transformation-numerique-reve-ou-cauchemar/>, consulté le 9 février 2015.

Le bonheur au travail, <http://www.franceculture.fr/evenement-le-bonheur-au-travail>, consulté le 24 février 2015.

Le cas UGC : un week-end mon CM viendra, <http://www.mycommunitymanager.fr/le-cas-ugc-un-week-end-mon-cm-viendra/>, consulté le 30 juillet 2014.

Le chauffeur Uber, un salarié qui s'ignore ?, http://www.liberation.fr/futurs/2015/10/21/le-chauffeur-uber-un-salarie-qui-s-ignore_1407899, consulté le 22 octobre 2015.

Le contrat de travail généré par Sereale : l'assurance d'un service à domicile légal et bien cadré, <http://blog.sereale.fr/post/127136258949/contrat-de-travail-service-a-domicile>, consulté le 26 novembre 2015.

Le dimanche, un jour presque comme les autres aux Etats-Unis, <http://www.20minutes.fr/economie/1065065-20121216-dimanche-jour-presque-comme-autres-etats-unis>, consulté le 4 mars 2015.

Le futur du travail dans l'entreprise l'agilité... ou le néant ?,

<http://www.internetactu.net/2013/07/10/le-futur-du-travail-dans-lentreprise-12-lagilite-ou-le-neant/comment-page-1/>, consulté le 6 février 2014.

Le lieu de travail du salarié malmené par la jurisprudence, <http://ucuetis.blog.lemonde.fr/2014/10/10/le-lieu-de-travail-du-salarie-malmene-par-la-jurisprudence/>, consulté le 12 octobre 2014.

Le manifeste des Tiers Lieux, [http://movilab.org/index.php?title=Le manifeste des Tiers Lieux](http://movilab.org/index.php?title=Le_manifeste_des_Tiers_Lieux).

L'Encyclopédie e-Business : Heuristique, <http://www.journaldunet.com/encyclopedie/definition/596/34/20/heuristique.shtml>.

L'entreprise et le « droit à la déconnexion » : y aura-t-il encore une vie après le travail ?, <http://www.manpowergroup.fr/lentreprise-et-le-droit-a-la-deconnexion-y-aura-t-il-encore-une-vie-apres-le-travail/>, consulté le 19 janvier 2015.

Le régime des créations salariées : panorama et solutions, www.caprioli-avocats.com.

L'e-reputation, un nouveau critère d'embauche?, <http://www.lesinrocks.com/2012/08/16/actualite/le-reputation-le-nouveau-critere-de-recrutement-11285928/>, consulté le 9 juillet 2015.

Les 21 pires manières de démissionner, <http://www.blog-emploi.com/top-21-pires-demission/>, consulté le 13 août 2015.

Les chiffres-clés et statistiques, <http://www.travailler-mieux.gouv.fr/Les-chiffres-Cles-et-Statistiques.html>, consulté le 17 mars 2015.

Les magasins de bricolage pourront ouvrir le dimanche, http://www.lemonde.fr/economie/article/2015/02/24/le-conseil-d-etat-valide-l-ouverture-des-magasins-de-bricolage-le-dimanche_4582436_3234.html, consulté le 4 mars 2015.

Les représentants du personnel et la défense du salarié – Documentation juridique – Editions Tissot – Fiche produit RDS, <http://www2.editions-tissot.fr/produit/les-representants-du-personnel-et-la-defense-des-salaries/>, consulté le 2 janvier 2014.

Les temps d'attente du chauffeur : rémunérés ou pas ?, <http://www.juritravail.com/Actualite/35-heures-temps-de-travail/Id/7594>, consulté le 21 juillet 2014.

Le tout-gratuit est-il vraiment une fatalité à l'ère du numérique ?, <http://www.nextinpact.com/dossier/606-le-tout-gratuit-est-il-vraiment-une-fatalite-a-l%E2%80%99ere-du-numerique/1.htm>, consulté le 10 septembre 2014.

L'impact du digital sur la santé au travail, <http://www.focusrh.com/protection-sociale/prevoyance-sante/a-la-une/limpact-du-digital-sur-la-sante-au-travail.html>,

consulté le 15 septembre 2015.

L'infobésité, un vrai fléau dans l'entreprise,
http://www.huffingtonpost.fr/2012/08/31/surcharge-trop-plein-emails-souffrance-travail_n_1845694.html, consulté le 3 novembre 2014.

10L'initiative du vivre mieux : mesurer le bien-être et le progrès,
<http://www.oecd.org/fr/statistiques/initiative-vivre-mieux.htm>, consulté le 30 septembre 2015.

« L'ubérisation » va-t-elle bouleverser le paysage syndical français ?,
<http://www.europe1.fr/economie/luberisation-va-t-elle-bouleverser-le-paysage-syndical-francais-2534873>, consulté le 27 avril 2016.

Managing risk of own devices - raconteur.net,
<http://raconteur.net/technology/managing-risk-of-own-devices>, consulté le 21 mars 2014.

Marée noire: un employé de BP arrêté pour destruction de preuves,
<http://www.challenges.fr/entreprise/20120424.CHA5741/maree-noire-un-employe-de-bp-arrete-pour-destruction-de-preuves.html>, consulté le 27 juin 2014.

Métadonnées : vos fichiers parlent pour vous, [metadonnees-vos-fichiers-parlent-vous.html](http://www.metadonnees.com/metadonnees-vos-fichiers-parlent-vous.html), consulté le 25 février 2015.

Méthodes de recrutement : l'impact du numérique, <http://www.fedhuman.fr/methodes-de-recrutement-limpact-du-numerique>, consulté le 24 juin 2015.

Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle, et du dialogue sociale, saisine du 8 décembre 2014, groupe de travail du CNNum sur le travail,
<http://www.cnnumerique.fr/saisines/>, consulté le 19 juin 2015.

Mobilité au travail : vers une nouvelle politique dans l'entreprise et la société,
http://www.economieetsociete.com/Mobilite-au-travail-vers-une-nouvelle-politique-dans-l-entreprise-et-la-societe_a1951.html, consulté le 4 novembre 2014.

Mobilité : nous sommes désormais tous des nomades !,
<http://www.influencia.net/fr/actualites/com-media.etudes.mobilite-nous-sommes-desormais-tous-nomades,5783.html>, consulté le 19 octobre 2015.

Nativeflow - Mobile Data Protection. BYOD with Uncompromized Security and Native User Experience., <http://www.nativeflow.com/>, consulté le 20 mai 2014.

New sources of growth : Knowledge-based capital,
<http://www.oecd.org/sti/inno/newsourcesofgrowthknowledge-basedcapital.htm>, consulté le 12 novembre 2013.

New study finds that sitting for protracted periods increases the risk of diabetes, heart disease and death, http://www.lboro.ac.uk/service/publicity/news-releases/2012/173_sedentary-research.html, consulté le 4 janvier 2015.

Note explicative : protection des lanceurs d'alerte, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/protection_lanceurs_alerte_30.06.16_34751.html, consulté le 30 juin 2016.

Pas d'e-mails professionnels après le travail chez Volkswagen, http://www.francetvinfo.fr/economie/entreprises/pas-de-mails-professionnels-apres-le-travail-chez-volkswagen_43019.html, consulté le 25 février 2015.

Pas influent sur les réseaux sociaux ? Quechua ne vous embauche pas, <http://www.numerama.com/magazine/23430-pas-influent-sur-les-reseaux-sociaux-quechua-ne-vous-embauche-pas.html>, consulté le 10 juillet 2015.

Patrick Pailloux, discours d'ouverture des Assises de la sécurité, 3 octobre 2012 à Monaco, http://www.ssi.gouv.fr/uploads/IMG/pdf/discours_patrick_pailloux_assises_2013.pdf, consulté le 12 août 2016.

Polémique DSI : Faut-il interdire l'usage des outils personnels à des fins professionnelles ?, <http://pro.01net.com/editorial/592191/polemique-dsi-faut-il-interdire-lusage-des-outils-personnels-a-des-fins-professionnelles/>, consulté le 13 mars 2014.

Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique - Sénat, https://www.senat.fr/espace_presse/actualites/201606/le_senat_examine_la_loi_sapin_2.html, consulté le 1 juillet 2016.

Quand Google recrute en regardant les requêtes de ses utilisateurs, <http://www.numerama.com/magazine/34025-quand-google-recrute-en-regardant-les-requetes-de-ses-utilisateurs.html>, consulté le 31 août 2015.

Qu'est-ce que la cooptation ?, <http://www.regionsjob.com/actualites/qu-est-ce-que-la-cooptation-25806>, consulté le 9 juillet 2015.

Qu'est-ce que le salariat déguisé ?, <http://kitdesurvie.metiers-graphiques.fr/articles/qu-est-ce-que-le-salariat-deguise/>, consulté le 27 novembre 2015.

Questions - Réponses sur la réforme du régime de protection des données de l'UE, <http://www.europarl.europa.eu/news/fr/news-room/content/20130502BKG07917>, consulté le 10 novembre 2015.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2008. Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/094000135/>, consulté le 26 février 2014.

Réforme du droit du travail : sur Facebook, appel à la « grève générale », <http://rue89.nouvelobs.com/2016/02/25/reforme-droit-travail-facebook-appel-a-greve-generale-263281>, consulté le 26 février 2016.

Séance du jeudi 10 Juin 1982, JOAN, p. 3227, <http://archives.assemblee-nationale.fr/7/cri/1981-1982-ordinaire2/098.pdf>.

Sereale - Comment ça marche, principes et fonctionnement, <https://www.sereale.fr/comment-ca-marche>, consulté le 26 novembre 2015.

Statistiques sur les accidents de travail, <http://www.risquesprofessionnels.ameli.fr/statistiques-et-analyse/sinistralite-atmp/dossier/nos-statistiques-sur-les-accidents-du-travail-par-ctn.html>, consulté le 18 février 2015.

Suicides chez France Télécom : la société mise en examen pour « harcèlement moral », <http://www.20minutes.fr/economie/967453-20120706-suicides-chez-france-telecom-societe-mise-examen-harcelement-moral>, consulté le 9 septembre 2015.

« Surveiller, tout en se cachant, est la forme la plus haute du pouvoir », <http://rue89.nouvelobs.com/2015/02/15/surveiller-les-autres-tout-cachant-est-forme-plus-haute-pouvoir-257575>, consulté le 19 février 2015.

Syntec reconnaît le droit des cadres à la déconnexion, <http://www.lesechos.fr/economie-politique/politique/actu/0203424438907-syntec-reconnait-le-droit-des-cadres-a-la-deconnexion-662543.php>, consulté le 11 avril 2014.

« Télétravail : les accords doivent réguler la demande » - actuEL-RH.fr, <http://www.actuel-rh.fr/ressources-humaines/duree-du-travail-et-remuneration/a-195094/teletravail-les-accords-doivent-reguler-la-demande.html>, consulté le 6 octobre 2014.

« The Right To Be Forgotten Doesn't Work In Practice » Says Top Security Expert, http://www.huffingtonpost.co.uk/2014/07/08/google-right-to-be-forgotten-expert_n_5566922.html, consulté le 20 novembre 2015.

TMS : les maux de l'informatique, <http://www.generation-nt.com/tms-maladie-professionnelle-travail-sur-ecran-trouble-musculo-squelettique-article-46657-2.html>, consulté le 17 mars 2015.

Top 10 des interventions de community managers,

<http://www.blogdumoderateur.com/top-10-des-interventions-de-community-managers/>, consulté le 10 décembre 2015.

Transformation digitale de l'entreprise : comment le helpdesk accompagne les nouveaux modes de travail, <http://www.manpowergroup.fr/helpdesk-transformation-digitale-entreprise-nouveaux-modes-de-travail/>, consulté le 4 mars 2015.

Travail de nuit: les salariés de Sephora déboutés face aux syndicats, <http://tempsreel.nouvelobs.com/societe/20131004.AFP7657/travail-de-nuit-les-salaries-de-sephora-deboutes-face-aux-syndicats.html>, consulté le 4 mars 2015.

Travail dissimulé: nombre de redressements record, <http://www.latribune.fr/economie/france/travail-dissimule-nombre-record-de-redressements-des-urssaf-478727.html>, consulté le 26 octobre 2015.

Travailler ailleurs qu'au bureau : libération ou nouvelle aliénation ?, <http://www.franceinter.fr/emission-le-telephone-sonne-travailler-ailleurs-qu-au-bureau-liberation-ou-nouvelle-alienation>, consulté le 6 janvier 2015.

Travailler debout au bureau pour préserver sa santé ?, http://www.anact.fr/web/actualite/essentiel?p_thingIdToShow=21575570, consulté le 1 avril 2015.

Une start-up a élaboré un test ADN de personnalité, http://www.letemps.ch/Page/Uuid/d38ce4b2-3f87-11e5-9e52-f184256dd392/Une_start-up_a_élaboré_un_test_ADN_de_personnalité, consulté le 12 août 2015.

Un mouchard dans l'iPhone : faut-il s'en inquiéter ?, <http://www.01net.com/editorial/531945/un-mouchard-dans-l-iphone-faut-il-s-en-inquieter/>, consulté le 25 février 2015.

Un salarié peut-il être surveillé sans en avoir été préalablement informé ?, <http://www.capital.fr/carriere-management/conseils-juridiques/un-salarie-peut-il-etre-surveille-sans-en-avoir-ete-prealablement-informe-1017581>, consulté le 1 avril 2015.

Walmart: Stop Cutting Our Hours!, <https://www.coworker.org/petitions/walmart-stop-cutting-our-hours>, consulté le 25 novembre 2015.

What Is Web 2.0, <http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>, consulté le 12 janvier 2016.

Yardarm invente le pistolet connecté pour les forces de l'ordre américaines, <http://www.usine-digitale.fr/article/yardarm-invente-le-pistolet-connecte-pour-les-forces-de-l-ordre-americaines.N294225>, consulté le 12 août 2016.

Jurisprudence

- CE*, 7 août 1909, *Winkell*, *Rec.*, p. 826.
- Cass. crim.*, 18 juillet 1935, *DH* 1935-495.
- Cass. civ.*, 2 août 1938, *DH* 1938, p. 513.
- CJCE*, 5 déc. 1967, *Soziale Verzekeringsbank c/ Van Der Vecht*, *aff.* 19/67, *Rec.* 445.
- Cass. soc.*, 2 déc. 1970, *pourvoi n°69-12.014*, *Bull. civ.*, *V*, n°683.
- Cass. soc.*, 17 oct. 1973, *pourvoi n°72-40.360*, *Bull. civ.*, n°484.
- Cass. soc.*, 19 juin 1974, *pourvoi n°73-40.670*, *Bull. civ.*, n°373.
- Cass. soc.*, 28 nov. 1974, *pourvoi n°74-10.206*, *Bull. civ.*, *V*, n°579.
- CEDH*, *pl.*, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, *Req.* n°5493/72.
- Cass. soc.*, 25 mai 1977, *pourvoi n°75-40.810*, *Bull. civ.*, n°338.
- Cass. soc.*, 7 mars 1979, *pourvoi n°78-40.352*, *Bull. civ.*, n°205.
- Cass. 3ème civ.*, 2 oct. 1979, *pourvoi n°78-10.316*, *Bull.* 1979, n°164.
- Cass. soc.*, 10 oct. 1979, *pourvoi n°78-12.275*, *Bull. civ.*, n°703.
- Cass. soc.*, 20 mars 1980, *pourvoi n°78-40.979*, *Bull. civ.*, n°279.
- Cass. crim.*, 15 juillet 1981, *pourvoi n°80-91.566*, *Bull. crim.* n°232.
- Cass. crim.*, 23 avr. 1981, *pourvoi n°80-92.095*, *Bull. crim.* 1981, n°119.
- Cass. soc.*, 30 juin 1982, *pourvoi n°80-41.114*, *Bull. civ.*, n°425.
- Cass. soc.*, 7 déc. 1983, *pourvoi n°81-41.626*, *Bull. civ.*, n°592.
- Cass. soc.*, 24 oct. 1983, *pourvoi n°82-13.464*, *Bull. civ.*, *V*, n°524.
- CJCE*, 15 nov. 1983, *aff.* 288/82, *Duijnstee*, *Rec. CJCE*, p. 3663.
- Cass. 1ère civ.*, 29 mai 1984, *pourvoi n°82-12.232*, *Bull. civ.*, *I*, n°176.
- Cass. soc.*, 5 janv. 1984, n° 81-42.112 ; *Dr. soc.* 1985, p. 188, *note J. Savatier*.
- CC.*, 11 oct. 1984, *déc.* n°84-181 DC, *Recueil*, p. 78.
- Cass. soc.*, 16 oct. 1985, *pourvoi n°82-42.984*, *Bull. civ.*, *V*, n°461.
- Cass. soc.*, 17 déc. 1986, *pourvoi n°84-45.383*, *Bull. civ.*, *V*, n°605.
- Cass. soc.*, 17 déc. 1987, *pourvoi n°85-42.016*, *inédit*.
- CE*, 12 juin 1987, *req.* n° 72388, *publié au Rec. Lebon*.
- Cass. soc.*, 26 nov. 1987, *pourvoi n°84-41.074*, *inédit*.
- Cass. soc.*, 28 avr. 1988, *pourvoi n°87-41.804*, *Bull. civ.*, *V*, n°257.
- CEDH*, 6 déc. 1988, *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, n°10590/83.
- Cass. soc.*, 3 mars 1988, *pourvoi n°86-12.762*, *Bull. civ.*, *V*, n°152.

Cass. soc., 13 juin 1989, pourvoi n°86-44.995, inédit.

CE, 25 janv. 1989, req. n°64296, tables *Rec. Lebon*, *Dr. soc.* 1990, p. 201.

Cass. soc., 22 mars 1989, pourvoi n°86-15.020, *Bull. civ.*, V, n°238.

Cass. Ass. plén., 6 juil. 1990, pourvoi n°89-60.581, *Bull. AP*, 1990, n°10.

Cass. soc., 19 déc. 1990, pourvoi n°89-16.072, *Bull. civ.*, V, n°693.

Cass. soc., 30 mai 1990, pourvoi n°86-43.583, *Bull. civ.*, V, n°259.

CEDH, 24 avr. 1990, *Kruslin et Huvig c/ France*, n°11801/85 et n°11105/84.

Cass. soc., 3 janv. 1990, pourvoi n°87-43.521, inédit.

Cass. soc., 11 janv. 1990, pourvoi n°87-12.982, *Bull. civ.*, V, n°9.

CE, 26 sept. 1990, n°108.279.

Cass. soc., 11 oct. 1990, pourvoi n°88-19.392, *Bull. civ.*, V, n°470.

Cass. crim., 24 oct. 1990, pourvoi n°89-84485, *Bull. crim.*, n°355.

CE, 26 nov. 1990, n°96.564.

Cass. soc., 30 janv. 1991, pourvoi n°87-42.086, *Bull. civ.*, V, n°41.

Cass. soc., 14 mars 1991, pourvoi n°88-20.374, *Bull. civ.*, V, n°139.

Cass. com., 25 mars 1991, pourvoi n°89-11.204, inédit.

Cass. soc., 20 nov. 1991, pourvoi n°88-43.120, *Bull. civ.*, V, n°519.

Cass. soc., 20 nov. 1991, pourvoi n°89-44.605, *Bull. civ.*, V, n°512.

Cass. 1ère civ., 25 mai 1992, pourvoi n°90-19.460, *Bull. civ.*, I, n°161.

Cass. crim., 14 avr. 1992, pourvoi n°91-82.634, inédit.

Cass. soc., 25 fév. 1992, pourvoi n°89-41.634, *Bull. civ.*, V, n°122.

Cass. soc., 27 fév. 1992, pourvoi n°89-21.375, *Bull. civ.*, V, n°139.

CEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz c. Allemagne*, n°13710/88.

CJCE, 26 fév. 1992, *aff. C-3/90*.

Cass. crim., 16 janv. 1992, pourvoi n°88-85.609, inédit.

Cass. soc., 8 oct. 1992, pourvoi n°91-43.526, inédit.

Cass. soc., 25 nov. 1992, pourvoi n°89-44.553, inédit.

Cass. Ass. plén., 7 mai 1993, pourvois n°91-12.611, 91-12.704, *Bull. A. P.*, n°10.

Cass. soc., 5 mai 1993, pourvoi n°90-45.893, inédit.

Cass. Soc. 10 fév. 1993, pourvoi n°91-40.569, inédit, *D.* 1993. p. 255, obs. A. Bouilloux.

CE, 10/ 7 SSR, 28 juil. 1993, req. n°97189, publié au *Rec. Lebon*, p. 248.

Cass. soc., 20 janv. 1993, pourvoi n°91-43.652, inédit.

Cass. soc., 31 mars 1993, pourvoi n°89-40.865, inédit.

Cass. soc., 13 oct. 1993, pourvoi n°89-43.989, inédit.

Cass. soc., 16 nov. 1993, pourvoi n°91-45.904, *Bull. civ.*, V, n°278.

Cass. crim., 3 mai 1994, pourvoi n°93-80.911, *Bull. crim.*, 1994, n°164.

Cass. soc., 6 avr. 1994, pourvoi n°92-41.075, inédit.

Cass. soc., 7 avr. 1994, pourvoi n°89-45.796, inédit.

Cass. soc., 15 juin 1994, pourvoi n°92-14.985, *Bull. civ.*, V, n°197.

Cass. soc., 26 mai 1994, pourvoi n°92-10.106, *Bull. civ.*, V, n°181.

Cass. soc., 29 mars 1994, pourvoi n°93-80.962, inédit.

Cass. soc., 19 oct. 1994, pourvoi n°93-40.652, inédit.

CC., 18 janv. 1995, déc. n° 94-352 DC, *JO* 21 janvier 1995, p. 154, *Rec.*, p. 170.

Cass. soc., 7 fév. 1996, pourvois n°93-18.756, 93-18.757, 93-18.758, *Bull. civ.*, V, n°47.

Cass. soc., 28 oct. 1996, pourvoi n°94-15.914, *Bull. civ.*, V, n°352.

Cass. soc., 13 nov. 1996, pourvoi n°94-13.187, *Bull. civ.*, V, n°386.

Cass. soc., 4 fév. 1997, pourvoi n°96-40.678, inédit.

Cass. soc., 9 juil. 1997, pourvoi n°95-20.294, inédit.

Cass. soc., 14 mai 1997, pourvoi n°94-45.473, *Bull. civ.*, V, n°175.

Cass. soc., 16 déc. 1997, pourvoi n°95-41.326, *Bull. civ.*, V, n°441.

Cass. soc., 27 mai 1997, pourvoi n°95-14.850, *Bull. civ.*, V, n°193.

CEDH, 24 fév. 1997, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, n°7/1996/626/809.

CEDH, 25 juin 1997, *Halford c/ Royaume-Uni*, n°20605/92.

Cass. soc., 7 oct. 1997, pourvoi n°93-41.747, *Bull. civ.*, V, n°303.

Cass. 1ère civ., 21 oct. 1997, pourvoi n°95-17.256, *Bull. civ.*, I, n°285.

Cass. soc., 28 oct. 1997, pourvoi n°94-42.340, *Bull. civ.*, V, n°337.

Cass. soc., 3 juin 1998, pourvoi n°96-42.455, *Bull. civ.*, V, n°292, *RJS* 7/98 n° 867.

Cass. soc., 7 avr. 1998, pourvoi n°95-44.343, *Bull. civ.*, V, n°201, *Dr. soc.*, n° 1998, p. 533.

Cass. soc., 17 fév. 1998, pourvoi n°95-42.049, inédit.

Cass. soc., 25 fév. 1988, pourvoi n°85-46.266, *Bull. civ.*, V, n°146.

Cass. soc., 13 janv. 1998, pourvoi n°93-44.339, 95-42.700, *Bull. civ.*, V, n°4.

Cass. soc., 25 mars 1998, pourvoi n°96-45.139, inédit.

Cass. soc., 31 mars 1998, pourvois n°96-41.878, 96-44.100, *Bull. civ.*, V, n°184.

Cass. soc., 20 oct. 1998, pourvoi n°96-40.757, *Bull. civ.*, V, n°431.

Cass. soc., 21 oct. 1998, pourvoi n°96-44.109, inédit.

Cass. soc., 4 mai 1999, pourvoi n°96-43.037, *Bull. civ.*, V, n°187.

Cass. soc., 12 juil. 1999, pourvoi n°97-42.789, inédit.

Cass. soc., 14 avr. 1999, pourvoi n°97-40.697, *Bull. civ.*, V, °178.
Cass. soc., 14 déc. 1999, pourvoi n°97-41.995, *Bull. civ.*, V, n°488.
Cass. soc., 16 fév. 1999, pourvoi n°96-40.643, *Bull. civ.*, V, n°78.
Cass. soc., 26 mai 1999, pourvoi n°97-40.966, *Bull. civ.*, V, n°238.
CC., 23 juil. 1999, déc. n°99-416, *D.C. JO 28 juillet 1999*.*1CEDH*, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c/ France*, n°29183/95.
Cass. soc., 9 mars 1999, pourvoi n°96-44.080, *Bull. civ.*, V, n°105, *RJS 4/99 n° 519*.
Cass. crim., 16 mars 1999, pourvoi n°97-85.054, inédit.
CA Versailles, 9 sept. 1999, n°1998-2345.
TGI Puteaux, 28 sept. 1999.
Cass. soc., 20 oct. 1999, pourvoi n°98-60.359, *Bull. civ.*, V, n°390.
Cass. com., 18 avr. 2000, pourvoi n°99-13.627, *Bull. civ.*, IV n° 75.
Cass. soc., 19 déc. 2000, pourvoi n°98-40.572, *Bull. civ.*, V, n°437.
CJCE, 6 juil. 2000, *aff. C-11/99*, *Rec. CJCE 2000*, I, p. 5589.
Cass. soc., 14 mars 2000, pouvoir n°97-43.268, *Bull. civ.*, V, n°104.
CJCE, 3 oct. 2000, *aff. C-303-98*.
Cass. soc., 28 nov. 2000, pourvoi n°98-19.594, *Bull. civ.*, V, n°398.
Cass. soc., 2 mai 2001, pourvoi n°98-45.532, *Bull. civ.*, V, n°142.
Cass. soc., 3 avr. 2001, pourvoi n°98-45.818, *Bull. civ.*, V, n°115.
Cass. soc., 15 mai 2001, pourvoi n°99-42.219, *Bull. civ.*, V, n°167.
Cass. soc., 19 juil. 2001, pourvoi n°99-20.603, *Bull. civ.*, V, n°285.
Cass. soc., 22 mai 2001, pourvois n°99-41.838, 99-41.970, *Bull. civ.*, V, n°180.
Cass. soc., 24 avr. 2001, pourvoi n°98-45.366, *Bull. civ.*, V, n°129.
SCC, *R. v. Sharpe*, 26th January 2001.
Cass. soc., 31 janv. 2001, pourvoi n°98-44.290, *Bull. civ.*, V, n°28.
Cass. soc., 2 oct. 2001, pourvoi n°99-42.727, *Bull. civ.*, V, n°292.
Cass. soc., 2 oct. 2001, pourvoi n°99-42.942, *Bull. civ.*, V, n°291.
Cass. soc., 23 oct. 2001, pourvoi n°99-44.215, inédit.
CA Paris, 18e ch., 16 nov. 2001, *Mac Lachian c/SARL Starkey France*.
CA Nancy, 21 nov. 2001, n°00-604.
CA Nancy, 7 mai 2002, n°01-02719.
Cass. soc., 2 juil. 2002, pourvoi n°00-13.111, *Bull. civ.*, V, n°229.
Cass. soc., 10 juil. 2002, pourvoi n°00-18.452, *Bull. civ.*, V, n°238.
Cass. soc., 10 juil. 2002, pourvoi n°00-45.566, *Bull. civ.*, V, n°240.

Cass. soc., 11 juil. 2002, pourvoi n°00-44.197, *Bull. civ.*, V, n°254.
Cass. soc., 20 fév. 2002, pourvoi n°99-44.760, inédit.
Cass. soc., 22 mai 2002, pourvoi n°99-43.990, *Bull. civ.*, V, n°174.
Cass. soc., 28 fév. 2002, pourvoi n°00-11.793, *Bull. civ.*, V, n°81.
Cass. soc., 9 janv. 2002, pourvoi n°99-45.875, inédit.
TGI, Versailles, chambre correctionnelle, 4 mars 2002.
Cass. soc., 26 nov. 2002, pourvoi n°00-42.401, *Bull. civ.*, V, n°352.
Cass. soc., 1er avr. 2003, pourvoi n°02-14.680, *Bull. civ.*, V, n°128.
Cass. soc., 2 déc. 2003, pourvoi n°01-43.227, *Bull. civ.*, V, n°304.
Cass. soc., 3 juin 2003, pourvoi n°01-40.376, *Bull. civ.*, V, n° 185.
Cass. soc., 3 juin 2003, pourvoi n°01-43.573, *Bull. civ.*, V, n°185.
Cass. soc., 10 déc. 2003, pourvoi n°01-41.658, *Bull. civ.*, V, n°315.
Cass. soc., 12 fév. 2003, pourvoi n°00-46.660, *Bull. civ.*, V, n°50.
Cass. soc., 25 juin 2003, pourvoi n°01-40.235, *Bull. civ.*, V, n°208.
CA Versailles, 12 fév. 2003, n° 01-03570.
CEDH, 4 déc. 2003, *Gündüz c/ Turquie*, n°35071/97.
Cass. soc., 14 janv. 2003, pourvoi n°00-43.879, *Bull. civ.*, V, n°7.
Cass. soc., 22 janv. 2003, pourvoi n°00-43.826, *Bull. civ.*, V, n°15.
Cass. soc., 19 mars 2003, pourvoi n°01-41.612, inédit.
CJCE, 9 sept. 2003, *aff. C-151-02*.
CJCE, 6 nov. 2003, *aff. C-101/01*.
CA Douai, 17 déc. 2004, n°04/00517.
CA Paris, 14e ch., 12 mai 2004, n° 2004/00799.
Cass. crim., 11 mai 2004, pourvoi n°03-83.682, *Inédit*.
Cass. crim., 19 mai 2004, pourvoi n°03-83.953, *Bull. crim.*, n°126, *Gaz. Pal.* 10-12 oct. 2004, p. 44, note S. Adjali.
Cass. soc., 2 juin 2004, pourvoi n°03-45.269, *Bull. civ.*, V, n°152.
Cass. soc., 6 avr. 2004, pourvoi n°01-45.227, *Bull. civ.*, V, n°103.
Cass. soc., 6 avr. 2004, pourvoi n°02-40.498, *Bull. civ.*, V, n°104.
Cass. soc., 8 déc. 2004, pourvoi n°03-60.509, *Bull. civ.*, V, n°321.
Cass. soc., 17 fév. 2004, pourvoi n°01-45.889, inédit.
Cass. soc., 22 juin 2004, pourvoi n°02-42.446, *Bull. civ.*, V, n°175.
Cass. soc., 23 juin 2004, pourvoi n°02-14.861, inédit.
Cass. soc., 30 juin 2004, pourvoi n°02-41.720, *Bull. civ.*, V, n°187, *D. Boulmier, Vol de*

documents, mais hold-up sur les droits d'agir, JSL, n°157, p. 4.
CE, 1ère et 6e sous-sect., 29 déc. 2004, n°254529 et n°254832.
Cass. soc., 20 janv. 2004, pourvoi n°02-30.695, inédit.
CE, 3 mars 2004, n°241150, 241151, 241152, 241153.
CA Versailles, 22 mars 2004, n°2003-00782.
CEDH, 30 mars 2004, Radio France c/ France, n°53984/00.
Cass. com., 22 fév. 2005, pourvoi n°02-18.790, Bull. civ., IV, n°29.
Cass. crim., 10 mai 2005, pourvoi n°04-84.705, Bull. crim., n°144.
Cass. soc., 5 juil. 2005, pourvoi n°03-46.475, inédit.
Cass. soc., 17 mai 2005, pourvoi n°03-40.017, Bull. civ., V, n°165.
Cass. soc., 19 avr. 2005, pourvoi n°02-46.295, Bull. civ., V, n°141.
CEDH, 22 déc. 2005, Paturel c/ France, n°54968/00.
Cass. soc., 12 janv. 2005, pourvoi n°02-47.505, inédit.
Cass. soc., 25 janv. 2005, pourvoi n°02-30.946, Bull. civ., V, n°19.
Cass. soc., 28 janv. 2005, pourvoi n° 02-45.971, Bull. civ., V, n°38.
Cass. soc., 28 janv. 2005, pourvoi n°03-40.639, Bull. civ., V, N°35.
Cass. soc., 8 mars 2005, pourvoi n°02-47.123, inédit.
Cass. mix., 11 mars 2005, pourvoi n°02-41.371, Bull. civ., n°2.
Cass. soc., 21 sept. 2005, pourvoi n°03-44.855, Bull. civ., V, n°262.
Cass. soc., 8 nov. 2005, pourvoi n°03-46.970, inédit.
Cass. 1ère civ., 13 juin 2006, pourvoi n°03-47.580, Bull. civ., I, n°305.
Cass. soc., 7 juin 2006, pourvoi n°04-43.866, Bull. civ., V, n°206.
Cass. soc., 20 déc. 2006, pourvoi n°06-40.864, Bull. civ., V, n°404.
Cass. soc., 21 juin 2006, pourvoi n°05-43.914, Bull. civ., V, n°223.
Cass. soc., 26 avr. 2006, pourvoi n°04-43.582, Bull. civ. V, n°145.
Cass. soc., 28 fév. 2006, pourvoi n°05-41.555, Bull. civ., V, n°87.
Cass. soc., 31 mai 2006, pourvoi n°04-43.592, Bull. civ., V, n°196.
CC., 28 déc. 2006, déc. n°2006-545.
Cass. soc., 17 janv. 2006, pourvoi n°04-40.965, inédit.
Cass. soc., 22 mars 2006, pourvoi n°05-42.346, Bull. civ., V, n°119.
Cass. soc., 13 sept. 2006, pourvoi n°04-45.698, Bull. civ., V, n°267.
Cass. soc., 20 sept. 2006, pourvoi n°04-45.717, Bull. civ., V, n°268.
TGI Paris, 16 oct. 2006, n°06/08820.
Cass. soc., 18 oct. 2006, pourvoi n°04-47.400, Bull. civ., V, n°308.

Cass. soc., 18 oct. 2006, pourvoi n°04-48.025, *Bull. civ.*, V, n°308.
CEDH, 7 nov. 2006, *Mamère c/ France*, n°12697/03.
Cass. crim., 14 nov. 2006, pourvoi n°05-87.554, *Bull. crim.* 2006, n°284.
Cass. 2ème civ., 22 fév. 2007, pourvoi n°05-13.771, *Bull. civ.*, II, n°54.
Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, pourvoi n°05-40.803, *Bull.* 2007, *Chambre mixte*, n°3.
Cass. soc., 9 mai 2007, pourvoi n°05-40.315, *Bull. civ.*, V, n°70.
Cass. soc., 11 juil. 2007, pourvoi n°06-40.225, inédit.
Cass. soc., 23 mai 2007, pourvoi n°05-17.818, *Bull. civ.*, V, n°84.
Cass. soc., 23 mai 2007, pourvoi n°05-41.374, *Bull. civ.*, V, n°82.
Cass. soc., 23 mai 2007, pourvoi n°06-43.209, *Bull. civ.*, V, n°85.
Cass. soc., 28 fév. 2007, pourvoi n°05-15.228, *Bull. civ.*, V, n°37.
Cass. soc., 30 mai 2007, pourvoi n°05-43.102, inédit.
CEDH, 3 avril 2007, *Copland c/ Royaume-Uni*, n°62617/00.
CEDH, 7 juin 2007, *Dupuis et autres c/ France*, n°1914/02.
Cass. soc., 22 mars 2007, pourvoi n°05-45.062, inédit.
Cass. soc., 31 oct. 2007, pourvois n°06-43.834, 06-43.835, *Bull. civ.*, V, n°183.
Cass. soc., 28 nov. 2007, pourvoi n°06-21.964, *Bull. civ.*, V, n°201.
Cass. 2ème civ., 4 déc. 2008, pourvoi n° 07-17.622, *Bull.* 2008, II, n°259.
Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n°07-10.253.
Cass. soc., 7 mai 2008, pourvoi n°06-43.058, *Bull. civ.*, V, n°102.
Cass. soc., 9 juil. 2008, pourvoi n°06-45.800, *Bull. civ.*, V, n°150.
Cass. soc., 10 avr. 2008, pourvoi n°06-45.741, inédit.
Cass. soc., 10 juin 2008, pourvoi n°06-19.229, *Bull. civ.*, V, n°129.
Cass. soc., 15 avr. 2008, pourvoi n°06-45.902, *Bull. civ.*, V, n°85.
Cass. soc., 24 juin 2008, pourvoi n°07-11.411, *Bull. civ.*, V, n°140.
CEDH, 12 fév. 2008, *GUJA c. Moldavie*, n°14277/04.
Cass. soc., 22 janv. 2008, pourvoi n°06-40.514, *Bull. civ.*, V, n°14.
Cass. soc., 29 janv. 2008, pourvoi n°06-45.279, inédit.
Cass. soc., 5 mars 2008, pourvoi n°06-18.907, *Bull. civ.*, V, n°55.
Cass. soc., 5 mars 2008, pourvoi n°06-45.888, *Bull. civ.*, V, n°46.
Cass. soc., 18 mars 2008, pourvoi n°06-45.093, *Bull. civ.*, V, n°64.
Cass. soc., 19 mars 2008, pourvoi n°06-45.322, inédit.
Cass. soc., 26 mars 2008, pourvoi n°06-45.990, *Bull. civ.*, V, n°71.
Cass. crim. 2 sept. 2008, pourvoi n° 07-81661, *Bull. crim.* 2008, n°174, *JCP éd. soc.*

2009, 1019, note JF. Cesaro.

Cass. soc., 14 oct. 2008, pourvoi n°07-40.523, Bull. civ., V, n° 192.

Cass. 1ère civ., 13 nov. 2008, pourvoi n°06-19.021, Bull. civ., I, n° 258.

Cass. soc., 13 nov. 2008, pourvoi n°07-60.434, Bull. civ., V, n°219.

Cass. soc., 13 nov. 2008, pourvois n°07-60.465, 07-60.469, 07-60.470, 07-60.471, 07-60.472, Bull. civ., V, n°218.

Cass. soc., 13 nov. 2008, pourvois n°07-60.465, 07-60.469 à 07-60.472, Bull. civ., V, n°218.

Cass. soc., 13 nov. 2008, pourvois n°08-60.331 et 08-60.332, Bull. civ., V, n°220.

Cass. 1ère civ., 25 juin 2009, pourvoi n°07-20.387, Bull. civ., I, n°140.

Cass. 1ère civ., 25 juin 2009, pourvoi n°07-20.387, Bull. civ., I, n° 140.

Cass. 2ème civ., 19 fév. 2009, pourvoi n°08-11.628, Bull. 2009, II, n°52.

Cass. soc., 1 juil. 2009, pourvoi n°08-41.217, inédit.

Cass. soc., 6 mai 2009, pourvoi n°08-40.395, Bull. civ., V, n°123.

Cass. soc., 8 déc. 2009, pourvoi n°08-17.191, Bull. civ., V, n° 276.

Cass. soc., 8 juil. 2009, pourvois n°09-60.011, 09-60.031 et 09-60.032, Bull. civ., V, n°180.

Cass. soc., 11 fév. 2009, pourvoi n°07-42.068, Bull. civ., V, n°40.

Cass. soc., 15 déc. 2009, pourvoi n°07-44.264, Bull. civ., V, n°284.

Cass. soc., 16 juin 2009, pourvoi n°08-40.722, Bull. civ., V, n°149.

Cass. soc., 17 juin 2009, pourvoi n°08-40.274, Bull. civ., V, n°153.

Cass. soc., 17 juin 2009, pourvoi n°08-41.663, inédit.

CA Versailles, 4 fév. 2009, n°08-08775.

CC., 10 juin 2009, déc. n°2009-580 DC, JO n°0135, 13 juin 2009, p. 9675.

TGI Créteil, 11 août 2009, n°09/00658.

Cass. soc., 13 janv. 2009, pourvoi n°06-45.562, Bull. civ., V, n°4.

CEDH, 10 mars 2009, n°3002/03 et n°23676/03.

Cass. soc., 12 mars 2009, pourvoi n°07-40.587, inédit.

Cass. soc., 18 mars 2009, pourvoi n°07-44.247, inédit.

Cass. soc., 31 mars 2009, pourvoi n°07-45.680, inédit.

Cass. soc., 22 sept. 2009, pourvoi n°08-42.304, inédit.

Cass. com., 13 oct. 2009, pourvoi n°08-19.525, inédit.

Cass. soc., 20 oct. 2009, pourvoi n°08-42.155, inédit.

Cass. soc., 21 oct. 2009, pourvoi n°07-43.877, Bull. civ., V, n°226.

Cass. soc., 10 nov. 2009, pourvoi n°07-45.321, *Bull. civ.*, V, n°247.
Cass. soc., 10 nov. 2009, pourvoi n°08-41.497, *Bull. civ.*, V, n° 248.
Cass. soc., 18 nov. 2009, pourvoi n°08-42.498, inédit.
CA Reims, 9 juin 2010, n°09-03205, *SAS l'Est Eclair c/ Callendreau*.
Cass. 2ème civ., 11 fév. 2010, pourvoi n°09-11.342, *Bull. civ.*, II, n°32.
Cass. soc., 3 fév. 2010, pourvoi n°08-40.144, *Bull. civ.*, V, n°30.
Cass. soc., 7 avr. 2010, pourvoi n°09-40.020, *Bull. civ.*, V, n°88.
Cass. soc., 7 avr. 2010, pourvois n°08-44.865, 08-44.866, 08-44.867, 08-44.868, 08-44.869, *Bull. civ.*, V, n° 86.
Cass. soc., 7 juil. 2010, pourvoi n°08-45.139, inédit.
Cass. soc., 13 juil. 2010, pourvoi n°09-40.943, inédit.
Cass. soc., 14 avr. 2010, pourvoi n°09-60.367, *Bull. civ.*, V, n°99.
Cass. soc., 14 déc. 2010, pourvoi n°10-60.137, *Bull. civ.*, V, n° 290.
Cass. soc., 15 déc. 2010, pourvoi n°08-42.486, inédit.
Cass. soc., 15 déc. 2010, pourvoi n°09-42.691, inédit.
Cass. soc., 17 fév. 2010, pourvoi n°08-45.298, *Bull. civ.*, V, n°41.
Cass. soc., 19 mai 2010, pourvoi n°09-40.056, inédit.
Cass. soc., 19 mai 2010, pourvoi n°09-40.279, inédit.
Cass. soc., 23 juin 2010, pourvoi n°08-45.368, inédit.
CEDS, Confédération générale du Travail (CGT) c. France, 20 juin 2010, Réclamation n°55/2009.
CEDS, déclaration de recevabilité, 23 juin 2010, Confédération Générale du Travail (CGT) c. France, réclamation n° 55/2009.
Cass. soc., 13 janv. 2010, pourvoi n°09-60.203, *Bull. civ.*, V, n°7.
CA Rennes, 14 janv. 2010, n°08/02209.
Cass. soc., 27 janv. 2010, pourvoi n°09-60.240, *Bull. civ.*, V, n°25.
Cass. soc., 10 mars 2010, pourvois 09-60.096 et 09-60.152, *Bull. civ.*, V, n°56.
CE, 4e sous-section, 9 sept. 2010, n°327250, Inédit.
CE, 9 sept. 2010, pourvoi n°327250, inédit.
Cass. com., 28 sept. 2010, pourvoi n°09-66.255, *Bull. civ.*, IV, n°146.
Cass. soc., 20 oct. 2010, pourvoi n°09-40.117, inédit.
CE, 20 oct. 2010, req. n°327916, publié au *Rec. Lebon ; AJDA*, 2011, p. 350.
Cass. soc., 26 oct. 2010, pourvoi n°09-42.740, *Bull. civ.*, V, n°243.
CPH. Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, n° 10/00853.

CA Paris, 10 mai 2011, n°09/02887.

Cass. crim., 6 déc. 2011, pourvoi n°10-82.266, Bull. crim. 2011, n°249.

Cass. crim., 16 juin 2011, pourvoi n°10-83.758, inédit.

Cass. crim., 16 juin 2011, pourvoi n°10-85.079, Bull. crim., n°134.

Cass. crim., 21 juin 2011, pourvoi n°10-87.671, Bull. crim., n°149.

Cass. soc., 2 fév. 2011, pourvoi n°09-72.313, inédit.

Cass. soc., 2 fév. 2011, pourvoi n°09-72.449, inédit.

Cass. soc., 2 fév. 2011, pourvoi n°10-14.263, inédit.

Cass. soc., 3 mai 2011, pourvoi n°09-67.464, Bull. civ., V, n°105.

Cass. soc., 3 mai 2011, pourvoi n°10-14.104, Bull. civ., V, n°104.

Cass. soc., 5 avr. 2011, pourvoi n°10-19.951, Bull. civ., V, n°87.

Cass. soc., 5 juil. 2011, pourvoi n°09-42.959, inédit.

Cass. soc., 5 juil. 2011, pourvoi n°10-23.257, inédit.

Cass. soc., 5 juil. 2011, pourvoi n°10-23.319, inédit.

Cass. soc., 5 mai 2011, pourvoi n°09-72.924, inédit.

Cass. soc., 7 déc. 2011, pourvoi n°10-30.222, Bull. civ., V, n°289.

Cass. soc., 8 fév. 2011, pourvoi n°09-40.027, Bull. civ., V, n°45.

Cass. soc., 8 juin 2011, pourvoi n°09-41.000, Bull. civ., V, n°149.

Cass. soc., 8 juin 2011, pourvoi n°09-70.324, Bull. civ., V, n°153, D. 2011. 1692 ; RDSS 2011. 1162, obs. P. Lokiec Document Inter Revues.

Cass. soc., 22 juin 2011, pourvoi n°10-10.856, inédit.

Cass. soc., 28 avr. 2011, pourvoi n°10-30.107, Bull. civ., V, n°96.

Cass. soc., 29 juin 2011, pourvoi n°09-67.492, Bull. civ., V, n°167.

Cass. soc., 29 juin 2011, pourvoi n°09-71.107, Bull. civ., V, n°181.

Cass. soc., 29 juin 2011, pourvoi n°10-14.743, Bull. civ., V, n°184.

CEDH, 11 juil. 2011, Heinisch c/ Allemagne, n°28274/08.

Cass. soc., 6 janv. 2011, pourvoi n°09-66.704, inédit.

Cass. Ass. plén., 7 janv. 2011, pourvois n°09-14.316, 09-14.667, Bull. A.P., n°1.

Cass. soc., 22 mars 2011, pourvoi n°09-70.440, inédit.

Cass. soc., 22 mars 2011, pourvoi n°09-70.877, inédit.

Cass. soc., 30 mars 2011, pourvoi n°09-71.824, inédit.

Cass. soc., 21 sept. 2011, pourvoi n°09-69.927, Bull. civ., V, n°192.

Cass. soc., 21 sept. 2011, pourvoi n°10-14.869, inédit.

Cass. soc., 21 sept. 2011, pourvois n° 10-19.017 et 10-23.247, Bull. civ., V, n°193.

TGI Clermont-Ferrand, 26 sept. 2011.

Cass. soc., 28 sept. 2011, pourvoi n°10-16.995, inédit.

Cass. soc., 28 sept. 2011, pourvoi n°11-60.028, Bull. civ., V, n°203.

Cass. 1ère civ., 6 oct. 2011, pourvoi n°10-18.142, Bull. civ., I, n°159.

Cass. soc., 18 oct. 2011, pourvoi n°10-26.782, inédit.

Cass. soc., 26 oct. 2011, pourvoi n°10-20.918, Bull. civ., V, n° 243.

CA Besançon, 15 nov. 2011, n°10/02642.

Cass. soc., 15 nov. 2011, pourvoi n°10-20.891, Bull. civ., V, n°262.

Cass. soc., 30 nov. 2011, pourvois n°09-67.798, 10-17.552, Bull. civ., V, n° 281.

Cass. soc., 30 nov. 2011, pourvois n°11-12.905, 11-12.906, Bull. civ., V, n°277.

Cass. crim., 19 juin 2012, pourvoi n°11-84.235, Bull. crim., 2012, n°153.

Cass. soc., 4 avr. 2012, pourvoi n°10-20.845, Bull. civ., V, n° 117.

Cass. soc., 4 avr. 2012, pourvois n°10-28.818 10-28.819 10-28.820 10-28.821 10-28.823 10-28.824 10-28.825 10-28.826 10-28.827 10-28.828 10-28.829 10-28.830, inédit.

Cass. soc., 4 juil. 2012, pourvoi n°11-12.502, inédit.

Cass. soc., 4 juil. 2012, pourvoi n°11-14.241, inédit.

Cass. soc., 6 juin 2012, pourvoi n°10-27.694, Bull. civ., V, n°169.

Cass. soc., 9 mai 2012, pourvoi n°10-24.307, Bull. civ., V, n°131.

Cass. soc., 9 mai 2012, pourvoi n°11-13.687, Bull. civ., V, n°134.

Cass. soc., 10 mai 2012, pourvoi n°10-28.585, inédit.

Cass. soc., 10 mai 2012, pourvoi n°11-11.060, inédit.

Cass. soc., 10 mai 2012, pourvoi n°11-13.884, Bull. civ., V, n°135.

Cass. soc., 11 juil. 2012, pourvoi n°11-22.972, inédit.

Cass. soc., 13 juin 2012, pourvoi n°11-10.929, Bull. civ., V, n°187.

Cass. soc., 16 mai 2012, pourvoi n°11-14.268, inédit.

Cass. soc., 16 mai 2012, pourvoi n°11-14.580, inédit.

Cass. soc., 23 mai 2012, pourvoi n°10-23.521, Bull. civ., V, n°156.

Cass. soc., 23 mai 2012, pourvoi n°11-14.930, Bull. civ., V, n°159.

Cass. soc., 25 janv. 2012, pourvoi n°10-28.155, Bull. civ., V, n°24.

Cass. soc., 26 juin 2012, pourvoi n°11-15.310, Bull. civ., V, n°196.

Cass. soc., 27 juin 2012, pourvoi n°11-18.010, Bull. civ., V, n°199.

CE, 22 fév. 2012, req. n° 346307, tables Rec. Lebon.

Cass. soc., 10 janv. 2012, pourvoi n°10-18.558, Bull. civ., V, n°6.

Cass. soc., 10 janv. 2012, pourvoi n°10-23.482, *Bull. civ.*, V, n°2.
TGI Paris, 17 janv. 2012, n°10/340083.
Cass. soc., 26 janv. 2012, pourvoi n°11-10.189, inédit.
Cass. soc., 31 janv. 2012, pourvoi n°10-19.807, *Bull. civ.*, V, n° 43.
Cass. soc., 6 mars 2012, pourvoi n°10-24.367, inédit.
Cass. soc., 8 mars 2012, pourvoi n°10-30.195, inédit.
Cass. soc., 26 sept. 2012, pourvoi n°11-11.247, inédit.
CA Bordeaux, 27 mars 2012, n°10-06.433.
Cass. crim., 27 mars 2012, pourvoi n°11-80.565, *Bull. crim.*, 2012, n°83.
Cass. crim., 4 sept. 2012, pourvoi n°11-87.225, *Bull. crim.* 2012, n°180.
Cass. soc., 19 sept. 2012, pourvoi n°11-15.381, inédit.
CA Aix-en-Provence, 4 octobre 2012, n°11/00348.
Cass. soc., 24 oct. 2012, pourvoi n°11-23843, inédit.
Cass. soc., 14 nov. 2012, pourvoi n°11-18.571, *Bull. civ.*, V, n°295.
CA Pau, 13 juin 2013.
Cass. 1ère civ., 10 avr. 2013, pourvoi n°11-19.530, *Bull. civ.*, I, n°70.
Cass. crim., 14 mai 2013, pourvoi n°12-84.042, *Bull. crim.* 2013, n°105.
Cass. crim., 19 juin 2013, pourvoi n°12-83.031, *Bull. crim.*, n°145.
Cass. crim., 28 mai 2013, pourvoi n°11-88.009, *Bull. crim.* 2013, n°119.
Cass. soc., 4 déc. 2013, pourvoi n°12-19.667 12-19.793, *Bull. civ.*, V, n°300.
Cass. soc., 6 fév. 2013, pourvoi n°11-23.738, *Bull. civ.*, V, n°31.
Cass. soc., 10 juil. 2013, pourvoi n°12-17.196, *Bull. civ.*, V, n°187.
Cass. soc., 11 juil. 2013, pourvoi n°13-40.021, *Bull. civ.*, V, n°194.
Cass. soc., 12 fév. 2013, pourvoi n°11-28.649, *Bull. civ.*, V, n°34.
Cass. soc., 18 déc. 2013, pourvoi n°12-17.832, inédit.
Cass. soc., 19 juin 2013, pourvoi n°12-12.138, *Bull. civ.*, V, n°158.
Cass. soc., 20 fév. 2013, pourvois n°11-28.612, 11-28.613, 11-28.614, 11-28.615, 11-28.616, 11-28.617, *Bull. civ.*, V, n°49.
11*Cass. soc.*, 23 mai 2013, pourvois n°12-17.616, 12-17.617, 12-17.618, inédit.
11*Cass. soc.*, 26 fév. 2013, pourvoi n°11-27.372, inédit.
Cass. soc., 26 juin 2013, pourvoi n°12-16.564, inédit.
Cass. soc., 27 fév. 2013, pourvoi n°12-14.415, *Bull. civ.*, V, n°60.
CJUE, 15 avril 2013, *aff. C-335/11 et C- 337/11*.
Cass. soc., 15 janv. 2013, pourvoi n°11-19.640, *Bull. civ.*, V, n°12.

CA Poitiers, 16 janv. 2013, n°10-03521.
TGI Paris, Ord., 24 janv. 2013, UEJF et autres / Twitter Inc. et Twitter France.
Cass. com., 12 mars 2013, pourvoi n°11-21.908, Bull. civ., IV, n°36.
Cass. soc., 20 mars 2013, pourvoi n°11-27.601, inédit.
Cass. soc., 27 mars 2013, pourvoi n°11-19.734, Bull. civ., V, n°95.
Cass. crim., 10 sept. 2013, pourvoi n°12-83.672, Bull. crim., 2013, n° 178.
Cass. 2ème civ., 19 sept. 2013, pourvoi n°12-22.156, Inédit.
CC., 27 sept. 2013, déc. n° 2013-345 QPC, Synd. national Groupe Air France CFTC.
Cass. soc., 23 oct. 2013, pourvoi n°12-14.237, Bull. civ., V, n°248.
Cass. soc., 24 avr. 2013, pourvoi n°11-28.398, Bull. civ., V, n° 117.
Cass. soc., 14 nov. 2013, pourvoi n°12-10.082, inédit.
Cass. soc., 26 nov. 2013, pourvois n°12-21.758, 12-22.200, Bull. civ., V, n°283.
CA Bordeaux, 1er avr. 2014, n°13/01992.
CA Nancy, 14 fév. 2014, n°13-00796.
CA Reims, 2 avr. 2014, n°12/01973.
Cass. 2ème civ., 5 juin 2014, pourvoi n°13-20.333, inédit.
Cass. 2ème civ., 28 mai 2014, pourvoi n°13-18.212, Bull. 2014, II, n°120.
Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, pourvoi n°13-28.369, Bull. A.P., n° 1.
Cass. soc., 4 juin 2014, pourvoi n°13-18.914, Bull. civ., V, n°134.
Cass. soc., 11 juin 2014, pourvoi n°11-20.985, Bull. civ., V, n°137.
Cass. soc., 12 fév. 2014, pourvoi n°11-27.899, inédit.
Cass. soc., 12 fév. 2014, pourvoi n°12-23.051, Bull. civ., V, n°48.
Cass. soc., 14 mai 2014, pourvoi n°12-35.033, Bull. civ., V, n°121.
Cass. soc., 17 déc. 2014, pourvoi n°13-19.659, inédit.
Cass. soc., 18 juin 2014, pourvoi n°12-18.589, inédit.
Cass. soc., 18 juin 2014, pourvoi n°13-11.341, inédit.
CJUE, 13 mai 2014, C-131/12.
TGI Paris, 13e ch. corr., 18 décembre 2014, MP c/ X.
CA Versailles, 7 janv. 2014, n°13-05122.
Cass. soc., 14 janv. 2014, pourvoi n°12-16.218, Bull. civ., V, n°4.
Cass. soc., 14 janv. 2014, pourvoi n°12-27.284, Bull. civ., V, n° 6.
Cass. soc., 14 janv. 2014, pourvois n°13-60.165 et 13-60.166, Bull. civ., V, n°7.
Cass. soc., 15 janv. 2014, pourvoi n°11-28.898, inédit.
Cass. soc., 15 janv. 2014, pourvoi n°12-19.472, Bull. civ., V, n°15.

Cass. soc., 15 janv. 2014, pourvoi n°12-20.688, Bull. civ., V, n°16.

Cass. soc., 26 mars 2014, pourvois n°12-26.600, 12-26.602, 12-26.607, 12-26.608, 12-26.609, 12-26.610, 12-26.611, Bull. civ., V, n°84.

Cass. soc., 24 sept. 2014, pourvoi n°12-29.224, inédit.

Cass. soc., 29 sept. 2014, pourvoi n°12-26.932, Bull. civ., V, n°213.

Cass. soc., 8 oct. 2014, pourvoi n°13-14.991, Bull. civ., V, n°230.

Cass. soc., 15 oct. 2014, pourvoi n°13-11.524, Bull. civ., V, n° 240.

Cass. soc., 21 oct. 2014, pourvoi n°13-19.786, Bull. civ., V, n°244.

Cass. soc., 29 oct. 2014, pourvoi n°13-18.173, inédit.

Cass. soc., 5 nov. 2014, pourvoi n°13-17.270, en cours de publication.

Cass. soc., 5 nov. 2014, pourvoi n°13-18.427, Bull. civ., V, n°255.

Cass. crim., 12 nov. 2014, pourvoi n°13-84142, inédit.

Cass. soc., 13 nov. 2014, pourvoi n°13-14.206, en cours de publication.

Cass. 2ème civ., 27 novembre 2014, pourvoi n°13-27.797, inédit.

Cass. 1ère civ., 1 juil. 2015, pourvoi n°14-19.781, Inédit.

Cass. 1ère civ., 15 mai 2015, pourvoi n°13-27.391 : JurisData n° 2015-011061 ; JCP G 2015, 967, C. Geiger.

Cass. com., 10 fév. 2015, pourvoi n°13-14.779, en cours de publication.

Cass. soc., 1 juil. 2015, pourvoi n°14-13.871, inédit.

Cass. soc., 4 fév. 2015, pourvoi n°13-25.627, en cours de publication.

Cass. soc., 6 mai 2015, pourvoi n°13-27.535, inédit.

Cass. soc., 6 mai 2015, pourvoi n°14-10.781, inédit.

Cass. soc., 9 avr. 2015, pourvoi n°14-10.531, inédit.

Cass. soc., 12 mai 2015, pourvoi n°13-20.349, en cours de publication.

Cass. soc., 16 juin 2015, pourvoi n°13-26.913, inédit.

Cass. soc., 24 juin 2015, pourvoi n°13-28.460, inédit.

Cass. soc., 24 juin 2015, pourvoi n°14-13.829, en cours de publication.

Cass. soc., 30 juin 2015, pourvoi n°13-28.201, en cours de publication.

CE, 24 fév. 2015, Fédération des employés et cadres CGT FO et autres ; Fédération CGT des personnels du commerce, de la distribution et des services et autre, n° 374726, 374905, 376267, 376411.

CEDH, 2e sect., 24 février 2015, Haldimann et a. c/ Suisse, n°21830/09.

TGI Paris, 15 mai 2015, n° 13/13434.

Cass. soc., 15 janv. 2015, pourvoi n°13-14.811, inédit.

Cass. soc., 3 mars 2015, pourvoi n°13-26.258, en cours de publication.
TGI Paris, 5 mars 2015, Frédéric X c/ Facebook Inc.
CE, 10/9 SSR, 11 mars 2015, n°368748.
CAA Nantes, 24 mars 2015, n°13NT01016.
Cass. crim., 8 sept. 2015, pourvoi n°13-85.587, en cours de publication.
CC., 22 sept. 2015, déc. n°2015-484 QPC, Uber France SAS et autres, JO 25 septembre 2015, p. 17083, texte n°78.
Cass. soc., 6 oct. 2015, pourvoi n°14-17.539, en cours de publication.
CJUE, 6 oct. 2015, Schrems, C-362/14.
Cass. soc., 20 oct. 2015, pourvoi n°14-16.178, inédit.
Cass. soc., 22 oct. 2015, pourvoi n°14-11.801, en cours de publication.
CE, 10/9 SSR, 18 nov. 2015, req. n°371196, inédit au Rec. Lebon.
Cass. soc., 25 nov. 2015, pourvoi n°14-24.444, en cours de publication.
CA Chambéry, 25 fév. 2016, n°15/01264.
CA Paris, 12 fév. 2016, Facebook.
Cass. 2ème civ., 7 juil. 2016, pourvoi n°15-16.110, en cours de publication.
Cass. crim. 9 fév. 2016, pourvoi n°14-87.753, Bull. en cours de publication.
Cass. soc., 1er juin 2016, pourvoi n°14-19.702, en cours de publication.
Cass. soc., 10 fév. 2016, pourvoi n°14-24.350, en cours de publication.
Cass. soc., 12 fév. 2016, pourvoi n°14-24.886, inédit.
Cass. soc., 30 juin 2016, pourvoi n°15-10.557, en cours de publication.
CEDH, 12 janv. 2016, Bărbulescu c. Roumanie, n°61496/08.
Cass. 1ère civ., 14 janv. 2016, pourvoi n°14-28.327, inédit.
CAA Nantes, 3e ch., 21 janv. 2016, B. F. C/ La commune de Montargis.
Cass. soc., 26 janv. 2016, pourvoi n°14-15.360, en cours de publication.
Cass. crim., 16 mars 2016, pouvoi n°15-82.676, en cours de publication.
TGI Paris, référé 29 mars 2016, Nathalie X. et Philippe Y. / Emeric Z., legalis.net (en ligne).
Cass. civ. 2, 5 janv. 2017, pourvoi n°16-12.394, en cours de publication.

Actes juridiques et législatifs

Air France, « Accord triennal de méthode et de prévention des risques psychosociaux et pour le développement de l'équilibre de la vie au travail, mars 2010 ».

AREVA, « Accord pour le développement de la qualité de vie au travail du 31 mai 2012 ».

Assemblée Nationale, Commission des affaires économiques, « Amendement n°AS904, projet de loi pour l'avenir de la négociation collective, du travail et de l'emploi ».

CFDT, MEDEF, CFE-CGC, CGPME, CFTC, UPA, CGT et FO, « Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective ».

CNCDH, « Avis sur la lutte contre les discours de haine sur internet, JORF n°0158, 10 juillet 2015 texte n° 125 ».

CNIL, « décision n°2013-029, 12 juillet 2013 ».

CNIL, « délibération n°96-065, 9 juillet 1996, pour les annuaires des personnels du CNRS ».

CNIL, « délibération n°97-060, 8 juillet 1997, portant recommandation relative aux annuaires en matière de télécommunications ».

CNIL, « délibération n°01-011, 8 mars 2001 portant adoption d'une recommandation sur les sites de santé destinés au public ».

CNIL, « délibération n°02-017, 21 mars 2002 ».

CNIL, « délibération n° 2005-19, 3 février 2005, portant création d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en oeuvre dans le cadre de l'utilisation de services de téléphonie fixe et mobile sur les lieux de travail (norme simplifiée n° 47) et portant abrogation de la norme simplifiée n° 40 ».

CNIL, « délibération n°2005-110, 26 mai 2005, relative à la demande d'autorisation de Mc Donald's France pour la mise en oeuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle ».

CNIL, « délibération n° 2007-374, 11 décembre 2007 ».

CNIL, « délibération n° 2009-474, 23 juillet 2009 portant recommandation en matière de transfert de données à caractère personnel dans le cadre de procédures judiciaires américaines dite de « Discovery » ».

CNIL, « délibération n°2010-112, 22 avril 2010, interruption d'un traitement mis en oeuvre par la Société X ».

CNIL, « délibération n° 2010-371, 21 octobre 2010, portant adoption d'une recommandation relative à la sécurité des systèmes de vote électronique ».

CNIL, « délibération n°2012-048, 16 février 2012 ».

CNIL, « délibération n° 2013-029, 12 juillet 2013 ».

CNIL, « délibération n°2013-091, 11 avril 2013, Société Total Raffinage Marketing ».

CNIL, « délibération n° 2014-307, 17 juillet 2014 ».

CNIL, « délibération n°2015-087, 5 mars 2015 ».

CNIL, « délibération n° 2015-165, 4 juin 2015, JO 17 juin 2015 ».

Coca cola Entreprise, « Accord sur le télétravail du 22 janvier 2014 ».

Crédit Agricole, « Accord sur les conditions de travail au sein des caisses régionales du 15 février 2011 ».

GRDF, « Accord sur le temps de travail des cadres du 20 juillet 2009 ».

Institut Gustave-Roussy, « Accord d'entreprise sur les modalités d'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication par les organisations syndicales et représentatives du 31 mars 2009 ».

Martin-Lalande Patrice, *Généralisation de la consultation publique en ligne, par l'internet, sur les textes de loi avant leur examen par le Parlement*, 2016.

OMS, « Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19 juin -22 juillet 1946; signé le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 Etats. (Actes officiels de l'Organisation mondiale de la Santé, n°. 2, p. 100) et entré en vigueur le 7 avril 1948 ».

Renault, « Avenant à l'accord relatif au télétravail à domicile du 22 janvier 2007 ».

Renault, « Accord d'entreprise portant sur les conditions d'accès et d'utilisation de l'intranet par les institutions représentatives du personnel du 2 février 2005 ».

SAFRAN Aircelle SAS, « Accord autorisant le vote par voie électronique, 2015 ».

Société Générale, « Accord d'expérimentation du télétravail du 16 juillet 2014 ».

Thalès, « Accord qualité de vie au travail du 18 janvier 2014 ».

Thalès, « Accord cadre groupe relatif au télétravail du 24 avril 2015 ».

Thalès services SAS, « Accord relatif au télétravail du 15 avril 2014 ».

TOTAL, « Accord relatif au télétravail du 5 février 2013 ».

UCANSS, « Protocole d'accord sur le travail à distance du 4 mars 2014 (agréé le 3 juillet 2014) ».

Université Numérique Juridique Francophone, « Référentiel de compétences issu de la circulaire n°2011-0012 du 9 juin 2011. Module : appréhender les enjeux de la régulation des technologies de l'information et de la communication ».

« ANI, 11 janvier 2013, pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés ».

« ANI, 19 juillet 2005, relatif au télétravail ».

« ANI, 19 juin 2013, relatif à la qualité de vie au travail ».

« ANI, 2 juillet 2008, sur le stress au travail ».

« ANI, 26 mars 2010, sur le harcèlement et la violence au travail ».

« ANI, 7 janvier 2009, sur le développement de la formation, la professionnalisation et la sécurisation des parcours professionnels ».

« Arrêté du 25 avril 2007 pris en application du décret n° 2007-602 du 25 avril 2007 relatif aux conditions et aux modalités de vote par voie électronique pour l'élection des délégués du personnel et des représentants du personnel au comité d'entreprise et modifiant le code du travail ».

« Arrêté du 25 juillet 2005 modifiant l'arrêté du 20 décembre 2002 relatif aux frais professionnels déductibles pour le calcul des cotisations de sécurité sociale ».

« Arrêté du 27 juin 2014 fixant la date d'entrée en vigueur des dispositions de l'article 5 du décret n° 2013-554 du 27 juin 2013 relatif à la procédure de licenciement collectif pour motif économique ».

« Arrêté du 30 mai 2006 portant extension de l'accord national interprofessionnel relatif au télétravail ».

« Article 77, arrêté du 23 juillet 2010 portant approbation de l'instruction générale interministérielle sur la protection du secret de la défense nationale ».

« Avis n° 04-08 relatif à la conformité au droit des pratiques d'enchères électroniques inversées, Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes n° 2005/4 p. 407-412 ».

« CE, Avis du 17 mars 2016 sur un projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs ».

« Circulaire DGT 2014/1, 18 mars 2014, relative à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise. »

« Circulaire DGT n° 2007/18 du 18 décembre 2007 relative à la continuité de l'activité des entreprises et aux conditions de travail et d'emploi des salariés du secteur privé en cas de pandémie grippale ».

« Circulaire DGT n°20 du 13 novembre 2008 relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ».

« Circulaire DRT n° 93-10 du 15 mars 1993 relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles ».

« Circulaire DRT n° 93-10, relative à l'application des dispositions relatives au

recrutement et aux libertés individuelles, 15 mars 1993 : BOMT n° 93/10, 5 juin 1993, texte n° 412 ».

« Circulaire n° 93-15 du 25 mars 1993 relative à l'application de la loi sur les CHSCT ».

« Convention collective nationale de l'industrie pharmaceutique du 6 avril 1956. Etendue par arrêté du 15 novembre 1956 JORF 14 décembre 1956. Textes Attachés : Accord du 16 octobre 2002 relatif aux mutations technologiques ».

« Convention collective nationale de la boulangerie-pâtisserie du 19 mars 1976. Etendue par arrêté du 21 juin 1978 JONC 28 juillet 1978. »

« Convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils du 15 décembre 1987. Avenant du 1er avril 2014 à l'accord du 22 juin 1999 relatif à la durée du travail ».

« Convention collective nationale des cabinets et cliniques vétérinaires du 5 juillet 1995 ; Etendue par arrêté du 16 janvier 1996 JORF 24 janvier 1996 ; Avenant n° 53 du 6 octobre 2011 relatif au travail de nuit ».

« Décret n° 2011-144 du 2 février 2011 relatif à l'envoi d'une lettre recommandée par courrier électronique pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat ».

« Décret n° 2014-935 du 20 août 2014 relatif aux formations ouvertes ou à distance ».

« Décret n° 2016-1074 du 3 août 2016 relatif à la protection des travailleurs contre les risques dus aux champs électromagnétiques ».

« Décret n° 2016-453 du 12 avril 2016 relatif à certaines modalités de déroulement des réunions des institutions représentatives du personnel ».

« Décret n° 91-242 du 28 février 1991 portant publication de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19 juin 1980 ».

« Délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en oeuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle ».

« Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail ».

« Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE ».

« Directive 90/270/CEE du Conseil, du 29 mai 1990, concernant les prescriptions

minimales de sécurité et de santé relatives au travail sur des équipements à écran de visualisation ».

« Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ».

« JORF n°0300 27 décembre 2009 Vocabulaire des télécommunications (liste de termes, expressions et définitions adoptés) p. 22537 ».

« Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique ».

« Loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel ».

« Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale ».

« Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ».

« Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ».

« Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ».

« Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail ».

« Loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie ».

« Loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels ».

« Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives ».

« Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi ».

« Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives ».

« Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale ».

« Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale ».

« Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale

déloyale - Article 8 ».

« Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire ».

« Loi n° 2015-136 du 9 février 2015 relative à la sobriété, à la transparence, à l'information et à la concertation en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques ».

« Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ».

« Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi ».

« Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ».

« Loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017 ».

« Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé ».

« Loi n° 30-07-1881 du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ».

« Loi n° 71-561 du 13 juillet 1971 instituant un droit à la négociation collective et promouvant les conventions collectives d'entreprise ».

« Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ».

« Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle ».

« Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle - Article 93-2 ».

« Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise. Loi dite loi Auroux. »

« Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle ».

« Loi n° 90-579 du 4 juillet 1990 relative au crédit-formation, à la qualité et au contrôle de la formation professionnelle continue et modifiant le livre IX du code du travail ».

« Loi n° 94-640 du 25 juillet 1994 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise ».

« Loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense ».

« Loi n°2014-1104 du 1er octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur ».

« Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique ».

« Loi type du 15 décembre 1997 de la Commission des Nations Unies pour le droit

commercial international sur l'insolvabilité internationale ».

« Ordonnance du 6 mai 1944 relative à la répression des délits de presse ».

« Ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives ».

« Ordonnance n° 2014-1330 du 6 novembre 2014 relative au droit des usagers de saisir l'administration par voie électronique ».

« Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ».

« Pénalisation des contenus retransmis sur le réseau social Twitter, Réponse du Ministère de la justice, JO Sénat 07/04/2016, p. 1457 ».

« Procédure 2012/0011/COD Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) ».

« Projet de loi relatif au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, Amendement n°463, 1er juillet 2016 ».

« Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections, Amendement n° COM-334, 27 mai 2016, commission des affaires sociales ».

« Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ».

« Règlement (CE) n°883/2004 du Parlement Européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale. »

« Règlement (CEE) n°1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté ».

« Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

« UNHRC, 29 June 2016, Resolution on The Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet (A/HRC/32/L.20) ».

INDEX

A

Abus

- de connexions à internet · 274 et s.
- de confiance · 272, 273, 374, 399
- de droit · 704
- de l'expression syndicale dans l'entreprise · 583
- de la liberté d'expression · 673, 682, 683
- de position dominante · 65
- de pouvoir · 370
- du téléphone de l'entreprise · 228 et s.
- détournement d'un ordinateur · 272
- sites pornographiques · 275, 399
- temps travail détourné · 374 et s.
- trouble dans l'entreprise · 658

Accès à internet · 15, 277, 302, 647 et s.

Accident du travail · 117, 152, 231, 256, 385, 444 et s., 527

Accord collectif · 252, 343, 347, 445, 462, 471, 472, 476, 497, 508 et s., 535, 570, 580 et s., 602 et s., 613, 626

Accord de branche · 252 et s., 478, 515, 519

Accord national interprofessionnel · 287, 346, 431, 454, 463, 501, 512 et s., 521, 557, 565, 572

Activité professionnelle · 12, 32, 46, 76, 100, 117 et s., 147 et s., 172, 233 et s., 259, 270, 282, 312, 322, 340, 350, 361, 388, 412 et s., 422, 447 et s., 469, 473, 482, 507 et s., 523, 552, 573, 589, 673

Administrateur de réseaux · 327

Airbnb · 18, 59, 120, 157

Aménagement · 221, 288, 348, 376, 394 et s., 419, 424, 462, 481, 508, 519, 524 et s., 550, 560, 587, 632

Amplitude · 252, 348, 372, 387, 474 et s., 508

Anonymat · 592, 616, 644, 679, 696 et s., 722 et s.

Archivage · 51, 183, 309, 328, 332 et s.

Astreinte · 221, 330, 339, 377 et s., 389, 397, 464 et s., 471, 480, 501, 756

Atteinte à la vie privée · 297, 452, 605, 655

Auto-entrepreneur · 23 et s., 110 et s.

Autonomie · 26, 31, 42, 67, 89 et s., 100 et s., 121 et s., 197 et s., 205, 232 et s., 253, 337, 345 et s., 358, 371 et s., 404 et s., 451, 469 et s., 487, 494 et s., 503 et s., 551 et s., 565 et s., 570, 588, 623, 630, 661, 734 et s.

Autorégulation · 27, 40, 132, 136, 458, 681, 738

B

Bad Buzz · 727

Big Data · 163, 224, 238, 239, 240 et s., 423, 579

Binding Corporate Rules · 213 et s.

Biométrie · 224 et s., 243
Bonne foi · 169, 251, 488, 548, 563, 663 et s., 684, 690, 696 et s., 708
Bulletin de paie dématérialisé · 69, 71, 72
Burn-out · 434, 438, 499
BYOD / BYOS · Voir outil personnel

C

Cadres · 3, 35, 39, 44, 100, 105, 108, 135, 144, 161, 166, 259, 289, 315, 339, 344, 353 et s., 354, 370, 374, 387 et s., 416, 420, 441, 443, 455 et s., 466 et s., 498 et s., 519, 528, 532, 578, 631, 671, 709, 728
Caméra · 205, 234 et s.
Cerveau d'œuvre · 23 et s., 52, 97, 143 et s., 402 et s., 411 et s.
Champs électromagnétiques · 425 et s.
Charge de travail · 116, 252, 343, 348, 350, 374, 386, 408, 411, 416 et s., 423, 434, 454, 463, 469 et s., 496, 503 et s., 523, 560
Charte informatique · 242, 252
Charte sociale européenne · 382 et s., 394, 470, 497
CHSCT · 221 et s., 243, 440, 515, 538, 545, 549 et s., 559, 566 et s., 573, 577, 601, 606 et s., 668
Clause du contrat · 68, 77, 250, 355, 520, 672
Clé USB · 298, et s., 317, 323, 334
CNIL · 6, 130, 131, 165 et s., 176 et s., 200 et s., 243 et s., 254, 262 et s., 288, 305 et s., 316, 327 et s., 336, 453, 475, 481, 492 et s., 584, 596, 602 et s., 614 et s., 651, 699, 718
Collectivité de travail · 642, 679
Comité d'entreprise · 5 et s., 31, 46 et s., 73 et s., 166, 187, 199, 202 et s., 209, 213, 217 et s., 236, 242 et s., 258, 264 et s., 274, 293, 313, 361, 364, 394 et s., 422 et s., 426, 429, 456, 462, 476, 483, 511, 520, 538 et s., 551, 553, 567, 573, 576, 601 et s., 626 et s., 653 et s., 672 et s.
Communauté d'intérêt · 596, 718, 720 et s.
Communauté de travail · 31, 141, 153, 349, 620 et s.
Community manager · 384
Compétence territoriale · 357
Compétitivité · 21, 74, 143, 452, 539, 557, 562, 566, 572, 681
Compte personnel d'activité · 6, 74, 157 et s.
Concurrence · 14, 22, 27, 29, 59 et s., 98, 106, 118, 198, 231 et s., 251, 267, 291, 307, 325, 331, 363, 440, 457, 522, 557, 579, 581, 635, 666, 674, 736 et s.
Confidentialité · 12, 72 et s., 81, 103, 204, 207, 216, 224, 229, 250 et s., 292, 298 et s., 309 et s., 317, 327, 335, 493, 596, 597 et s., 609, 615 et s., 647, 652 et s., 713, 717 et s., 730
Confidentiel · 227, 569, 575, 577, 598 et s., 668, 678, 689, 715, 719, 727
Conflit de juridictions · 363 et s.
Conflit de lois · 361 et s.
Conflit de normes · 369 et s.
Contrat de travail · 8, 30, 42 et s., 102, 107, 108, 111 et s., 125, 128, 130 et s., 140 et s., 157 et s., 203 et s., 243 et s., 275 et s., 287 et s., 291, 300, 306, 310, 342, 346 et s., 373, 378, 382 et s., 396 et s., 401, 416, 425, 430, 436, 437, 452, 466, 488, 500, 521 et s., 527, 532, 535, 548, 652, 657, 663 et s., 671 et s., 683 et s., 691, 711, 729
Contrôle · 10, 14, 26, 32, 37, 40, 42, 67, 70, 74, 89 et s., 115 et s., 122, 126, 129 et s., 141 et s., 160, 170, 197 et s., 241 et s., 249 et s., 264 et s., 281 et s., 315 et s., 334 et s.,

343 et s., 372, 387, 393, 398, 401 et s., 414 et s., 434 et s., 435, 446, 453, 465 et s., 470 et s., 481, 485, 488, 509 et s., 519, 544, 548, 551, 560 et s., 580 et s., 598, 617, 634 et s., 644, 651, 655, 662, 696, 724, 736
Convention de Rome · 358
Convention Européenne des Droits de l'Homme · 202, 320, 356, 595, 646 et s., 657, 677, 689, 698, 703, 722
Correspondant informatique et libertés · 212 et s., 329 et s.
Courriel / courrier électronique · 73, 179 et s., 203, 211, 227, 245, 252, 257, 259, 262, 265, 267, 269 et s., 286, 294 et s., 320 et s., 333, 385, 389, 396, 411, 443, 466, 468, 474 et s., 482 et s., 499, 502, 550, 561, 584, 653 et s., 662, 683, 691, 698, 712 et s., 718
Covoiturage · 59

D

Data Protection Officer · 212
Décision unilatérale · 626
Déconnexion · 15, 198, 310, 377, 418, 431, 441, 443, 474, 477 et s., 495 et s., 507, 561, 583
Délégués du personnel · 153, 211, 221 et s., 243, 266, 428, 479, 549 et s., 560, 561, 571, 601 et s., 626 et s., 697, 711
Dématérialisation · 13, 17, 34, 70 et s., 163, 178, 183 et s., 192, 241, 328, 334, 344, 363, 407
Démocratie · 21, 30, 157, 533 et s., 540, 587, 612, 620 et s., 628 et s., 636, 638, 645, 649, 678 et s., 684, 693, 731, 733
Dénigrement · 664, 712, 756
Dénonciation · 280, 666, 695 et s., 730
Dépendance économique · 64 et s., 90, 110, 114, 121, 129, 140, 148 et s.
Dérogação · 79, 84, 123, 326, 409, 456, 626, 677
Désintermédiation · 702, 729 et s.
Dialogue social · 3, 8, 14 et s., 72 et s., 116, 152, 157 et s., 252, 307, 408, 472 et s., 478, 503, 508, 524 et s., 532 et s., 553 et s., 571 et s., 619 et s., 668 et s., 679, 685, 690, 692, 731 et s., 737
Dictateur bienveillant · 138
Diffamation · 222, 583, 597, 666, 670, 688, 690, 704 et s.
Digital Labor · 86 et s., 638
Digital Natives · 282
Dimanche / travail dominical · 370, 385, 406, 411, 418, 455, 456, 457, 458, 477, 495, 522
Disponibilité · 17, 26, 74, 87, 376, 377, 381, 382, 400 et s., 406, 410, 443, 464, 470, 476 et s., 499, 500 et s., 522, 574, 620
Disque dur · 244, 258, 265, 269, 271, 275, 294 et s., 327, 329, 332, 654
Données de santé · 207
Données personnelles · 177, 214, 223, 254, 269
Données sensibles · 170, 305 et s., 335, 491, 492, 659, 662
Droit à l'information · 176, 489, 517, 534, 645, 649, 650,
Droit à l'employabilité · 489
Droit à l'image · 37
Droit à l'oubli · 176, 207, 247
Droit à la communication · 648
Droit à la critique · 679 et s.

Droit à la déconnexion · 431, 478 et s., 495, 507
Droit à la désobéissance · 138
Droit à la liberté d'expression · 218, 646, 663, 682 et s., 700, 722
Droit à la non disponibilité · 496 et s.
Droit à la participation · 535
Droit à la qualification professionnelle · 488
Droit à la représentation collective · 151
Droit à la réputation · 702, 703
Droit à la santé et au repos · 252 et s., 409 et s., 419 et s., 459, 476, 503, 508, 550
Droit à la vie familiale et sociale · 356, 469, 479, 508, 520
Droit à la vie privée · 173, 176, 264, 268, 331, 377, 451, 482, 498, 650, 653
Droit d'alerte · 221, 477, 599, 697, 700, 701
Droit d'auteur · 75 et s., 296, 651
Droit d'expression directe et collective · 674, 682
Droit d'opposition · 209
Droit de grève · voir grève
Durée du travail · 46, 51, 100 et s., 112, 146, 199, 232, 365, 369 et s., 375, 377, 393 et s., 401, 409 et s., 418, 452, 462 et s., 474 et s., 495 et s., 498, 507, 510, 544

E

Economie collaborative · 14, 33, 45, 55, 57 et s., 70 et s., 88, 114, 116, 124, 128, 162
Economie numérique · 18, 34, 37, 46, 54 et s., 66, 68, 78, 87, 94, 105, 122, 128, 144, 155 et s., 160 et s., 189, 227, 240, 331, 391, 476, 558, 595 et s., 600, 611 et s., 631, 639, 656, 688, 706, 724, 733, 738
E-discovery · 328
Effet Streisand · 726
Elections professionnelles · 584 et s., 611 et s., 619, 623, 628, 670
Électrohypersensibilité · 428
Employabilité · 52, 96, 487, 489, 525, 557, 562
Entrave · 694
Équilibre des pouvoirs · 563
Equipements de travail · 253, 287, 311, 423, 516
E-réputation · 172 et s., 247, 644, 675 et s., 702 et s., 711, 721, 726 et s.
Éthique · 41, 134, 246 et s., 253, 432, 498, 529, 652, 696, 699 et s., 738

F

Facebook · 14, 18, 37, 81, 87, 133, 139, 173 et s., 181, 239, 278 et s., 283, 301, 321, 322, 385, 390, 405, 411, 443, 457, 505, 595 et s., 623, 632, 643, 651, 654, 667, 675, 678, 692, 706 et s., 712 et s.
Fichier informatique · 209
Filtrage · 35 et s., 245, 303, 651
Flexibilité · 18, 42, 105, 106, 114, 120 et s., 146, 160, 309, 337, 347, 356, 359, 372, 406, 416, 454, 465, 476, 511, 519 et s., 525, 527, 530, 551, 634, 738
Fordisme · 29, 89, 96, 144
Forfait jour · 390, 397, 459, 468, 471 et s., 522
Formation · 13, 15, 30, 34, 64, 72, 131, 152, 157, 170, 221, 228, 231, 355, 392, 486 et s., 517, 521, 538 et s., 556 et s., 568 et s., 728, 753, 757, 794, 796, 820, 841 et s., 866
Forum de discussion · 717

Freelance · 45, 64, 156

G

Global Internet Freedom Act · 36

Google · 14, 18, 37, 40, 67, 87, 132 et s., 139, 165, 173, 176, 280, 401, 417, 522 et s., 623, 718

Grève · 41, 152, 265, 437, 528, 598, 632, 643, 664, 691 et s., 718

H

Hadopi · 85, 302, 770

Harcèlement · 191, 418, 430 et s., 438 et s., 484, 507, 520, 662, 666, 711

Hébergeur · 81, 583, 600

Hiérarchie · 18, 26, 32, 51, 66, 104, 123, 131, 133, 136, 139, 145, 287, 443, 485, 502, 506, 528, 642, 666, 682, 683, 686, 690, 697, 699, 712, 724, 728, 736

Horaire · 49, 63, 100, 112, 131, 304, 355, 371, 373, 376, 378, 386 et s., 393 et s., 398 et s., 411 et s., 435, 447, 452, 469, 472, 476, 482, 496, 504, 510, 519, 525, 632

Horaire collectif · 373, 376, 398, 411, 469, 472, 476, 496, 510

I

Identité · 41, 107, 136, 165 et s., 175, 180, 228, 235, 263, 336, 568, 587, 609, 614, 618, 633, 635, 644, 648, 656, 660, 687, 718, 720 et s.

Indépendant · 15, 24 et s., 45, 55, 57, 64, 68 et s., 88, 91, 101, 105 et s., 110 et s., 133, 148 et s., 154 et s., 331, 430 et s., 452, 477, 622, 633, 638, 736

Infobésité · 431 et s.

Injure · 583, 597, 670, 705 et s.

Innovation · 16, 18, 20 et s., 32, 34, 37, 42, 55, 66 et s., 74 et s., 95, 110, 124, 144, 216, 241, 253 et s., 305 et s., 340, 403, 468, 487, 513, 524, 529, 537, 541 et s., 565, 592, 620, 639, 640

Institution · 40, 53, 140 et s., 144, 160, 232, 439, 456, 548, 555, 570, 584, 694, 701, 754

Intelligence collective · 565, 601, 610, 633, 637, 644, 652, 659, 733

Intéressement · 67 et s., 626

Intérêt de l'entreprise · 121, 140 et s., 306, 327, 351, 409, 447, 454, 598

J

Journaliste · 84 et s., 98, 234, 395, 595, 664 et s., 689, 704 et s., 728

L

Lanceurs d'alerte · 696 et s.

Légitimité · 139, 149, 204, 205, 249, 558, 568, 579, 638, 708

Lettre de licenciement · 185, 188 et s., 258

Lettre recommandée (par voie électronique) · 179 et s., 188 et s.

Liberté d'expression · 35 et s., 176, 246, 439, 515, 532 et s., 581, 594 et s., 598, 600, 644 et s., 665 et s., 711 et s., 734

Libertés collectives · 29 et s.

Libertés individuelles · 26, 172, 205, 220 et s., 233 et s., 245, 264, 305, 335, 453, 520, 534, 548 et s., 587, 657 et s., 680, 697
Libre choix · 337, 383, 498, 520 et s., 649
Lieu de travail · 29, 46, 60, 89 et s., 100, 107, 125, 144, 171, 202 et s., 223 et s., 239, 245, 254 et s., 340 et s., 345, 347, 351, 353, 355, 359, 361, 364, 372, 378 et s., 386 et s., 424, 432, 446, 453 et s., 464 et s., 482, 500, 505, 514, 526, 534, 606 et s., 646, 650, 653, 659, 698, 715, 717
LinkedIn · 168, 172, 175, 247, 405, 443, 639, 675, 718
Logiciel · 32, 70, 76, 79 et s., 85, 86, 135 et s., 165, 214, 227, 243, 260 et s., 272, 275 et s., 423, 488, 546, 655
Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse · 597, 670, 695, 705 et s., 724 et s.
Loi dite travail (n°2016-1088) du 8 août 2016 · 73, 116, 159, 472, 476, 509, 525, 556, 561, 629, 643, 644
Loyauté · 251, 319, 320, 324

M

Maladies professionnelles · 422, 437, 438, 443 et s., 511
Marché de l'emploi · 163 et s.
Médias sociaux · 31, 203, 246, 247, 385, 439, 588, 595, 640, 645, 651 et s., 664, 666, 669, 673 et s., 687 et s., 704 et s., 713 et s., 722, 727, 728
Messagerie personnelle · 270 et s., 294 et s., 331 et s.
Messagerie professionnelle · 262, 270, 293, 294, 332, 480, 493, 500, 584 et s., 616, 654, 725
Mobilité · 21 et s., 101, 117 et s., 158, 238, 281 et s., 310, 316, 319, 335 et s., 370, 401 et s., 424, 444 et s., 478, 500, 520, 529 et s., 560, 637
Mondialisation · 624
Mutation du travail · 75, 411, 513

N

Name and shame · 633 et s., 738
Négociation collective · 14, 41 et s., 116, 153, 395, 409 et s., 473, 532 et s., 555 et s., 563 et s., 619, 629 et s., 639, 733
Nikon · 227, 245, 261 et s., 271, 317, 453, 653, 715
Nomade / nomadisme · 101, 295, 354 et s., 403 et s., 446, 500, 506, 692 et s.
Non-discrimination · 169, 170, 658

O

Objectifs · 17, 23, 38, 66, 68, 93 et s., 111, 115, 126, 133, 142, 144, 158, 180, 182, 204, 205, 242, 289, 306, 333, 353, 357, 374, 411 et s., 441, 487, 506 et s., 525, 543, 563, 632, 699, 703
Œuvre de l'esprit · 79
Œuvre multimédia · 80
Ordinateur · 9 et s., 58, 77, 101, 110, 120, 122, 136, 174, 224, 239, 257 et s., 261, 265 et s., 317, 331 et s., 374, 387, 390, 396, 399, 408, 423, 451, 453, 477, 480, 499, 546, 602, 612, 616 et s., 651, 654 et s., 697, 716
Ordre public · 84, 109, 115, 117, 360, 366, 368, 370, 388, 462, 472, 497, 555, 598, 646, 651, 677, 680, 722 et s.

Outil de travail · 102, 112, 256, 280 et s., 304, 311, 355, 431, 515, 528, 553
Outil personnel · 102, 281, 282, 286 et s., 334, 495, 500, 515

P

Panoptique · 130, 135, 136, 198, 253
Paradoxe de Solow · 20
Parasubordination · 127, 148, 151
Paritarisme · 623
Participation · 15, 19, 41, 43, 46, 60, 68, 71, 83 et s., 100, 141, 154, 167, 519, 521, 534, 538, 539, 540, 552, 564 et s., 611 et s., 621 et s., 638, 645 et s., 689, 693, 695, 720, 732, 737
Personal branding · 675 et s.
Plateformes · 17 et s., 24, 26, 41, 45 et s., 88, 107, 113 et s., 127, 151, 152, 255, 606, 623, 631 et s., 638, 695, 716 et s., 724, 732
Porosité du travail · 403, 443, 450, 495
Portabilité · 127, 158, 218
Portage salarial · 91, 108 et s., 128, 138, 148, 150, 623
Potentiel d'action · 52 et s.
Pouvoir de direction · 93, 95, 97, 144 et s., 198, 203, 248, 255, 294 et s., 337, 341, 353, 373, 390, 417, 670
Pouvoir disciplinaire · 243
Prescription · 37, 183, 300, 597, 710
Prestation de travail · 30, 45 et s., 84, 90, 95, 107 et s., 115, 206, 256, 273, 290, 295, 341, 343, 352, 355, 357, 383, 394, 464, 479, 496, 506, 656
Prêt temporaire de main d'œuvre · 106 et s.
Preuve · 12 et s., 63, 70, 93, 95, 130, 149, 171, 178 et s., 211 et s., 222 et s., 231, 234 et s., 243, 244, 249, 256, 260, 267, 271, 280, 298 et s., 307, 318 et s., 384, 390, 396 et s., 427, 438, 444, 446, 449, 467, 470, 482, 499, 507, 540, 548, 587, 592, 597, 653 et s., 673, 692, 704 et s., 715, 725
Prévention · 33, 66, 288 et s., 422 et s., 432 et s., 460 et s., 475, 483 et s., 510 et s., 537, 561, 562, 565, 662, 703
Principe de proportionnalité · 154, 264, 439, 524
Prise d'acte · 191 et s.
Propriété intellectuelle · 27, 40, 74 et s., 296, 302, 304, 322, 367, 585, 667
Protection sociale · 29, 33, 42, 48, 57, 89, 108, 113, 116, 119, 151 et s., 535, 625, 628
Provocation · 689, 710, 713
Pseudonyme · 644, 667, 721 et s.

R

Radiofréquence · 425 et s.
Recrutement · 16, 55, 61, 123, 163 et s., 186, 279, 306, 548, 549, 632, 644, 712
Référé
 demande de suspension du projet informatique · 221 et s., 549.
 harcèlement en ligne · 439 et s.
 mesures d'instruction · 331 et s.
Réintégration du salarié · 264
Référendum · 577, 625 et s.

Règlement intérieur · 96 et s., 140 et s., 206, 214, 241 et s., 276, 289, 293, 308 et s., 327, 390, 549, 551, 575, 602, 606, 653, 655, 658, 664, 672 et s., 681, 690
Rémunération · 33, 45 et s., 54 et s., 84 et s., 96 et s., 103, 112 et s., 123, 129, 150, 156 et s., 162, 178 et s., 221, 256, 273, 296, 312, 315, 342, 359, 371 et s., 397, 399, 467, 469, 471 et s., 507 et s., 516, 522, 538 et s., 551, 559 et s., 628, 634
Repos · 100, 157, 158, 199, 232, 235 et s., 252, 307, 338, 365, 373, 377 et s., 388 et s., 419 et s., 426, 441 et s., 450 et s., 495 et s., 503 et s., 509, 519, 522, 561, 626, 633
Représentation · 28, 51, 69, 84, 137, 151, 345, 521, 533 et s., 555 et s., 561, 578, 580, 593, 601, 610 et s., 622 et s., 632 et s., 637 et s., 642, 651, 684 et s., 690, 702, 720, 729 et s.
Représentativité · 563, 586 et s., 619, 625, 639, 733
Requalification · 70, 107, 112 et s., 116, 125 et s., 152, 377, 397, 467, 765
Réseau social interne · 81, 593, 610, 684
Réseaux sociaux · 3, 16 et s., 22, 37 et s., 48, 81, 133, 163, 168, 171 et s., 190, 197, 203, 239, 246 et s., 278 et s., 308, 311, 317, 322, 334, 338, 385, 388 et s., 404, 417, 439, 442 et s., 484, 500 et s., 514, 533, 580, 590 et s., 606, 610, 632, 639 et s., 656, 663 et s., 682 et s., 702, 704, 710 et s., 732, 737
RFID · 200, 224 et s.
Risques psychosociaux · 420, 430 et s., 438, 442, 448, 461, 480, 486, 488, 510 et s., 516, 560 et s., 565
Rupture conventionnelle · 194 et s., 441
Rythme de travail · 99, 376, 471, 503, 505

S

Safe Harbor · 213 et s.
Salaire · 45 et s., 84 et s., 111 et s., 154, 239, 349, 360, 365, 372, 386, 397, 433, 436, 632, 637, 748, 766
Salariat · 18, 24, 26, 28, 47 et s., 57, 64, 75, 78, 91 et s., 98, 102, 105 et s., 125 et s., 148 et s., 256, 450, 535, 622 et s., 736
Santé · 3, 6, 37, 72, 96, 151, 169, 170 et s., 206 et s., 211, 218, 221, 232, 240, 257, 262, 265, 284, 288, 311, 351, 356, 365, 370, 382, 384, 394, 400, 418 et s., 457, 459 et s., 503, 505, 511 et s., 522 et s., 550 et s., 565, 573, 625, 632, 634, 655, 657, 693, 697, 703
Santé mentale · 432, 437, 480, 511, 512, 551
Santé physique · 232, 288, 432, 439, 440, 552, 697
Secret des affaires · 451, 662
Secret des correspondances · 14, 202, 227, 261, 263, 270 et s., 326, 329, 332, 603, 644, 654, 714, 715
Sécurité · 5, 7, 12 et s., 25 et s., 36, 49, 62, 64, 95, 96, 98, 101, 111 et s., 128, 135, 144 et s., 183, 193, 197 et s., 204 et s., 211 et s., 221 et s., 230 et s., 242, 252, 257, 262 et s., 281 et s., 303 et s., 327, 334 et s., 351, 356 et s., 384, 419 et s., 428 et s., 460 et s., 469, 471, 474 et s., 491, 494, 506, 513, 515, 520, 526, 535, 543, 549 et s., 573, 575, 609, 615 et s., 625, 628, 632, 651, 656 et s., 660, 671, 691, 697, 703, 738
Sécurité sociale · 6, 90, 156, 158, 211, 313 et s., 361, 370, 438, 444 et s., 521, 625
Sensibilisation · 247
Service organisé · 50, 99 et s., 113
Skype · 243, 283, 714
Smartphone · 12, 22, 60, 124, 126, 231, 280 et s., 292, 298 et s., 317 et s., 379 et s., 387, 389, 396, 405, 409, 443, 478, 480, 483, 490, 495, 499, 501, 656

SMS · 181, 185 et s., 260 et s., 318, 320, 326, 334, 389, 396, 441, 474, 477, 501, 505, 653, 715
Société du jugement · 694
Subordination · 24 et s., 42 et s., 52 et s., 62 et s., 68, 74 et s., 181, 199, 203, 217, 241, 253, 256, 264, 337 et s., 343, 350, 371 et s., 381, 398, 401, 410, 416, 430, 443, 445, 452, 466, 480, 505, 621, 623, 631, 657, 663, 736, 738
Sub-organisation · 134, 149, 154
Surveillance · 38, 99, 117, 130 et s., 196 et s., 293, 302, 318, 324, 332, 336, 353, 376, 379, 395, 423, 445, 475, 481, 508, 539, 541, 548, 549, 616, 662, 696

T

Télétravail · 15, 21, 32 et s., 39, 63, 91, 101, 121, 126 et s., 204, 239, 251 et s., 281 et s., 305 et s., 341 et s., 377 et s., 387, 393, 396, 406 et s., 444 et s., 454, 463, 465 et s., 481, 489, 496, 501, 506 et s., 521 et s., 546, 557, 560, 561, 606
Temps de transports · 52, 381, 385, 386
Temps de travail · 3, 33, 37, 51, 55, 57, 63 et s., 100 et s., 117, 130, 149, 154, 205, 208, 223, 225, 230 et s., 251, 259 et s., 272 et s., 278 et s., 295, 301, 305, 338 et s., 347 et s., 369 et s., 430 et s., 543, 559 et s., 565, 586, 607, 609, 617, 621, 627, 647, 651, 660 et s., 673, 682, 686
Traitement de données · 205, 212, 216, 218, 220, 329 et s., 335, 615
Transformation numérique · 15 et s., 27, 88, 93 et s., 105, 111, 129, 130, 152, 156, 177, 477, 479, 484, 487, 491, 505, 538, 557, 561, 562, 590, 592, 594, 620, 634, 641
Transparence · 70, 135, 164, 173, 204, 208 et s., 426, 429, 537, 549, 564, 577, 599, 616, 638, 641, 652, 669, 678, 695 et s., 737
Travail à domicile · 89, 341, 342 et s., 350, 352, 445, 504, 508, 528, 529
Travail commandé · 134, 339, 342, 373 et s., 389 et s.
Travail dissimulé · 466, 635
Travail effectif · 348, 353, 372 et s., 394 et s., 400, 411 et s., 450, 465, 467, 497, 503
Travail gris · 471
Travail mobile · 101, 340, 344 et s., 347, 351 et s., 354, 377, 407 et s., 443, 520, 796
Travail sur écran · 421 et s., 504
Travailleur économiquement dépendant · 121, 151, 155
Troubles musculo-squelettiques · 420 et s., 462 et s., 504
Twitter · 79, 124, 165, 173, 279, 322, 390, 443, 595, 633, 643, 651, 667, 675, 688, 692, 718, 721, 724, 727

U

Uber · 45, 59, 60, 64, 112 et s., 116, 120, 124 et s., 135, 157, 623, 633, 638
Ubérisation · 32, 118, 593, 624, 631
Urssaf · 7, 58, 69, 92, 102, 111, 113, 116, 125, 130, 313
Usurpation d'identité · 725

V

Vie privée · 3, 26, 47, 87, 131, 136, 150, 163, 168, 172 et s., 197, 200 et s., 215, 219, 222 et s., 257, 260 et s., 293, 297 et s., 317, 325, 327, 329, 332, 336, 338, 343, 349, 370, 377, 382, 391, 395 et s., 404, 405, 407, 412 et s., 420, 434, 439, 445, 450, 451 et s., 459,

466, 475, 482, 490, 494, 502, 505, 514, 517, 523, 525, 528, 537, 551, 556 et s., 560,
587, 599, 605, 645, 647, 651 et s., 662, 675, 705, 714, 720, 722
Vidéosurveillance · 207, 210, 215, 222, 224, 233 et s., 481
Visioconférence · 164, 184 et s., 475, 607, 608
Vol · 98, 163, 242, 312, 321, 323, 436, 504, 643, 729,
Volonté du salarié · 140, 370 et s., 384, 520, 521, 522, 665
Vote · 187, 607 et s., 623 et s., 693
VTC · 7, 60, 64, 113, 125 et s., 160, 624

W

Web 2.0 · 55, 79, 119, 645, 671, 687, 722, 725, 729
Whistleblower · 696 et s.
Wifi · 285, 294, 299 et s., 317, 340, 354, 425

Y

Youtube · 283, 443

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	1
PRINCIPALES ABREVIATIONS	5
SOMMAIRE	8
<u>INTRODUCTION GENERALE</u>	<u>9</u>
<u>PARTIE 1. LES RELATIONS NUMERIQUES INDIVIDUELLES</u>	<u>44</u>
TITRE 1 L'EXISTENCE DU CONTRAT DE TRAVAIL	44
CHAPITRE 1 LA QUALIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL	45
Section 1 La rémunération de la prestation immatérielle de travail	45
I. La prestation immatérielle de travail	46
A. L'exécution de la prestation de travail	47
1) Un travail personnel	47
2) Un travail à titre professionnel	49
B. La nature de la prestation	50
1) La forme de la prestation de travail	51
2) Le « potentiel d'action » objet de la subordination du cerveau d'œuvre	52
II. La rémunération d'une prestation numérique	54
A. Le salaire, contrepartie de la prestation de travail	55
1) Le salaire, un critère nécessaire mais insuffisant	56
a. Distinguer l'économie du partage	57
b. Distinguer l'entrepreneur	62
2) Le bulletin de paie dématérialisé	69
a. Délivrance d'un bulletin de salaire	69
b. Mise en œuvre de la dématérialisation	71
B. La rétribution, contrepartie de l'inventivité	74
1) La prolifération des œuvres de l'esprit	75
a. La rémunération du salarié inventeur	76
b. La rémunération du salarié auteur sur Internet	78
i. L'originalité de l'œuvre multimédia et l'apport du salarié	79
ii. Les droits d'exploitation	83
iii. L'exception du logiciel	85
2) Une rétribution universelle	86

Section 2 La subordination numérique	89
I. Affaiblissement du lien de subordination classique	91
A. La prestation subordonnée	91
1) L'autorité de l'employeur	92
2) L'organisation du travail	98
B. Les autres prestations	105
1) Les prestations hybrides	106
a. Le prêt temporaire de main d'œuvre	106
b. L'artifice du portage salarial	108
2) La prestation indépendante	110
II. La subordination sous d'autres formes	118
A. La subordination informatique : des indépendants dirigés	120
1) Le retour des journaliers	121
2) Une nouvelle définition de la subordination	127
B. La subordination panoptique : entre liberté et surveillance	130
1) Sub-organisation collective	131
2) Échelle de subordination	137
a. Le déplacement du pouvoir de l'employeur	138
b. Une liberté accrue du salarié	142
C. Les entrepreneurs collaboratifs	147
a. La création d'un statut intermédiaire	147
b. Un socle de droits fondamentaux.	155
Conclusion chapitre	162
CHAPITRE 2 LE DROIT DE L'EXISTENCE DU CONTRAT	163
Section 1 Le marché numérique de l'emploi	163
I. La collecte des données sur le candidat	164
A. Transparence	165
B. Pertinence	167
C. Finalité	169
D. Non-discrimination	170
II. Les droits des candidats	172
A. E-réputation des candidats à l'emploi	172
B. Conservation des informations sur le candidat	175
Section 2 Conclusion et rupture électroniques du contrat	178
I. Conclusion électronique du contrat	178
A. Support électronique du contrat de travail	179

1) Recommandé par voie électronique	179
2) Preuve du contrat par tout moyen	181
B. Obligations administratives	182
II. Rupture du contrat de travail	184
A. Dématérialisation de la procédure de licenciement	184
1) Délégation de pouvoir	184
2) Convocation à l'entretien	185
3) Entretien par visioconférence	186
4) Notification du licenciement	188
B. Modalités de rupture spécifiques	189
1) Modes de ruptures à l'initiative du salarié	190
2) Modes de ruptures à l'initiative de l'employeur	192
3) Modes de ruptures d'un commun accord	194
4) Rupture en cours d'essai	195
TITRE 2 L'EXECUTION DE LA RELATION NUMERIQUE DE TRAVAIL	196
CHAPITRE 1 CONTROLE TECHNOLOGIQUE DE L'ACTIVITE DES SALARIES	197
Section 1 Droit de la surveillance numérique	198
I. Les fondements légaux	200
A. La vie privée du salarié	201
B. Conditions de mise en place d'un dispositif de surveillance des salariés	203
1) La finalité	204
2) La proportionnalité et la pertinence des données	205
3) La durée de conservation des données	206
4) La sécurité et la confidentialité des données	207
5) Le respect des droits attachés aux salariés	208
C. Les procédures	209
1) Vis-à-vis de la CNIL	210
2) Vis-à-vis du règlement sur la protection des données	217
3) Vis-à-vis des organisations représentatives du personnel	220
4) Vis-à-vis des salariés	223
II. Les principaux outils techniques de surveillance	223
A. Badges sur le lieu de travail, RFID, Biométrie	224
B. Téléphonie, systèmes d'information et messageries	226
C. Géolocalisation	229
D. Vidéosurveillance	233
E. Big Data, objets connectés et intelligence artificielle	238

III. Chartes et supports internes	241
A. Règlement intérieur	242
B. Supports internes : chartes, guides...	246
C. Documents contractuels : contrat de travail, accord d'entreprise	248
Section 2 Traitement des ressources informatiques de travail	255
I. Les ressources informatiques à la disposition du salarié	255
A. Destination professionnelle des outils informatiques de l'entreprise	256
1) Présomption du caractère professionnel	257
2) La vie privée résiduelle	261
3) Limites à la protection de la vie privée	263
B. L'usage personnel des moyens informatiques de l'entreprise	268
1) Identifier la vie privée résiduelle	268
2) Sanctions de l'usage personnel	272
a. Abus de confiance	272
b. Usage abusif	274
II. Les ressources informatiques appartenant au salarié	280
A. L'introduction des outils personnels dans l'entreprise	281
1) Définitions	282
2) Évolutions des outils de travail	284
3) Les outils personnels encadrés par le travail à distance	286
a. Formalisation à travers le télétravail	286
b. Plan de continuité d'activité	287
B. Des règles spécifiques propres à garantir la liberté du salarié	290
1) La propriété des outils	290
2) Les dangers de la confusion des outils	294
a. Messagerie personnelle	294
b. Accès au dictaphone	297
c. Matériel personnel connecté au système informatique de l'entreprise	299
d. Wifi dans l'entreprise	301
C. Encadrer l'usage des outils informatiques	304
1) Proportionnalité des restrictions	304
2) Règles de gouvernance	308
3) Le financement des outils de travail	311
4) Modalités de remboursements des outils personnels	312
Section 3 La licéité et la loyauté de la preuve	318
I. Loyauté des enregistrements	319

A.	Loyauté du salarié	320
B.	Loyauté de l'employeur	324
II.	Divulgence de données dans les procédures judiciaires	327
A.	La procédure judiciaire américaine	328
B.	Les mesures d'instruction en droit français	330
C.	L'archivage électronique	332
	CHAPITRE 2 LES NOUVELLES MANIERES DE TRAVAILLER	338
	Section 1 L'espace numérique de travail	339
I.	L'espace de travail à l'épreuve du temps numérique	340
A.	L'espace de travail du travailleur numérique	341
1)	Le travail à domicile	341
2)	Le statut du télétravailleur	344
3)	Du télétravail au travail mobile	353
B.	Compétence territoriale	357
1)	La législation applicable	358
a.	Le droit du travail	358
b.	Le régime de Sécurité sociale	361
2)	Compétence de juridiction	363
a.	Le recours au droit de l'Union	363
b.	Le recours au droit interne	365
c.	La question des clauses attributives de compétence	367
II.	Le temps de travail à l'épreuve de l'espace numérique	369
A.	La porosité des temps de travail	371
1)	Le temps de travail effectif	372
a.	Le temps du travail commandé	373
b.	La mise à disposition du temps	375
c.	L'impossibilité de vaquer librement à des occupations personnelles	378
2)	Les temps hors du temps de travail effectif	381
a.	Le temps d'astreinte	381
b.	Le temps de transports	385
c.	Le temps de pause et de repos	388
B.	Le renouvellement des temps juridiques	391
1)	L'insécurité du droit de la durée du travail	393
a.	Requalification des temps	393
b.	Le détournement du temps	398
2)	Un droit adapté au temps des réseaux	401

a.	Le nomadisme coopératif	403
b.	La disponibilité	410
c.	L'obligation de résultat	414
	Section 2 La santé dans l'environnement numérique	418
I.	Le numérique facteur de risques pour la santé	420
A.	Les effets sur la santé	421
1)	Les effets directs sur la santé	421
a.	Les troubles musculo-squelettiques	421
b.	L'exposition aux ondes	425
2)	Les effets induits sur la santé	430
a.	Le stress numérique	431
b.	L'épuisement professionnel	434
c.	Le harcèlement digital	438
B.	La porosité du travail numérique	443
1)	La législation des accidents et des maladies professionnels	444
a.	L'accident en dehors de l'entreprise	444
b.	Le régime des maladies professionnels	447
2)	La remise en cause des temps sociaux	450
a.	Sphère professionnelle et sphère personnelle	450
b.	Le repos dominical	455
II.	La protection de la santé	459
A.	En droit positif	460
1)	Le respect des temps de repos	462
a.	L'ordre public de la santé	462
i.	Le respect des temps de repos	463
ii.	Le forfait jours ne dispense pas des temps de repos	468
b.	La déconnexion des outils de communication à distance	477
2)	L'anticipation des évolutions du travail	486
a.	La sécurisation de la formation professionnelle	486
b.	La protection des données relatives à la santé	490
B.	En droit prospectif	494
1)	Le droit de l'indisponibilité	495
a.	Le repos effectif	496
b.	Le droit à la non disponibilité partielle	498
c.	Rythmes numériques	502
d.	Évaluation de la charge de travail	505

2) La reconnaissance juridique de la porosité	510
a. L'individu dans l'organisation numérique	511
b. Autonomiser le salarié	516
i. Le droit à la conciliation des temps	517
ii. Le droit à la « démobilité »	523
Conclusion partie	530

PARTIE 2. LES RELATIONS COLLECTIVES NUMERIQUES **532**

TITRE 1 LE DROIT NUMERIQUES DES INTERMEDIAIRES	534
CHAPITRE 1 LE NUMERIQUE OBJET DU DIALOGUE SOCIAL	537
Section 1 Attributions numériques des IRP	537
I. Information et consultation du CE	538
A. Consultations annuelles	539
1) Les orientations stratégiques	539
2) La situation économique et financière de l'entreprise	541
3) La politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi	542
B. Consultations ponctuelles	544
1) Introduction de « nouvelles technologies »	544
2) Mutations technologiques importantes et rapides	546
3) Contrôle de l'activité des salariés	548
II. Information et consultation du CHSCT	550
A. Compétence générale du CHSCT	550
B. Consultation spécifique sur un projet informatique	553
III. Négociation avec les syndicats	554
A. Niveau de négociation	555
B. Décentralisation de la négociation	559
Section 2 Modalités de la consultation	566
I. Les experts numériques des IRP	567
A. L'expertise numérique auprès du comité d'entreprise	568
1) L'expert technique	568
2) L'expert libre	570
B. L'expertise numérique auprès du CHSCT	570
II. La base de données économiques et sociales	571
A. Mise en œuvre	572
B. Enjeux	577
CHAPITRE 2 LE NUMERIQUE SUPPORT DU DIALOGUE SOCIAL	579

Section 1	Communications collectives électroniques	580
I.	La communication syndicale	580
A.	L'expression syndicale dans l'entreprise	581
1)	Nécessité d'un accord	582
a.	Contenu de l'accord	582
b.	Conditions d'accès des organisations syndicales	586
2)	Nécessaire adaptation du droit	588
a.	La « prudence » du Conseil constitutionnel	588
b.	Des moyens adaptés à la révolution numérique	590
B.	L'expression syndicale hors de l'entreprise	594
1)	La liberté de la communication publique	595
2)	Les limites à la liberté de publier sur Internet	597
a.	Le risque d'image	597
b.	Le risque de confidentialité	598
II.	Virtualisation des échanges des IRP	601
A.	Communication entre les IRP, les salariés, l'employeur	601
1)	Moyens d'information et de communication	602
2)	Gestion des activités sociales et culturelles	604
B.	Développer de nouveaux modes d'intervention à distance	605
1)	L'éloignement physique des salariés	606
2)	La virtualisation des réunions	607
3)	Forum d'information	609
Section 2	La représentation électronique	610
I.	Élections professionnelles par voie électronique	611
A.	Le scrutin électronique	612
1)	Nécessité d'un d'accord	613
2)	Information détaillée	614
3)	Conception et mise en place du dispositif	615
4)	Déroulement du vote	617
5)	Étendre le vote électronique	619
B.	Représenter l'entreprise étendue	620
1)	Détermination de l'électorat	620
2)	Représenter tous les travailleurs	622
II.	La fin du syndicalisme traditionnel	624
A.	La consultation directe des salariés	625
1)	Le référendum décisionnel	625

2) Le référendum consultatif	628
3) Étendre la consultation des salariés	629
B. Des collectifs décentralisés	631
1) Nouvelles formes d'action collective	631
2) Nouvelles formes de collectifs	636
TITRE 2 L'EXPRESSION DIRECTE ET COLLECTIVE DES SALARIES	641
CHAPITRE 1 LES ENJEUX DE LA LIBERTE D'EXPRESSION EN LIGNE DES SALARIES	645
Section 1 Internet, extension technique de la liberté d'expression	647
I. Le droit de l'homme à la communication	648
A. La liberté d'accès à Internet au travail	648
B. Le droit au respect de la vie sociale	652
II. L'identité des salariés en ligne	656
A. L'affirmation de sa personnalité sur Internet	656
B. La notion de trouble dans l'entreprise	658
Section 2 La confidentialité, obstacle juridique à l'expression en ligne	662
I. L'obligation de confidentialité	662
A. Obligation générale de confidentialité	663
B. Obligations de confidentialité spécifiques	664
1) Les professions réglementées	665
2) La discrétion des représentants du personnel	667
II. Négocier sa liberté d'expression	670
A. Au cours de la relation de travail	671
B. A l'issue de la relation de travail	675
CHAPITRE 2 LE DROIT A LA CRITIQUE EN LIGNE	679
Section 1 Le droit du salarié de critiquer son employeur	680
I. Le droit à la critique au sein de l'entreprise	680
A. Un droit d'expression directe et collective des salariés dépassé	681
B. Un droit d'expression numérique à construire	682
II. L'expression de critiques publiques	686
A. La liberté d'expression sur les médias sociaux	686
B. La dénonciation de faits illicites	695
Section 2 Le droit à la réputation de l'entreprise	702
I. Abus de droit	703
A. Application du droit français sur internet	704
B. Les conséquences de l'abus	707
1) Qualification pénale	707

2) Cause réelle et sérieuse de licenciement	711
II. Établir l'abus sur les médias sociaux	713
A. Le caractère public des médias sociaux	714
1) Correspondance privée en ligne	714
2) Communautés d'intérêts	718
B. Les limites pratiques	721
1) Les attaques sous pseudonyme	721
2) L'intérêt à agir	725
CONCLUSION PARTIE 2	730
<u>CONCLUSION GENERALE</u>	<u>734</u>
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	<u>739</u>
OUVRAGES	739
CHAPITRES D'OUVRAGES	752
ARTICLES DE REVUES	754
ARTICLES DE JOURNAUX	787
TRAVAUX DE MEMOIRE ET DE THESE	787
COLLOQUES	788
RAPPORTS	789
ARTICLES ENCYCLOPEDIQUES	799
PAGES CONSULTEES SUR INTERNET	801
JURISPRUDENCE	823
ACTES JURIDIQUES ET LEGISLATIFS	837
<u>INDEX</u>	<u>845</u>
<u>TABLE DES MATIERES</u>	<u>855</u>