



HAL
open science

Les systèmes d'information et la vie privée du salarié : analyse en droit européen, en droit suisse et en droit français

Valerie Berset-Bircher

► To cite this version:

Valerie Berset-Bircher. Les systèmes d'information et la vie privée du salarié : analyse en droit européen, en droit suisse et en droit français. Droit. Université de Strasbourg; Centre d'études juridiques européennes (Genève, Suisse), 2013. Français. NNT : 2013STRAA030 . tel-01080847

HAL Id: tel-01080847

<https://theses.hal.science/tel-01080847v1>

Submitted on 6 Nov 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Faculté de Droit, de Sciences politiques et de Gestion
École doctorale de Droit, Science politique et Histoire (ED 101)
UMR 7354 DRES

LES SYSTÈMES D'INFORMATION ET LA VIE PRIVÉE DU SALARIÉ

Analyse en droit européen, en droit suisse et en droit français

Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en Droit privé
Spécialité droit social
Présentée et soutenue publiquement le 6 décembre 2013 par

Valérie BERSET BIRCHER

THÈSE dirigée par :

Monsieur DE QUENAUDON René Professeur, Université de Strasbourg
Monsieur MICHEL Nicolas Professeur, Université de Genève

RAPPORTEURS :

Monsieur HOTTELIER Michel Professeur, Université de Genève
Madame NEAU-LEDUC Christine Professeur, Université Paris I, Panthéon Sorbonne

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Madame CHAPPUIS Christine Professeur et Doyenne de la faculté de droit, Université de Genève
Madame BERROD Frédérique Professeur, Université de Strasbourg

SOMMAIRE

SOMMAIRE	I
LISTE DES ABREVIATIONS	IV
INTRODUCTION GENERALE	1
PREMIERE PARTIE: L'ETUDE COMPARATIVE DU DROIT A LA VIE PRIVEE DU SALARIE	6
TITRE I. - La vie privée, un droit de l'homme du salarié	7
CHAPITRE I - La reconnaissance historique des droits de l'homme en droit du travail	8
Section 1. - L'émergence de la reconnaissance	9
Section 2. - L'affirmation de la reconnaissance	14
Conclusion du CHAPITRE I	36
CHAPITRE II - L'applicabilité du droit au respect de la vie privée entre particuliers	39
Section 1. - L'effet horizontal (Drittwirkung)	41
Section 2. - Les obligations positives	56
Conclusion du CHAPITRE II	69
Conclusion du TITRE I	73
TITRE II. - La vie privée du salarié, ses composantes	74
CHAPITRE I - La vie privée	76
Section 1. - La notion et son interprétation	76
Section 2. - Les limites et les restrictions	139
Conclusion du CHAPITRE I	152
CHAPITRE II - Les autres composantes	153
Section 1. - La vie familiale et le domicile	153
Section 2. - La correspondance	168

Conclusion du CHAPITRE II	183
Conclusion du TITRE II	186
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	187
DEUXIEME PARTIE: LA COMPARAISON DES MESURES DE MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE DU SALARIE	188
TITRE I. - La détermination des instruments	189
CHAPITRE I - Les instruments élaborés par les pouvoirs publics	190
Section 1. - Les organisations internationales et régionales	191
Section 2. - Les autorités étatiques.....	205
Conclusion du CHAPITRE I	208
CHAPITRE II - Les instruments de régulation privés.....	211
Section 1. - Les instruments élaborés unilatéralement	211
Section 2. - Les instruments négociés	222
Conclusion du CHAPITRE II.....	227
Conclusion du TITRE I.....	228
TITRE II. - La mise en œuvre des instruments	230
CHAPITRE I - L'application par les autorités de surveillance.....	231
Section 1. - La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).....	231
Section 2. - Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT)	236
Conclusion du chapitre I.....	239
CHAPITRE II - L'application dans l'entreprise	240
Section 1. - Le correspondant / Le conseiller à la protection des données...	240
Section 2. - Les institutions représentatives du personnel.....	246
Conclusion du chapitre II.....	250
Conclusion du TITRE II	252
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....	253

CONCLUSION – THESES PRINCIPALES	254
BIBLIOGRAPHIE	258
INDEX DE JURISPRUDENCE.....	284
TABLES DES MATIERES	292

LISTE DES ABBREVIATIONS

§, §§, paragr.	paragraphe(s)
& Co.	and Company
-	à
ABGB	Allgemeiner Bürgerliches Gesetzbuch
a (+ abréviation)	ancien
aff.	affaire
AG	Aktiengesellschaft
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJIL	American Journal of international law
AJP	= PJA
al.	Alinéa
AN	Assemblée Nationale
ANI	Accord sur le travail salarié
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, Berne
art.	article(s)
Art.	Artikel
ARV /DTA	Arbeitsrecht / Revue de droit du travail et assurance-chômage, Zürich
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BaKomm.	Basler Kommentar
BIT	Bureau international du travail
BKomm.	Berner Kommentar
Bull.	Bulletin
Bull. off.	Bulletin officiel
CA	Cour d'appel
CAPH	Cour d'appel du Tribunal des prud'hommes (suisse)
CASS	Cour de cassation (française)
c., c/	contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCfr.	Code civil français
CCT	Convention collective de travail
Cconst	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat (français)
CE	Commission européenne ou Communauté européenne
CEE	Comités d'entreprise européens ou Communauté économique européenne
CEDH	Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des

	droits de l'homme) (RS 0.101)
CF	Conseil fédéral
cf.	confer
ch.	chiffre
Charte DFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CF	Conseil fédéral
CFDT	Confédération générale du travail
CFE-CGC	Confédération Française de l'Encadrement - Confédération Générale des Cadres.
CFF	Chemins de fer fédéraux
CFTC	Confédération française des travailleurs chrétiens
CGPME	Confédération générale du patronat des petites et moyennes entreprises
CGT-FO	Conférence générale du travail – Force ouvrière
CGT	Confédération générale du travail, confédération syndicale française
Chron.	Chronique
CHSCT	Comité d'hygiène, de sécurité et de conditions de travail
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CN	Conseil national
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CO	LF du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations) (RS 220)
COM	Propositions législatives et autres communications de la Commission européenne au Conseil et / ou aux autres institutions et leurs travaux préparatoires
consid.	considérant
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPD	Correspondant pour la protection des données
CR-CO, CR-CC	Commentaire romand
CRID	Centre de Recherche Informatique et Droit
Cst. esp.	Constitution espagnole
Cst., Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
D.	Recueil Dalloz
DGT	Direction générale du travail (France)
DFJP	Département fédéral de justice et police
dir.	Sous la direction de
D.O.	Droit ouvrier
doc.	document
Dr. soc.	Revue de droit social

E-	electronic
éd.	Editeur(s)
EEE	Espace économique européen
ég.	également
EHRLR	European human rights law Review
EJIL	European Journal of international Law
et al.	et alii (et autres)
etc.	et caetera
et cons.	et consorts
EU	Europäische Union / European Union (= UE : Union Européenne)
FER	Fédération des entreprises romandes
F.F.	Feuille fédérale
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkte Haftung
GRI	Global reporting initiative
HTTP	Hypertext Transfert Protocole
id.	idem
Inc.	incorporated
ISO	Organisation internationale de normalisation
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts, Berne
JCP	Jurisclasseur Périodique
JdT	Journal des Tribunaux
J.O.	Journal officiel (France)
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
J.O.U.E.	Journal officiel de l'Union européenne
LAGH	Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004 (RS 810.12)
let.	lettre
LF	Loi fédérale
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loi sur la participation	Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993 (RS 822.14)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (RS 235.1)
Ltd.	limited
M.	Monsieur
MEDEF	Mouvement des Entreprises de France
MNE	Multinational Enterprises
n°	numéro
note	note de bas de page
Nr	Nummer
NSA	National Security Agency

NTIC	Nouvelles technologies de l'information et de la communication
OCDE	Organisation pour la coopération et le développement en Europe
OI	Organisation intergouvernementale
OIT	Organisation internationale du travail
ONG	Organisation non-gouvernementale
ONU	Organisation des Nations-Unies
op. cit.	opere citato (l'œuvre indiquée)
OR	= CO
ORSE	Observatoire sur la responsabilité sociale des entreprises
p.	page(s)
paragr.	Paragraphe
p. ex.	par exemple
PDF	Portable Document Format
PFPDT	Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence
PJA	Pratique juridique actuelle (= AJP)
PME	Petite et moyenne entreprise
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUR	Presses universitaires de Rennes
RDP	Revue de droit public
RDS	Revue de droit suisse (= ZSR)
RDT	Revue de droit du travail
Rec.	Recueil
réf.	référence(s)
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RGDIP	Revue générale de droit international public
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (= SZW)
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
RSE	Responsabilité sociale des entreprises
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (= SJZ)
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil (Dalloz, France)
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen (Dalloz, France)
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
s., ss	et suivant(e)(s)
SA	société anonyme

SARB	Schweizerisches Arbeitsrecht, Bâle
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
SJ	La Semaine judiciaire
SJZ	(= RSJ)
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SZW	= RSDA
T.	tome
TAF	Tribunal administratif fédéral
TCE	Traité instituant les Communautés européennes
TCEE	Traité instituant la Communauté économique européenne
TF	Tribunal fédéral
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
th.	thèse
TIC	Technologies de l'information et de la communication
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
UN	= ONU
UNGC	United Nations Global Compact
USA	Etats-Unis d'Amérique
v.	versus
vol.	volume
WWW	World Wide Web
ZGB	= CC
ZSR	= RDS

INTRODUCTION GENERALE

La notion de la vie privée est à repenser. C'est une question de société et de valeurs. La cohérence est devenue difficile à établir entre les informations partagées volontairement et le souhait de l'individu de rester protégé. La responsabilité des citoyens est engagée lorsqu'ils transmettent des données personnelles qui pourraient être utilisées à mauvais escient, même s'ils n'ont pas toujours conscience de le faire.

Il vaut la peine de protéger le droit à la vie privée et sa personnalité autant que possible, même face à des géants situés dans les Montagnes Rocheuses et capables de stocker l'ensemble des communications échangées sur la planète¹. Les limites sont à poser par le législateur, mais pas uniquement. Le citoyen doit être vigilant.

Les innovations technologiques bénéficient aux consommateurs, aux entreprises et à la société en général. Les droits fondamentaux, tels que la liberté d'information et la liberté d'entreprise, d'une part, et la protection des données ainsi que la vie privée des individus, d'autre part, se trouvent en conflit croissant.²

Les différentes étapes de l'évolution technologique correspondent à différentes organisations de la société et du monde du travail. L'organisation plutôt hiérarchique de l'entreprise, à l'époque industrielle, fait place aujourd'hui, à une organisation en réseau³. Le progrès technologique a permis de mettre en place de nouveaux systèmes de gestion, ainsi que de nouvelles formes de travail. En parallèle, les menaces pour les entreprises sont apparues démultipliées en raison de la puissance du traitement de l'information. La sécurité de l'entreprise est mise en balance avec le droit à la vie privée du salarié.

Par les technologies de l'information et de la communication, les liens juridiques, sociaux, économiques et organisationnels entre le salarié et l'employeur se sont modifiés. Les technologies portent sur de nombreux aspects ou dimensions du travail qui sont intimement liés à la personne même du salarié.

¹ Référence au centre pharaonique de données de la NSA qui se trouve dans les Montagnes Rocheuses.

² Voir conclusions de l'Avocat Général Niilo Jääskinen présentées le 25 juin 2013 dans l'affaire Google Spain, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), C-131/12.

³ PASSET René, *Des principes pour l'organisation d'une gouvernance mondiale*, in: DELMAS-MARTY et autres (éd.), *Le Monde n'a plus de temps à perdre*, LLL, Paris 2012, p.68 s.

I. Objet de l'étude

L'étude a pour objet les systèmes d'information et la vie privée du salarié. La vie privée du salarié est un droit qui doit constamment être réaffirmé ou analysé, notamment à la lumière de l'évolution des nouvelles technologies. Les divers systèmes d'information utilisés dans la relation de travail peuvent être une menace, que ce soit pour les employeurs ou les travailleurs. Cette menace est souvent provoquée par un mauvais usage du système mis en place ou sa méconnaissance.

Avec l'article 8 CEDH comme fil conducteur et source principale des réflexions, l'analyse qui suit réaffirme que le droit du travail et les droits de l'homme sont intimement liés et que l'article 8 CEDH a un véritable effet sur les relations entre travailleur et employeur.

Le thème de cette étude présente de l'intérêt à au moins deux égards:

- Premièrement, le salarié renonce très souvent au droit à sa vie privée, inconsciemment ou consciemment. Il est désarmé par rapport à un bon usage des systèmes d'information et n'a pas toujours la possibilité de se protéger.
- Deuxièmement, les employeurs ne savent souvent pas comment protéger leur sécurité, leur réputation, leur production, tout en donnant les garanties nécessaires au respect des droits du salarié. Les instruments à disposition pour mettre en œuvre la protection des données à l'intérieur de l'entreprise ne sont pas toujours adaptés ou pertinents.

Cette étude porte sur le droit à la vie privée du salarié en droit européen, en droit suisse et en droit français. Cette approche comparative procède des motifs suivants:

- 1° Le droit européen, celui du Conseil de l'Europe comme celui de l'Union européenne, influence et guide les droits nationaux que sont le droit suisse et le droit français. Même si la Suisse n'est pas membre de l'UE, le droit de la protection des données y est clairement influencé par les développements européens.
- 2° Les mesures prises en Europe, en France et en Suisse s'enrichissent les unes les autres. Certaines sont plus flexibles que d'autres et le rôle du secteur privé est plus ou moins important selon les traditions nationales.
- 3° Le caractère transfrontalier des entreprises et des informations qui circulent exige une approche comparative. Même si le droit européen est prioritaire, l'analyse se penchera aussi, lorsque cela sera pertinent, sur le droit allemand et le droit américain et leurs philosophies respectives.

II. Définitions

Le choix du terme « **systèmes d'information** » mérite une explication et une définition. Les systèmes d'information (ci-après: SI) trouvent leur origine dans plusieurs causes: une évolution technologique et une évolution organisationnelle du travail. Il s'agit d'un terme propre au monde du travail et à l'organisation d'une entreprise. Il exprime mieux les enjeux que les termes habituels de technologies de l'information⁴.

La création de réseaux de communication puissants a transformé la forme et la structure des entreprises⁵. Le développement des nouvelles technologies a provoqué des changements positifs sur le lieu de travail. Les travailleurs disposent de plus d'informations et peuvent plus facilement travailler en équipe notamment grâce aux réseaux. « Ces technologies ont des effets potentiels considérables tant pour ce qui concerne les caractéristiques structurelles et fonctionnelles de l'organisation que pour ce qui concerne les choix stratégiques liés à son insertion dans l'environnement. »⁶ Les changements ont eu lieu au niveau de l'organisation mais également au niveau des comportements.

Une entreprise, pour s'organiser, doit trouver les moyens et méthodes qui lui permettent d'acquérir, de conserver, de transmettre et de communiquer au mieux de l'information. Pendant longtemps, le choix des moyens était limité (communication orale directe, écrit manuscrit ou imprimé). Depuis le développement rapide des technologies, de nouvelles possibilités et outils existent pour la réalisation des SI.

Plusieurs définitions du SI, venant de professionnels du management et d'économistes permettent d'avoir une idée plus précise de ce qui est visé par cette étude:

- la définition de LAUDON: « Ensemble de composantes inter reliées qui recueillent de l'information, la traitent, la stockent et la diffusent afin d'aider à la prise de décision, à la coordination et au contrôle au sein de l'organisation. »⁷
- la définition de RIGAUD: « Réseau de systèmes d'information, formalisés et structurés en fonction des besoins et des possibilités de l'organisation, s'appuyant sur un système évolué de traitement des données, pour fournir à tous les managers, en temps opportun et sous une forme directement utilisable, les informations nécessaires pour la direction et la gestion de l'organisation. »⁸
- la définition de REIX: « Ensemble organisé de ressources : matériel, logiciel, personnel, données, procédures permettant d'acquérir, de traiter, stocker, communiquer des informations dans des organisations. »⁹

⁴ Les SI utilisent les technologies afin de se développer et l'évolution de l'outil (la technologie) implique l'évolution de la machine (le SI).

⁵ LAUDON Kenneth C. / LAUDON Jane P. / FIMBEL Eric / COSTA Eric, *Management des systèmes d'information*, 11^{ème} édition, Pearson Education, Paris 2010, p. 19.

⁶ REIX Robert / FALLERY Bernard / KALIKA Michel / ROWE Frantz, *Systèmes d'information et management des organisations*, 6^{ème} édition, Vuibert, Paris 2011, p. 66.

⁷ LAUDON / LAUDON / FIMBEL / COSTA, p. 18.

⁸ RIGAUD Louis, *La mise en place des systèmes d'information*, Paris 1984, p. 28.

⁹ REIX / FALLERY / KALIKA / ROWE, *Systèmes d'information et management des organisations*, 6^{ème} édition,

Les deux principaux objectifs d'un SI sont : le support des opérations et le support de gestion. Le premier correspond aux activités de l'entreprise, telles que le traitement des transactions, le contrôle des processus industriels et la bureautique. Le deuxième vise à aider les collaborateurs à prendre des décisions.

Les réseaux permettent de relier plusieurs machines afin qu'elles puissent partager des données ou des ressources. Les principaux réseaux utilisés par les entreprises sont soit Internet soit Intranet. Un bref aperçu de ces réseaux est présenté ci-dessous¹⁰:

Internet relie de nombreux réseaux entre eux: ce réseau de réseaux permet d'établir des connexions entre plusieurs millions d'ordinateurs faisant fonction de serveurs. Les serveurs contiennent des informations et assurent les opérations de consultation. Techniquement, la circulation des informations sur Internet s'effectue grâce à des protocoles, notamment les protocoles TCP/IP ; le protocole TCP fournit un système de contrôle de l'acheminement et de l'intégrité des données et le protocole IP sert à identifier les ordinateurs sur le réseau et à établir une connexion entre eux. Le réseau des réseaux donne l'accès à de nombreuses activités utilisées par les entreprises. Les outils suivants peuvent être nommés: le courrier électronique, la téléphonie IP, les groupes de discussion (forum ou news groups), la visiophonie, la téléconférence, la vidéoconférence, le téléchargement de programmes, de données, de sons, de vidéos, d'images, le partage des documents à distance, etc.

Intranet est par contre censé être hermétique à l'activité des réseaux ouverts au public; techniquement, il utilise le même protocole de communication et les mêmes applications qu'Internet¹¹.

III. Délimitations

La tâche la plus délicate est de définir le droit à la vie privée du salarié. La mise en œuvre effective de ce droit est un vaste domaine d'étude, de sorte qu'il faut d'emblée renoncer à le traiter de manière exhaustive. Les limites que nous nous imposerons sont les suivantes:

- 1° **Les limites liées à l'article 8 CEDH.** L'analyse du droit à la vie privée sera construite sur la base de l'art. 8 CEDH. Le contenu de cette disposition et le régime de restrictions (base légale, nécessité dans une société démocratique, intérêt légitime) qu'elle prévoit guideront la définition du droit à la vie privée.
- 2° **Les limites liées à l'étendue de l'analyse comparative.** Si elle s'inscrit dans une perspective comparative, cette étude n'a toutefois pas pour ambition d'être exhaustive en la matière. Les solutions adoptées par le droit européen, le droit suisse et le droit français seront au cœur de l'analyse. Les droits américain et allemand seront aussi pris en compte dans la mesure où ils offrent un apport spécifique pertinent

Vuibert, Paris 2011, p. 4.

¹⁰ Voir BALLE Francis, *Médias et sociétés : édition, presse, cinéma, radio, télévision, internet*, 16ème édition, L.G.D.J., Paris 2013.

¹¹ HOLENSTEIN Christoph, *Die Benutzung von elektronischen Kommunikationsmitteln (Internet und Intranet) im Arbeitsverhältnis*, Bern 2002, p. 6.

- 3° Les limites liées à la relation de travail.** La relation contractuelle entre employeur et salarié sera centrale, tout comme les droits et obligations des deux parties.
- 4° Les limites liées à l'usage des SI.** La notion de vie privée du salarié étant vaste, l'étude se concentrera principalement sur les conséquences que l'usage des SI a sur la relation de travail et sur la vie privée du salarié en particulier.

IV. Plan général de la thèse

La thèse comporte deux parties principales.

La **première partie** traite du droit à la vie privée du salarié. Elle débute par la reconnaissance historique des droits de l'homme en droit du travail (Titre I, Chapitre I) et traite ensuite de l'applicabilité du droit au respect de la vie privée entre particuliers (Titre I, Chapitre II).

Toujours dans la première partie, les bases de la notion de vie privée du salarié sont posées (Titre II). Le difficile équilibre entre les intérêts de l'entreprise à sauvegarder sa sécurité et ceux du travailleur à préserver son intimité est analysé. Les SI influencent la progression de la notion. L'étude de la jurisprudence et de la doctrine met en exergue les différences et les similitudes qui existent entre le droit français du travail et le droit suisse du travail.

Le contenu de l'art. 8 CEDH sera différencié selon qu'il traite de la vie privée (Titre II, Chapitre I), de la vie familiale, du domicile ou de la correspondance (Titre II, Chapitre II). Une place spéciale est accordée au cas particulier de la protection des données.

La **deuxième partie** traite des mesures de mise en œuvre de la protection de la vie privée du salarié. Les types d'instruments de régulation et leur mode d'élaboration, aux niveaux tant international que national, sont présentés. Ces instruments comprennent la législation, les accords collectifs, les instruments établis par des acteurs privés, les instruments techniques et de nouveaux instruments en développement (Titre I, Chapitres I et II).

Dans un premier temps, une vue d'ensemble des instruments élaborés par les pouvoirs publics (internationaux ou nationaux) est présentée avec les importantes révisions ou modernisations en cours. Dans un deuxième temps, les instruments élaborés par d'autres acteurs, au sein et hors de l'entreprise, sont exposés.

La mise en œuvre des instruments par les autorités de surveillance de la protection des données et par les autres acteurs internes ou externes à l'entreprise fait l'objet du titre II de la deuxième partie. Une distinction est opérée entre le rôle des autorités de surveillance (Titre II, Chapitre I) et celui des entreprises elles-mêmes (Titre II, Chapitre II). Enfin, le rôle des partenaires sociaux dans l'application des mesures de protection fait aussi l'objet de l'analyse.

PREMIERE PARTIE:
L'ETUDE COMPARATIVE DU DROIT A LA VIE PRIVEE DU
SALARIE

La première partie de cet ouvrage pose les bases de la notion de vie privée du salarié et compare son interprétation selon les systèmes juridiques européen, français et suisse. Dans un titre 1er, il sera démontré que la vie privée du salarié est un droit de l'homme. Dans un titre 2, les composantes de cette notion seront analysées une à une à la lumière de la jurisprudence. L'objectif de cette étude comparative consiste à démontrer l'évolution du droit fondamental à la vie privée du salarié, notamment en raison de l'usage des technologies de l'information.

L'article 8 CEDH est le fil conducteur et la principale source des réflexions. Il exerce des effets sur les relations entre travailleur et employeur. Son application permet de maintenir le difficile équilibre entre l'intérêt de l'entreprise à sauvegarder sa sécurité et celui du travailleur à préserver son intimité.

TITRE I. - La vie privée, un droit de l'homme du salarié

Au travers du titre premier, le choix de l'article 8 CEDH comme source de l'ensemble des réflexions sera expliqué. Dans un premier temps (Chapitre 1), les liens historiques entre droits de l'homme et droit du travail seront réaffirmés. Dans un deuxième temps (Chapitre 2), il s'agira de démontrer comment le droit de l'homme à la vie privée est applicable entre particuliers et notamment dans la relation de travail.

CHAPITRE I - La reconnaissance historique des droits de l'homme en droit du travail

L'objectif de ce chapitre est de montrer que le droit du travail a été une terre d'élection¹² pour les droits de l'homme et qu'il l'est encore aujourd'hui. Il est indissociable du contexte historique et de la situation économique et politique d'un pays.

Ce premier chapitre présentera brièvement l'histoire du droit du travail et l'influence des droits de l'homme dans son développement:

« Entre le droit du travail et les droits fondamentaux, il existe, il est vrai, une alliance, ancienne et vertueuse. [...] Les droits fondamentaux sont des compagnons de route du droit du travail, au point qu'il les a, pour ainsi dire, intériorisés. Il les a étendus, en même temps qu'il leur doit sa configuration. Dans cette alliance, c'est la démocratie même qui s'est enrichie. »¹³

Si l'on retrace les grandes époques du droit du travail, la reconnaissance des droits de l'homme s'est faite en deux temps. Dans un premier temps, de façon timide (section 1) et dans un deuxième temps, de façon affirmée (section 2).

¹² Selon le titre d'un article : VERDIER Jean-Maurice, *En guise de manifeste: le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme*, in: Les orientations sociales du droit contemporain, Ecrits en l'honneur du Professeur Jean SAVATIER, Paris 1992, p. 427-437.

¹³ LYON-CAEN Antoine, *Les droits fondamentaux en droit du travail*, in: Droits fondamentaux et modernisation du droit suisse du travail, Extraits de la journée d'étude de Movendo et de l'USS du 23 avril 2004, Dossier n° 36, Berne 2005, p. 9; ce dossier est disponible sur le site (www.sgb.ch), p. <http://www.sgb.ch/fr/f-download/05-36fd-rm-Conf040323-droit%20du%20travail.pdf>, (consulté le 5.05.06).

Section 1. - L'émergence de la reconnaissance

L'émergence de la reconnaissance des droits de l'homme dans l'ordre juridique national s'est faite de manière timide et lente¹⁴. Nous avons choisi de débiter le panorama historique à la fin du XVIIIème siècle, début XIXème, avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en France, texte essentiel au développement futur des droits de l'homme mais aussi texte qui marquera l'évolution de l'histoire (§ 1^{er}). Nous continuerons par la naissance de l'Organisation internationale du travail au début du XXème siècle, première organisation spécialisée du système des Nations Unies (§ 2).

§ 1. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et le XIXème siècle

A la fin du XVIIIème siècle et au début du XIXème siècle, en France, la société est essentiellement rurale et artisanale. En Suisse, on voit déjà l'apparition des premières fabriques et l'introduction des machines. Le chef d'entreprise prend à charge ses salariés, les loge et leur impose des règles de vie. Les travailleurs connaissent très peu, voire aucune liberté. Ils sont sous complète dépendance du patron qui lui est tout-puissant.¹⁵

C'est pourtant à la même époque qu'est proclamée la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*. La Déclaration s'inscrit « dans la lutte continue des hommes en vue de conquérir leur liberté et d'améliorer leur sort »¹⁶. Le texte n'influence pas de manière significative le droit du travail de l'époque mais son importance surgira plus tard. Dans la réalité des relations de travail, c'est le principe de subordination du travailleur qui domine et non pas celui de liberté du citoyen¹⁷. La liberté contractuelle comprend surtout l'autonomie de la volonté de s'engager ou d'obéir à autrui¹⁸. A la même époque, le Code Napoléon (1804) consacre le contrat de louage de services et le *livret ouvrier* de 1803¹⁹ qui vise à ancrer l'ouvrier dans l'entreprise²⁰. Ce livret est contraire aux idéaux de la Déclaration de 1789 car il est une « sorte de carte d'identité professionnelle, que doit présenter l'ouvrier qui change de commune et qui voudrait quitter son employeur (...) il s'agit d'une sorte de mesure de contrôle patronal et policier ». Le patron est à la fois législateur et juge²¹ et son pouvoir

¹⁴ VELU Jacques/ ERGEC Rusen, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 1990, p. 25.

¹⁵ LE GOFF Jacques, *Du silence à la parole - Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PUR, Rennes, 2004, p. 36 ss; GROBÉTY Dominique, *La Suisse aux origines du droit ouvrier : étude du rôle joué par les cantons et la Confédération suisse dans l'élaboration d'un droit ouvrier interne et international au XIXème siècle*, Zürich 1979, p. 43 ss.

¹⁶ VALTICOS Nicolas, *Nations, Etats, Régions et communauté universelle: niveaux et étapes de la protection des droits de l'homme*, in: Humanité et droit international, Mélanges René-Jean DUPUY, Paris 1991, p. 341.

¹⁷ SAVATIER Jean, *La liberté dans le travail*, in: Dr. Soc. 1990, p. 49.

¹⁸ SAVATIER, Liberté, p. 50.

¹⁹ MAZEAUD, p. 28 s. ; ce livret est une « sorte de carte d'identité professionnelle, que doit présenter l'ouvrier qui change de commune et qui voudrait quitter son employeur (...) il s'agit d'une sorte de mesure de contrôle patronal et policier »; voir également les explications de LE GOFF, p. 58 ss.

²⁰ MAZEAUD, p. 28.

²¹ LE GOFF, p. 52.

ne fait l'objet d'aucune limitation légale spécifique²². Les conditions de travail sont pratiquement fixées unilatéralement par l'employeur²³. Le travailleur n'a à son égard « que la liberté juridique et formelle de signer ou non le contrat de travail; quant au fond, il n'a aucun choix »²⁴. Cette époque inspire le commentaire suivant:

« L'ouvrier, désormais citoyen libre et livré à lui-même, ne peut que vendre sa force de travail au propriétaire des instruments de production. Désormais un contrat "librement" conclu entre patron et ouvrier détermine seul les droits et obligations de ceux-ci. L'Etat n'intervient pas. [...] Le Droit du travail a pour seul fondement la liberté contractuelle; la liberté du travail conduit ainsi à la libre exploitation du travail humain... »²⁵

Cette époque du libéralisme engendre un grand essor économique mais apporte aux travailleurs des conditions de travail insuffisantes et misérables. « Innombrables sont les témoignages et déclarations privées, les rapports officiels, venant de tous les Etats en voie d'industrialisation au XIX^{ème} siècle, qui corroborent les effets destructeurs de ce travail inhumain. »²⁶

Vers la moitié du XIX^{ème} siècle, sous la poussée du mouvement social naissant et des idées humanitaires²⁷, on assiste à un changement profond par la promulgation de lois sociales²⁸. L'Etat s'ingère « dans les relations de travail à l'encontre du libéralisme économique »²⁹. On constate en effet à cette époque que le libéralisme économique, bénéfique pour la révolution industrielle, est en train de produire de véritables ravages sociaux³⁰. C'est une confrontation entre libéralisme et socialisme qui se produit en 1848 et entre deux conceptions différentes de l'homme et de la société³¹. La question sociale devient une nouvelle préoccupation. Lors de *la révolution de 1848*, on assiste, au travers du mouvement social, à un renouvellement des droits de l'homme³² avec un « humanisme flamboyant du législateur »³³ qui met l'homme au centre de ses préoccupations. Le Préambule de la Constitution de 1848 réaffirme largement les libertés de 1789, mais au contraire de 1789, il montre un interventionnisme plus fort de l'Etat dans la prise en compte des revendications sociales. Les droits de l'homme et le

²² LE GOFF, p. 61; l'employeur peut notamment recruter et congédier qui il veut et quand il veut, cf. PÉLISSIER / AUZERO / DOCKES, *Droit du travail*, Paris 2012, p. 9 s.

²³ GEISER Thomas / MÜLLER Roland, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 2^{ème} édition, Stämpfli, Berne 2012, p. 17 s.

²⁴ ZANETTI Bernardo, *Bases et constantes des relations entre employeurs et travailleurs en Suisse*, in: *Arbeitsrecht und Sozialpolitik*, Fribourg 1984, p. 150.

²⁵ LYON-CAEN Gérard, *Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail*, in: D.O. 1951, reproduit dans D.O. 2004, p. 53.

²⁶ GROBÉTY, p. 46.

²⁷ Bataille de Solferino en 1859 et création du CICR en 1863.

²⁸ MAZEAUD, p. 30 s.; PÉLISSIER / AUZERO / DOCKES, p. 10 s.; BIT, *Dix ans d'Organisation internationale du travail*, Genève 1931, p. 5.

²⁹ MAZEAUD, p. 29.

³⁰ PÉLISSIER / AUZERO / DOCKES, p. 10 s..

³¹ TANGUE Fernand, *Le droit au travail entre histoire et utopie*, Bruxelles/Florence 1989, p. 42 s.

³² RIVERO / MOUTOUH, *Libertés publiques*, tome 1, 9^{ème} édition, Paris 2003, p. 59 ss; OBERDORFF Henri, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 4^{ème} édition, L.G.D.J, Paris 2013, p. 30.

³³ Expression utilisée par LE GOFF, p. 89.

droit du travail sont à ce moment là de l'histoire en contact très étroit car, grâce aux revendications du monde ouvrier, la reconnaissance du droit au travail est au cœur des débats³⁴. On peut donc affirmer que lors de la révolution de 1848, on a une première rencontre entre les deux domaines juridiques puisque l'esprit nouveau touche aussi bien le monde du travail que les droits de l'homme avec notamment la reconnaissance des libertés d'association, de réunion et de pétition³⁵ et des nouveaux droits économiques et sociaux³⁶. L'esprit de 1848 est pour LEBRETON: « une soif de solidarité débouchant sur la confusion du droit et de la morale, et exprimant le désir de voir enfin respectée la dignité des hommes, fussent-ils ouvriers »³⁷. Certains affirment même que cette époque est « propice à une évolution de l'idée des droits de l'homme par imprégnation »³⁸.

La parenthèse de 1848, bref réveil des droits de l'homme, sera très vite refermée mais il en restera une nette demande de reconnaissance des droits de l'homme au travail, ainsi qu'un déplacement d'une logique de police à une logique de justice³⁹. Dans la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle, la III^{ème} République « aménage dans un sens libéral les libertés individuelles, et consacre dans le même esprit les principales libertés collectives (liberté syndicale, de réunion, d'association) »⁴⁰. Par contre, les textes constitutionnels français de l'époque n'abordent plus les droits de l'homme; contrairement à ceux des pays voisins qui se dotent d'une Constitution et qui consacrent les principes fondamentaux de 1789. C'est notamment le cas de la Suisse.

Après la guerre du *Sonderbund*, en 1848, la Suisse se dote d'une Constitution. Cette date marque le début de la Confédération suisse. Cette constitution sera révisée en 1874 mais conservera la plupart des droits fondamentaux de 1848. A cette époque, comme la France, la Suisse est fortement imprégnée par le libéralisme. Le droit est marqué par une véritable législation industrielle⁴¹.

³⁴ RIVERO / MOUTOUH, p. 60; FAVOREU / GAÏA / GHEVONTIAN / MÉLIN-SOUCRAMANIEN / PENA / PFERSMANN / PINI / ROUX / SCOFFONI / TREMEAU, p. 25; LE GOFF, p. 104; pour une rétrospective de ce droit, voir: TANGUE Fernand, *Le droit au travail entre histoire et utopie*, Bruxelles/Florence 1989.

³⁵ Art. 8 de la Cst. de 1848.

³⁶ Art. 13 de la Cst. de 1848.

³⁷ LEBRETON Gilles, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 8^{ème} édition, Syrey, Paris 2009, p. 84 s.

³⁸ FAVOREU / GAÏA / GHEVONTIAN / MÉLIN-SOUCRAMANIEN / PFERSMANN / PINI / ROUX / SCOFFONI / TREMEAU, p. 25.

³⁹ LE GOFF, p. 103

⁴⁰ RIVERO / MOUTOUH, p. 62.

⁴¹ LE GOFF, p. 160; plusieurs ouvrages juridiques français de la fin du XIX^{ème} siècle traitant de la législation industrielle sont cités par: VERKINDT/BONNARD-PLANCKE, *La réception de la « question sociale » par la doctrine juridique civiliste au tournant du siècle*, in: Les acteurs de l'histoire du droit du travail, Rennes 2004, p. 27; cf. également HAKIM Nader, *Les premiers traités de législation industrielle et la jurisprudence: les ressources d'une influence doctrinale au Palais*, in: Les acteurs de l'histoire du droit du travail, Rennes 2004, p. 29-39. En 1864, dans le canton de Glaris est promulguée une nouvelle loi sur l'inspection des fabriques, qui représente « le premier code de législation industrielle adopté en Europe », cf. MAHON Pascal, *L'évolution du droit social (1874-1998) et ses perspectives*, in: Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts, Bern/Stuttgart/Wien 1998, p. 306; cf. GEISER / MÜLLER, p. 20 ss.; cf. enfin la thèse de GROBÉTY Dominique, *La Suisse aux origines du droit ouvrier : étude du rôle joué par les cantons et la Confédération suisse dans l'élaboration d'un droit ouvrier interne et international au XIX^{ème} siècle*, Zürich 1979.

Vers la fin du XIX^{ème} siècle, l'émergence du mouvement syndical a lieu tant en France qu'en Suisse. En France, par le biais de la loi de 1884 sur la liberté d'association professionnelle, le syndicalisme peut enfin s'affirmer⁴². En Suisse, en 1873, la Fédération ouvrière suisse voit le jour et sera remplacée très vite, en 1880 par l'Union syndicale suisse. La Constitution suisse de 1874 annonce, par ses articles 34 et 64, aussi bien les prémisses du droit public de protection des travailleurs⁴³ que du droit privé du travail⁴⁴. Le droit du travail est naissant en Suisse comme en France⁴⁵ avec deux faits nouveaux: la législation protectrice des travailleurs et le syndicalisme ouvrier⁴⁶.

§ 2. *La naissance de l'Organisation internationale du travail et son influence*

Sur le plan international, les droits de l'homme au travail ont été consacrés après la première guerre mondiale, dans le traité de Versailles alors que les droits de l'homme proprement dit l'ont été après la deuxième guerre mondiale, dans la Déclaration universelle de 1948 et les Pactes de 1966⁴⁷. La section XIII du Traité de Versailles de juin 1919 donne naissance à l'OIT. Un des facteurs importants de cette naissance est celui de « l'attachement à une pensée de la démocratie et une vision de l'homme énoncées dans les principes fondamentaux de la Constitution de l'organisation »⁴⁸. Le premier des fondements de l'OIT « se situe sur le plan des valeurs humanistes et réformistes de justice sociale, de dignité ainsi que de liberté de la personne humaine, indépendamment de toute considération de classe, de race et de croyance »⁴⁹. Le Préambule de la Constitution de 1919 prouve que la préoccupation de l'époque est véritablement humaine et que la condition des travailleurs exploités est de moins en moins acceptée. « Les souffrances causées par le conflit mondial ont amené les Etats à tenir compte des revendications des travailleurs en vue d'une vie meilleure. »⁵⁰ Plusieurs personnalités⁵¹ ont déclaré que la Constitution de l'OIT est « le premier texte

⁴² PÉLISSIER / AUZERO / DOCKES, p. 14 ss; voir également SUPIOT Alain, *Le droit du travail*, Que sais-je, 5^{ème} édition, Presses universitaires de France, Paris 2011, p. 58 ss.

⁴³ Principalement par la loi sur le travail dans les fabriques de 1877 qui est une des lois de l'époque, en comparaison internationale, qui protège le mieux les travailleurs de l'industrie; cf. MAHON, p. 309; VISCHER Frank, *Entwicklungen des Arbeitsrechts in der Schweiz*, in: *Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts*, Bern/Stuttgart/Wien 1998, p. 254 s; GEISER / MÜLLER, p. 20 s.; TSCHUDI Hans Peter, *Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts*, Basel/Frankfurt am Main 1987, p. 9 ss.

⁴⁴ MAHON, p. 306 s.

⁴⁵ En Suisse, le droit du travail comportait 12 articles en 1881 sous le titre onzième du Code des obligations: le louage de services; cf. MAHON, p. 310; TSCHUDI, p. 24 s. En France, les juristes sont de plus en plus nombreux à lutter pour le développement d'un véritable droit du travail démarqué du droit civil, cf. HALPÉRIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris 2001, p. 268.

⁴⁶ BRETHER DE LA GRESSAYE Jean, *Les transformations juridiques de l'entreprise patronale*, in : *Dr. soc.* 1939, p. 2.

⁴⁷ VALTICOS, *Droits de l'homme et droits du travail sur le plan international*, in: *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème} siècle*, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER, Paris 2001, p. 475.

⁴⁸ LE GOFF, p. 162.

⁴⁹ BLANCHARD Francis, *L'Organisation internationale du travail – De la guerre froide à un nouvel ordre mondial*, Paris 2004, p. 59.

⁵⁰ VALTICOS, Nations, p. 343.

⁵¹ Dont notamment Francis BLANCHARD, Directeur général de l'OIT de 1974 à 1989 et Nicolas VALTICOS, a. sous-directeur général de l'OIT et a. juge à la Cour européenne des droits de l'homme: BLANCHARD Francis, *L'Organisation internationale du travail – De la guerre froide à un nouvel ordre mondial*, Paris 2004, p.

proclamatoire des droits de l'homme »⁵² sur le plan international. Même René CASSIN, qui rédigera plus tard la Déclaration universelle des droits de l'homme, y voit la base « d'un droit commun international concernant les libertés individuelles essentielles »⁵³. L'évolution des normes internationales du travail, d'une part, et celle des droits de l'homme, d'autre part, contiennent des notions communes. Les deux catégories de droits « parlent à leur façon de liberté, de participation, d'égalité, de protection et d'épanouissement de la personne »⁵⁴. Les normes internationales du travail règlent non seulement les conditions de travail matérielles mais protègent aussi les droits fondamentaux tels que la dignité de l'homme⁵⁵. Elles visent le progrès social et l'humanisation des conditions de travail. L'histoire du droit du travail est liée à l'émergence et au développement des droits fondamentaux. « De nombreuses normes concernant le travail sont contenues tant dans les textes des Nations Unies concernant les droits de l'homme que dans les conventions de l'OIT »⁵⁶. Ainsi, l'OIT s'est clairement inspirée des droits de l'homme et elle s'est efforcée, au fur et à mesure des années, de les appliquer dans ses activités. Par cette institution, la protection des droits de l'homme a connu un progrès très sensible.

La naissance du droit international du travail a fortement influencé les droits nationaux. La Suisse et la France ont été de véritables pionniers de ce développement⁵⁷. A l'aube du XX^{ème} siècle, on voit naître le contrat de travail⁵⁸. Avec lui, le principe de subordination prend tout son sens⁵⁹. Le droit du travail en France entre « dans une phase d'affirmation de son identité propre »⁶⁰ et est codifié par la loi du 28 décembre 1910 qui institue le Code du travail⁶¹. En Suisse, les premières législations existent mais leur développement s'avère difficile, notamment à cause des deux guerres mondiales et des diverses crises économiques. En 1914, une nouvelle loi sur le travail dans les fabriques est promulguée; celle-ci subira encore plusieurs révisions⁶². La Confédération adopte un nouveau Code des obligations, le 30 mars 1911, qui remplace celui de 1881 et qui modifie profondément le chapitre relatif au contrat de travail. « Le nombre d'articles du titre y relatif, le titre dixième, passe de 12 à 44 (art. 319 à 362). A cette modification quantitative correspond un changement dans l'esprit: tout en reconnaissant le principe de la liberté contractuelle, le législateur introduit de nombreuses dispositions de droit strict, auxquelles les parties ne peuvent

57; VALTICOS, Droits de l'homme, p. 474 ss.

⁵² LE GOFF, p. 162.

⁵³ CASSIN René, *L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle*, in: La technique et les principes du droit public, Etudes en l'honneur de Georges SCHELLE, Paris 1950, p. 68.

⁵⁴ VERGE Pierre, *Droits de la personne et droit du travail*, in: Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER, Paris 2001, p. 491.

⁵⁵ TSCHUDI, p. 21.

⁵⁶ VALTICOS, Droits de l'homme, p. 477.

⁵⁷ TSCHUDI, p. 18 ss.

⁵⁸ cf. THOLOZAN Olivier, *L'apparition de la notion de contrat de travail dans les thèses des facultés de droit (1890-1901)*, in: Les acteurs de l'histoire du droit du travail, Rennes 2004, p. 59-68.

⁵⁹ cf. MÉDA Dominique, *Le travail, Que sais-je?*, 4^{ème} édition, PUF Paris 2010, p. 48; SUPIOT Alain, *Critique du droit du travail*, 1^{ère} édition Quadrige, PUF, Paris 2002, p. 112 ss.

⁶⁰ LE GOFF, p. 315.

⁶¹ Le titre II du Code du travail s'intitule: « du contrat de travail ».

⁶² GEISER / MÜLLER, p. 23.

pas déroger, cela dans le but de protéger le travailleur, partie "faible" au contrat. »⁶³ On assiste, à ce moment-là, à une modification de l'esprit du droit privé et à sa socialisation⁶⁴.

La première partie du XX^{ème} siècle est surtout marquée par les deux guerres mondiales. Entre les deux guerres, une conception marxiste des droits de l'homme se propage et les principes fondamentaux aussi bien que le libéralisme font l'objet d'une contestation forte⁶⁵. Il s'agit de l'époque malheureuse où la valeur de l'homme en tant que tel est niée; le concept de dignité humaine est rejeté⁶⁶. Les pays européens vivent diverses vagues de crise économique et les deux guerres mondiales ne sont évidemment pas propices à l'épanouissement des droits de l'homme.

Section 2. - L'affirmation de la reconnaissance

Il faudra attendre la *deuxième moitié du XX^{ème} siècle* pour voir une relance et un élargissement de la grande doctrine des droits de l'homme. En même temps, « ce demi-siècle coïncide avec l'essor et l'apogée de la société industrielle moderne »⁶⁷. Les *trente glorieuses* sont une période de grande prospérité économique. Une des questions fondamentales de cette époque est de savoir quelle place garantir à l'homme dans le monde du travail. L'entreprise se démocratise et les travailleurs participent plus à son fonctionnement. On favorise la présence de l'homme dans le processus de travail à défaut de le lui imposer⁶⁸. On passe d'un droit du travail, absorbé dans le droit de l'entreprise et de la gestion, à un droit plus protecteur du salarié. Cette époque est également marquée par un fort développement des conventions collectives⁶⁹.

En France, la Libération sera synonyme de nouvel essor du droit du travail⁷⁰, d'abord avec le Préambule de la Constitution française de 1946 qui jouera un rôle important. En effet, il jette les fondements des droits sociaux tels que le droit de grève, la liberté syndicale et le droit de négociation collective; des droits sociaux à valeur constitutionnelle sont affirmés⁷¹. Ces droits accompagnent désormais les libertés individuelles de 1789. Ensuite, la création des comités d'entreprise fait aussi partie du nouvel essor du droit du travail avec une véritable représentation collective des salariés

⁶³ MAHON, p. 313; cf. également GEISER / MÜLLER, p. 23.

⁶⁴ MAHON, p. 314.

⁶⁵ RIVERO / MOUTOUH, p. 63 ss.

⁶⁶ Idem, p. 68.

⁶⁷ LE GOFF, p. 349.

⁶⁸ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations (Du contrat de travail) du 25 août 1967 : FF 1967 II 249; cf. également WEBER-SCHERRER Margrit, *Rechtliche Aspekte der Information zwischen den Arbeitsvertragsparteien*, Schulthess, Zürich 1999, p. 2.

⁶⁹ En France avec la loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives, cf. PÉLISSIER / AUZERO / DOCKES, p. 19 s; MAZEAUD, p. 32 s.; RIVERO / SAVATIER, p. 56; et en Suisse avec la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 qui introduit dans le CO des dispositions régissant la convention collective, cf. MAHON, p. 323.

⁷⁰ PÉLISSIER / AUZERO / DOCKES, p. 18.

⁷¹ MAZEAUD, p. 32; RIVERO / SAVATIER, p. 56; SUPIOT, *Le droit du travail*, p. 33 ss.

dans l'entreprise⁷². Le Préambule a une incidence directe sur le droit du travail et consacre la participation des travailleurs à la gestion des entreprises⁷³. Ce préambule est un « compromis entre la philosophie libérale de la Déclaration de 1789 et l'approche sociale-démocrate de 1946 »⁷⁴.

C'est au milieu du XX^{ème} siècle que les droits de l'homme et le droit du travail se rencontrent à nouveau et, cette fois, de façon significative.

Les préoccupations du moment sont de donner aux salariés le sentiment d'être « traités comme des citoyens à part entière là où ils travaillent autant que là où ils résident »⁷⁵. La CFDT rappelle d'ailleurs dans ses statuts de 1964 que le salariat n'est plus incompatible avec le respect des libertés fondamentales de la personne humaine et réaffirme les droits de l'homme⁷⁶.

En Suisse également, le droit du travail moderne ne consiste plus simplement à régler la relation économique entre l'employeur et le travailleur mais aussi à protéger l'employé en tant que personne contre sa dépendance juridique et économique vis-à-vis de l'employeur⁷⁷. Il s'agit d'une protection morale du travailleur aussi bien que d'une protection de la valeur du travail humain.

Nous démontrerons que l'affirmation de la reconnaissance des droits de l'homme en droit du travail dès la moitié du XX^{ème} siècle passe tant par le développement législatif des droits de l'homme (§ 1) que par la responsabilité sociale des entreprises (§ 2).

§ 1. Le développement législatif des droits de l'homme

Dès 1945, les instruments de droits de l'homme se multiplient aux niveaux national, régional et international. Parmi les nombreux textes, on retiendra particulièrement la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et la Convention européenne des droits de l'homme de 1950. Avant l'émergence de ces deux textes fondateurs, l'OIT a joué un rôle important, voire précurseur dans le développement législatif, tout en mêlant droits de l'homme et droit du travail. Les travaux de l'OIT sont d'ailleurs annonciateurs des développements futurs. Nous nous concentrerons d'abord sur le développement international (A.) pour passer ensuite au développement régional (B.).

A. Le développement international

Sur le plan international, la Conférence générale de l'OIT a adopté en 1944 une « Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du Travail », appelée *Déclaration de Philadelphie*⁷⁸. Cette Déclaration pose le principe de

⁷² PÉLISSIER / AUZERO / DOCKES, p. 18; RIVERO / SAVATIER, p. 56.

⁷³ RIVERO / MOUTOUH, p. 74 s.

⁷⁴ OBERDORFF, p. 33.

⁷⁵ Cette citation de F. BLOCH-LAINÉ est reprise par: LE GOFF, p. 406.

⁷⁶ « Tout homme a droit d'être traité comme une personne. » (Statuts de la CFDT de 1964)

⁷⁷ ZANETTI Bernardo, *Die Funktion des Arbeitsrechts in der modernen Wirtschaft*, in: *Arbeitsrecht und Sozialpolitik*, Fribourg 1984, p. 207; REHBINDER Manfred, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 15^{ème} édition, Berne 2002, p. 21 s.

⁷⁸ La Déclaration de Philadelphie de 1944 a été incorporée dans la Constitution de l'OIT deux ans plus tard.

la primauté des objectifs sociaux et humains sur la politique économique⁷⁹. Il s'agit de la « première Déclaration internationale des droits à vocation universelle »⁸⁰. En ce qui concerne les droits sociaux et leur contenu, la Déclaration de Philadelphie élargit les objectifs de l'OIT à des domaines qui vont au-delà des seules conditions de travail; elle étend le champ d'action de l'OIT à l'ensemble du genre humain, ainsi qu'aux droits de l'homme⁸¹. Elle « préfigure la Déclaration universelle des droits de l'homme qui sera adoptée quatre ans plus tard »⁸².

La liberté et la dignité reconnues à tous les êtres humains⁸³ sont certainement l'innovation la plus marquante et le lien le plus évident entre la Déclaration de Philadelphie et la Déclaration universelle. Cette dernière érige la dignité humaine en « principe fondateur de l'ordre juridique, qui sous-tend tous les droits et principes fondamentaux »⁸⁴.

Au milieu du XX^{ème} siècle, la *Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948* consacre, au niveau international, bon nombre de droits de l'homme au travail : notamment l'interdiction de l'esclavage (art. 4), le droit à la non-discrimination (art. 7), le droit à la liberté d'association (art. 20), le droit à la sécurité sociale (art. 22), le droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage (art. 23 ch. 1), le droit à un salaire égal pour un travail égal (art. 23 ch. 2), le droit de fonder des syndicats et de s'y affilier (art. 23 ch. 4) et le droit à une limitation raisonnable de la durée du travail (art. 24). Elle contient, pour la première fois au niveau international, le droit à la vie privée, l'inviolabilité du domicile et le secret des correspondances⁸⁵, objets de notre étude. Les Pactes de 1966⁸⁶ franchiront encore une nouvelle étape de confirmation de ces droits.

Ces dispositions démontrent que les rapports étroits entre les travaux de l'OIT et les droits de l'homme ont été forgés il y a longtemps déjà⁸⁷. Les normes internationales du travail font partie intégrante des droits de l'homme⁸⁸. Les points communs existent non seulement sur un plan philosophique et normatif mais également sur un plan pratique. Les droits des travailleurs sont des droits de l'homme et très souvent, le statut des travailleurs d'un pays est un indicateur pour le statut des droits de l'homme en général⁸⁹.

⁷⁹ cf. Partie II, paragr. a) et d) de la Déclaration de Philadelphie.

⁸⁰ SUPLOT Alain, *L'esprit de Philadelphie*, Le Seuil, Paris 2010, p. 9.

⁸¹ BARTOLOMEI DE LA CRUZ / EUZÉBY, *L'Organisation internationale du Travail*, Paris 1997, p. 14 ss.

⁸² BARTOLOMEI DE LA CRUZ / EUZÉBY, p. 14 ; voir également SUPLOT, Philadelphie, p. 9 qui parle de texte pionnier et dont l'esprit se retrouve ultérieurement.

⁸³ cf. Partie II, paragr. a) de la Déclaration de Philadelphie.

⁸⁴ SUPLOT, Philadelphie, p. 22.

⁸⁵ Art. 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

⁸⁶ Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 et le Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux du 19 décembre 1966.

⁸⁷ Du même avis: VALTICOS, *Droits de l'homme*, p. 474.

⁸⁸ VALTICOS Nicolas, *Normes internationales du travail et droits de l'homme. Où en est-on à l'approche de l'an 2000?*, in: *Revue internationale du Travail*, Vol. 137 1998, p. 150.

⁸⁹ LEARY Virginia, *The Paradox of Workers' Rights as Human Rights*, in: COMPA/DIAMOND, *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*, Philadelphie 1996, p. 22; l'exemple le plus marquant de ces dernières années est celui du Myanmar.

B. Le développement régional en Europe

Le Conseil de l'Europe s'est montré actif, tant dans le domaine des droits de l'homme que dans le domaine social⁹⁰ en élaborant les textes européens que sont la Charte sociale européenne⁹¹, le Code européen de sécurité sociale⁹² et bien entendu la Convention européenne des droits de l'homme⁹³. Ces textes, à l'exception peut-être de la CEDH, ont de grandes similitudes avec les conventions de l'OIT :

« L'esprit de l'OIT souffle incontestablement sur ce droit social européen non communautaire; au demeurant les fonctionnaires du BIT ont été les principaux rédacteurs de certaines conventions du Conseil de l'Europe. Dans leur contenu, ces conventions adaptent les normes internationales du travail et de la sécurité sociale aux conditions spécifiques de l'Europe. »⁹⁴

La CEDH a eu une influence croissante sur le droit du travail. Dans les années 70, PELLOUX titrait sa contribution aux *Mélanges René CASSIN*: « L'Etude des droits de l'homme doit être interdisciplinaire »⁹⁵. Il évoquait les relations avec le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit pénal, le droit civil et le droit du travail⁹⁶. Il insistait sur le fait que le droit du travail est lui aussi interdisciplinaire puisqu'il contient tant du droit privé que du droit public⁹⁷. De son côté, les juges de Strasbourg ont affirmé que, même si la CEDH « énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social »⁹⁸. Elle « n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention »⁹⁹. La Cour a traité progressivement des questions liées aux droits des

⁹⁰ LYON-CAEN Gérard / LYON-CAEN Antoine, *Droit social international et européen*, 8^{ème} édition, Dalloz, Paris 1993, p. 144. Nous n'ignorons toutefois pas la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

⁹¹ La Charte sociale européenne a été adoptée en 1961 et révisée en 1996. La Charte révisée a été ratifiée par la France en 1999 mais la Suisse n'a pas ratifié la Charte sociale européenne de 1961, ni adhéré à la Charte sociale révisée de 1996.

⁹² Le Code européen de sécurité sociale a été conclu à Strasbourg le 16 avril 1964. Ce code a été ratifié par la Suisse et est entré en vigueur le 17 septembre 1978 (RS 0.831.104).

⁹³ La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été conclue le 4 novembre 1950 et est entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

⁹⁴ LYON-CAEN / LYON-CAEN, p. 144; par exemple, le système de contrôle de la Charte sociale européenne est similaire au mécanisme de contrôle régulier de l'OIT (art. 22 Cst de l'OIT).

⁹⁵ PELLOUX Robert, *L'étude des droits de l'homme doit être interdisciplinaire*, in: René CASSIN *amicorum discipulorumque liber IV*, Dalloz, Paris 1972, p. 9.

⁹⁶ Dans le même sens, DELMAS-MARTY Mireille, *Introduction*, in : DELMAS-MARTY M. / DE LEYSSAC C. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2^{ème} édition, Seuil, Paris 2002, p. 13: « A l'énoncé des destinataires, il est clair que les clivages traditionnels sont dépassés (droit public/droit privé, droit interne/droit international, droit des personnes/droit des biens) et que tous les domaines du droit sont concernés: des plus anciens, comme le droit civil ou le droit pénal, aux plus récents, comme le droit de l'environnement ou le droit biomédical, en passant par le droit administratif, le droit processuel, le droit international privé ou le droit des affaires. »

⁹⁷ PELLOUX, p. 14 et toujours dans cet hommage, PELLOUX rappelle que CASSIN était originairement professeur de droit privé (PELLOUX, p. 18).

⁹⁸ CourEDH, Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, req. n°6289/73, série A vol. 32, paragr. 26.

⁹⁹ CourEDH, Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, req. n°6289/73, série A vol. 32, paragr. 26.

travailleurs¹⁰⁰.

L'insertion de la CEDH dans les ordres juridiques internes s'est déroulée de manière différente, selon les pays. En effet, elle dépend « des différentes réponses que donne le droit constitutionnel de chaque Etat et la manière dont il est appliqué par les juridictions »¹⁰¹. En France et en Suisse, la CEDH est entrée en vigueur simultanément en 1974¹⁰². Même si la CEDH joue un rôle subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de protection des libertés, ses règles s'ajoutent, se superposent, complètent ou renforcent les règles nationales¹⁰³. Les solutions des Etats ne sont pas uniformes. Pour cette raison, nous présenterons de manière distincte la place de la CEDH en droit du travail français (1.) et en droit du travail suisse (2.).

1. *La CEDH et le droit du travail français*

Nous procéderons en trois temps. Tout d'abord, nous présenterons la place de la CEDH dans l'ordre juridique français en général (1°), puis dans le bloc de constitutionnalité (2°) et ensuite dans le droit du travail à proprement parler (3°).

1° Selon l'art. 55 Cst, la CEDH a une autorité supérieure à celle des lois. Elle est invoquée devant les juridictions administratives et judiciaires¹⁰⁴. La jurisprudence judiciaire¹⁰⁵ et administrative¹⁰⁶ confirme la supériorité du traité. L'art. 55 Cst accorde aux dispositions de la CEDH un effet direct, invocable devant les juridictions nationales¹⁰⁷. Depuis quelques années, le juge invoque d'ailleurs souvent la règle interne et le texte conventionnel. De même, les tribunaux français ont tendance à s'inspirer de l'interprétation donnée par la Cour de Strasbourg; la prise en considération effective du droit de la CEDH est progressive¹⁰⁸.

¹⁰⁰ PETTITI Christophe, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit social français*, in: Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Vol. II, Bruxelles 2004, p. 1284.

¹⁰¹ COHEN-JONATHAN, La place de la Convention, p. 7.

¹⁰² La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950, est entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (RS 0.101).

¹⁰³ EISSEN Marc-André, *L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme*, in: Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme: Droits et libertés en Europe: actes du colloque de Montpellier (20-21 janvier 1989), Paris 1990, p. 150; COHEN-JONATHAN Gérard, *La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français*, in: SUDRE Frédéric (dir.), *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974-1992*, Kehl/Strasbourg/Arlington 1994, p. 10.

¹⁰⁴ RIVERO / MOUTOUH, p. 79; à propos de l'article 55 Cst. voir également: COHEN-JONATHAN, La place de la Convention, p. 7; BURGELIN / LALARDRIE, *L'application de la Convention par le juge judiciaire français*, in: Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI, Bruxelles 1998, p. 112 ss.

¹⁰⁵ CASS. ch. mix., 24 mai 1975, n°73-13.556, Bull. ch. mix. n°4 p.6.

¹⁰⁶ CE, 20 octobre 1989, Nicolo.

¹⁰⁷ BURGELIN / LALARDRIE, p. 114; CASS. crim., 3 juin 1975, n°75-90.687, Bull. crim. 1975, n°141, p.382; les Conventions de l'OIT ratifiées par la France ont le même effet comme le démontre l'arrêt suivant: cf. CASS. soc., 29 mars 2006, n°04-46.499, Bull. 2006 V n° 131 p. 127.

¹⁰⁸ COHEN-JONATHAN, La place de la Convention, p. 3; voir également WACHSMANN Patrick, *Conclusions*, in: SUDRE Frédéric (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 350 s.; CE, 9 juillet 1997, n° 151064, Association EKIN.

2° La question de savoir si la CEDH fait partie du bloc de constitutionnalité français est pertinente en l'espèce puisque les lois du travail sont soumises aux normes constitutionnelles. L'influence des données d'ordre constitutionnel sur le droit du travail est un corollaire de celle de la CEDH¹⁰⁹. Selon le Conseil d'Etat, les « engagements internationaux n'ont pas, dans le droit interne, une autorité supérieure à celle de la Constitution ».¹¹⁰ Il y a ainsi des droits fondamentaux constitutionnels et des droits fondamentaux conventionnels¹¹¹. Le Conseil constitutionnel a refusé d'intégrer dans le bloc de constitutionnalité les conventions internationales, parmi elles les conventions de l'OIT et la CEDH¹¹². Toutefois, une partie de la doctrine soutient que le Conseil constitutionnel « s'est fermement engagé dans la voie de l'intégration au bloc de constitutionnalité de la Convention européenne, comme nouvelle norme de référence au regard de laquelle il exerce son contrôle »¹¹³. Une décision de 1990 soumet le législateur à l'obligation « de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »¹¹⁴. Le Conseil constitutionnel interprète la CEDH en se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹¹⁵. L'influence de la CEDH sur le Conseil existe bel et bien mais elle peut être qualifiée d'indirecte¹¹⁶ ou de potentielle¹¹⁷. « Compte tenu de la parenté de nombreux principes constitutionnels avec les dispositions de la Convention il paraît logique que le Conseil s'efforce assez largement de tenir compte, dans l'interprétation desdits principes, de la jurisprudence des organes de Strasbourg, laquelle sert de base au contrôle de conventionalité exercé par les juridictions administratives et judiciaires »¹¹⁸. Le chef du service juridique constitutionnel, lui-même, écrivait: « Le Conseil constitutionnel fait en sorte que les exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme soient de plus en plus compatibles avec celles du bloc de constitutionnalité afin

¹⁰⁹ COUTURIER Gérard, *Droit du travail*, in: DELMAS-MARTY M. / DE LEYSSAC C. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2ème édition, Seuil, Paris 2002, p. 361.

¹¹⁰ CE, 30 octobre 1998, M. Sarran, M. Levacher et autres.

¹¹¹ FAVOREU / GAÏA / GHEVONTIAN / MÉLIN-SOUCRAMANIEN / PENA / PFERSMANN / PINI / ROUX / SCOFFONI / TREMEAU, p. 84 ss.

¹¹² Cconst 74-54 du 15 janvier 1975, J.O. 16 janvier 1975, p. 671; AJDA 1975, p. 134; le bloc de constitutionnalité est composé de la Constitution de 1958, du Préambule de la Constitution de 1946, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (Cconst 71-44 du 16 juillet 1971, J.O. 18 juillet 1971, p. 7114); cf. LEBRETON, p. 140.

¹¹³ ROUSSEAU Dominique, *L'intégration de la Convention européenne des Droits de l'homme au bloc de constitutionnalité*, in: Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme: Droits et libertés en Europe: actes du colloque de Montpellier (20-21 janvier 1989), Paris 1990, p. 120; ROUSSEAU se réfère notamment à une décision du Cconst 88.1082/1117 du 21 octobre 1988, J.O. 25 octobre 1988, p. 13474.

¹¹⁴ Cconst. 89-269 du 22 janvier 1990, J.O. 24 janvier 1990, p. 973; voir le commentaire de FAVOREU / GAÏA / GHEVONTIAN / MÉLIN-SOUCRAMANIEN / PFERSMANN / PINI / ROUX / SCOFFONI / TREMEAU, p. 69 s.

¹¹⁵ GREWE Constance / RUIZ FABRI Hélène, *Le Conseil constitutionnel et l'intégration européenne*, in: RUDH 1992, p. 287: « Il est clair que la Convention européenne des droits de l'homme irrigue toutes les jurisprudences relatives aux droits fondamentaux, y compris celle du Conseil constitutionnel. »

¹¹⁶ COHEN-JONATHAN, *La place de la Convention*, p. 18 ss.

¹¹⁷ FLAUSS Jean-François, *Les incidences de la Convention européenne des Droits de l'homme sur le contrôle de constitutionnalité*, in: Petites affiches n°148, 9 décembre 1988; ROBERT J., *La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français*, in: RDP 5 1990, p. 1267.

¹¹⁸ COHEN-JONATHAN, *La place de la Convention*, p. 18.

que le contrôle de constitutionnalité qu'il exerce et le contrôle de conventionalité auquel procèdent les juges de droit commun (et même lui comme juge électoral) se combinent ou se complètent en toute sécurité juridique. »¹¹⁹ La décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004 relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe¹²⁰ a inscrit, pour la première fois, « au nombre des visas de sa décision un arrêt de la CEDH et s'y est reporté pour en déduire que le principe de la liberté religieuse, garanti par la Charte des droits fondamentaux, laquelle renvoyait à l'article 9 de la Convention européenne pour son interprétation, était conforme à la Constitution »¹²¹.

En dépit du débat selon lequel la CEDH serait ou non intégrée au bloc de constitutionnalité, dans la pratique des tribunaux, la référence aux normes constitutionnelles ainsi qu'aux normes internationales peut être directement faite. En effet, les conseils de prud'hommes, les tribunaux susceptibles de connaître des litiges du travail, les cours d'appel ainsi que la chambre sociale de la Cour de cassation se réfèrent tant au bloc de constitutionnalité qu'à la CEDH afin de dire les droits de chacun. L'applicabilité directe des normes tant constitutionnelles que conventionnelles en France permet de régir directement les rapports juridiques privés. La double référence à un traité international et à une norme constitutionnelle mérite considération et intérêt¹²². Enfin, le contrôle de conventionalité effectué par les instances administratives et judiciaires est le garant de la place de la CEDH en droit du travail français. « Les dispositions législatives et réglementaires de droit du travail se trouvent ainsi subordonnées aux normes adoptées par une convention internationale obligeant la France, et d'abord à celles qui font figure de principes. »¹²³

- 3° La CEDH peut influencer directement le droit du travail puisqu'elle fait partie de l'ordre juridique interne. Elle a un impact direct sur le droit des relations de travail¹²⁴. Il a tout de même fallu attendre la fin du XXème siècle pour qu'elle fasse sa « véritable entrée dans le droit social français »¹²⁵, entendu par là que des salariés ou des employeurs ont invoqué des dispositions de la CEDH dans les litiges relatifs au travail. Malgré cela, le droit social français comportait déjà des mécanismes internes de protection puisqu'il faut bien admettre que le droit du travail est un terrain privilégié pour la place des droits de l'homme en France. Le premier thème apparu a été celui des libertés publiques en droit du travail, notamment avec les lois Auroux de 1982¹²⁶. La jurisprudence CORONA¹²⁷ et les

¹¹⁹ FRAISSE Régis, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité des décisions juridictionnelles en 2004 et 2005*, in: (www.conseil-constitutionnel.fr), s.d., p. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/divers/documents/autorite.pdf>, (consulté le 12.04.06).

¹²⁰ Cconst 2004-505 DC du 19 novembre 2004, J.O. 24 novembre 2004, p. 19885.

¹²¹ FRAISSE Régis, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité des décisions juridictionnelles en 2004 et 2005*, in: (www.conseil-constitutionnel.fr), p. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/divers/documents/autorite.pdf>, (consulté le 12.04.06).

¹²² JEAMMAUD Antoine, *Le droit constitutionnel dans les relations du travail*, in: AJDA 1991, p. 620.

¹²³ JEAMMAUD Antoine, *Les principes dans le droit du travail*, in: Dr. Soc. 1982, p. 622.

¹²⁴ TEYSSIE Bernard, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, Lexis Nexis, Paris 2013, p. 6.

¹²⁵ PETTITI, *Influence*, p. 1283.

¹²⁶ Dont la Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, J.O. 6.08.82.

¹²⁷ CE, 1^{er} février 1980, n° 06361, Soc. Peintures Corona, concl. Bacquet, p. 310.

anciens articles L.122-35¹²⁸ et L.120-2¹²⁹ du Code du travail ont complété ces lois. Ces deux articles sont un véritable tournant; ils expriment « la philosophie du compromis fondateur de l'entreprise du XXIème siècle sur la ligne de crête entre sûreté et fonctionnalité »¹³⁰. Ils démontrent que les droits fondamentaux demeurent dans l'entreprise¹³¹. La construction juridique de ces articles est similaire aux articles de la CEDH: « la déclaration d'un droit, l'encadrement des restrictions apportées à ce droit, et le contrôle de proportionnalité laissé au juge national, comme au juge européen »¹³². Les principes de nécessité et de proportionnalité avec la référence à une société démocratique, principes de la CEDH, sont des principes dont peut s'inspirer le droit du travail¹³³. Ces avancées ont permis de développer un concept de *citoyenneté dans l'entreprise*¹³⁴. Comme le Professeur VERDIER le disait:

« Parce que la personne est une, qu'elle ne se dédouble pas à partir du moment où elle entre dans les liens de la relation de travail, qu'il n'y a pas d'un côté le citoyen et de l'autre le travailleur, ses libertés générales d'homme et de citoyen et ses libertés spécifiques de travailleur forment un tout, s'épaulent les unes les autres. »¹³⁵

Ainsi, le législateur a tenté de transformer le travailleur en « citoyen dans l'entreprise »¹³⁶. Cette réforme du début des années 80 permet de transposer les droits de l'homme dans le monde économique¹³⁷. Le rapport Auroux sera suivi, dix ans plus tard, par un autre rapport, celui du professeur Gérard LYON-CAEN sur les libertés publiques et l'emploi¹³⁸. En France, on parle plutôt de libertés publiques dans l'entreprise; ce qui doit être expliqué par rapport à la notion voisine des droits de l'homme. Comme l'exprime RIVERO, « du point de vue juridique, libertés et créances constituent, au sein de la catégorie des droits de l'Homme, deux groupes distincts »¹³⁹. Il ne s'agit ici que des libertés et non pas

¹²⁸ Extrait de l'ancien art. L.122-35: « Le règlement intérieur (...) 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 recherché. »

¹²⁹ Ancien art. L.120-2: « 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 ».

¹³⁰ LE GOFF, p. 518.

¹³¹ Pour les juristes de droit privé, moins sensibles à la théorie des droits de l'homme, c'est la théorie des droits de la personnalité qui est envisagée. Les droits de la personnalité sont les droits fondamentaux de la personne humaine. Il est intéressant de relever que l'ancien article L.122-35 du Code du travail se réfère tant *aux droits des personnes qu'aux libertés individuelles et collectives*. Cf. SAVATIER, p. 56 s.

¹³² PETTITI, Influence, p. 1286.

¹³³ VERDIER, Manifeste, p. 429 s.

¹³⁴ Cf. SUPIOT Alain, *Autopsie du « citoyen dans l'entreprise »: le rapport Auroux sur les droits des travailleurs*, in: LE CROM (dir.), Deux siècles de droit du travail, Paris 1998, p. 266 ss.

¹³⁵ VERDIER Jean-Maurice, *Quelle problématique spécifique pour les droits de l'homme dans l'entreprise?*, in: Les droits de l'homme dans l'entreprise XXe Congrès de l'I.D.E.F., Revue juridique et politique, indépendance et coopération n°3-4, Paris 1989, p. 314.

¹³⁶ MAZEAUD, p. 34.

¹³⁷ SAVATIER, p. 50.

¹³⁸ Rapport remis au ministre du Travail en 1991 et publié à La Documentation française en 1992.

¹³⁹ RIVERO Jean, *Les libertés publiques dans l'entreprise*, in: Dr. Soc. 1982, p. 422.

des créances. Les libertés publiques sont comprises dans les droits de l'homme mais pas l'inverse. Quant à l'adjectif *public*, RIVERO continue et explique que l'Etat est le seul protecteur efficace des libertés, même entre particuliers; ainsi, « la relation entre particuliers, par l'intermédiaire du juge, débouche donc nécessairement sur une relation entre le particulier et l'Etat: elle quitte la sphère du "privé" pour entrer dans celle du "public" »¹⁴⁰.

Enfin, la CEDH exerce également une influence sur les contrats de travail. Le phénomène d'application des droits de l'homme aux contrats de travail devient de plus en plus important dans les divers systèmes européens; le droit du travail français est probablement le plus avancé sur ce point¹⁴¹. Au départ, les juges de la Chambre sociale de la Cour de Cassation étaient moins préoccupés par les droits de l'homme que par l'application du droit national qui apportait des garanties aux salariés. Par la suite, la Chambre sociale a été influencée par la CEDH, en laissant même parfois filtrer une influence de la jurisprudence européenne sur ses décisions. « Au cours de ces dernières années, elle a multiplié les arrêts de principe où il est question de la liberté du travail, de la liberté de choix du domicile, du respect de la vie personnelle du salarié, etc. »¹⁴² L'article 8 CEDH est notamment un des droits qui est souvent invoqué.

Même si, contrairement à certains pays voisins, il n'existe pas de catalogue des droits de l'homme dans la Constitution française, « le mouvement est à l'enrichissement des libertés fondamentales »¹⁴³. De plus, la place donnée à la CEDH par l'article 55 Cst. permet, en cas de conflit avec la législation nationale, de trouver une solution satisfaisante si l'individu peut invoquer la Convention devant les cours nationales.

2. *La CEDH et le droit du travail suisse*

Avant de déterminer la place de la CEDH dans le droit du travail suisse (3°), il est important de comprendre comment le traité s'insère dans l'ordre juridique suisse (1°) et comment il peut être invoqué (2°).

1° La CEDH occupe un rang supérieur à celui des lois fédérales¹⁴⁴. Les droits garantis par ce traité sont sensiblement les mêmes que ceux inscrits dans la Constitution fédérale (voir art. 7 ss. Cst.). Ils lient toutes les autorités¹⁴⁵. « L'art. 5

¹⁴⁰ RIVERO, Libertés publiques, p. 422.

¹⁴¹ CRAIG John D.R., *Privacy in the Workplace and the Impact of European Convention Incorporation on United Kingdom Labour Law*, in: *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 19 n°3 1998, p. 378.

¹⁴² COUTURIER, p. 363 s.

¹⁴³ DELMAS-MARTY, Introduction, p. 13

¹⁴⁴ MALINVERNI Giorgio, *L'application de la CEDH en Suisse*, Mémoires de la Faculté de droit de Genève, vol. 49, Genève 1976, pp. 3-51; FF 1965 I 445; Office fédéral de la justice et Direction du droit international public, *Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse*, 26 avril 1989, JAAC 1989, p. 433 ss.

¹⁴⁵ Art. 35 Cst ; VILLIGER Mark E., *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Zürich 1993, p. 40; en Suisse, le contrôle est diffus, toutes les autorités qui appliquent une loi (non fédérale) sont compétentes pour en contrôler la constitutionnalité; en France et en Allemagne, un seul et même tribunal effectue un contrôle concentré. Voir également RIVIÈRE Florence, *L'intégration « paisible » de la Convention européenne des droits de l'homme en Suisse*, in : RTDH n°39 1999, p. 461-477.

al. 4 Cst. fait obligation à la Confédération et aux cantons de respecter le droit international »¹⁴⁶. Selon l'art. 190 Cst., « le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. » Même si l'interdiction de contrôler la constitutionnalité des lois fédérales est toujours prévue¹⁴⁷, la règle est toutefois interprétée ou tempérée¹⁴⁸. Depuis les années 1990, la jurisprudence l'interprète « comme n'interdisant pas au Tribunal fédéral de contrôler la conformité des lois fédérales à la Convention ni, corrélativement, de refuser d'appliquer celles de leurs dispositions qui contreviennent au droit conventionnel »¹⁴⁹. Ainsi, même si un contrôle de constitutionnalité des lois fédérales n'est pas possible, un contrôle de conventionalité se dessine.

- 2° Par un arrêt de 1975, le TF précise que, pour invoquer une disposition de la CEDH, il faut avoir épuisé les instances cantonales et que les dispositions de la CEDH ont, par nature, le caractère de droits constitutionnels¹⁵⁰. Sur un plan procédural, les recours pour violation de la CEDH sont traités de la même manière que ceux fondés sur une violation des droits constitutionnels¹⁵¹. « La richesse de la jurisprudence suisse, liée à sa capacité d'incorporer non seulement le droit conventionnel mais aussi les arrêts de la Cour de Strasbourg, en ont permis une application originale. »¹⁵² Le rôle des autorités fédérales est de mettre en conformité le droit suisse avec le droit de la CEDH¹⁵³.
- 3° Il découle de ce qui précède que la CEDH s'impose au Code des obligations (CO) et à la Loi sur le travail (LTr). Elle peut impliquer des changements ou des modifications du CC ou du CO, lorsque des violations sont constatées. Toutefois, en matière de droit du travail, la CEDH n'a eu, jusqu'à présent, qu'un rôle extrêmement limité. Ces dernières années, peu d'arrêts ont mis en évidence un lien étroit entre les droits de l'homme et le droit du travail. Seuls quelques arrêts du TF traitant de discrimination à l'embauche ou de liberté de réunion et d'association peuvent être retenus¹⁵⁴. De plus, contrairement à l'évolution

¹⁴⁶ MICHEL Nicolas, *L'imprégnation du droit étatique par l'ordre juridique international*, in : AUBERT J.F. / MÜLLER J.P. / THÜRER D., *Droit constitutionnel suisse*, Schulthess, 2001, p. 69-70. L'auteur souligne que le CF n'a pas établi de véritable règle de conflit, contrairement à certaines interprétations faites de cette disposition.

¹⁴⁷ Cf. AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, L'Etat, 3^{ème} édition, Stämpfli, Berne 2013, p. 649 ss.

¹⁴⁸ HOTTELIER Michel / MOCK Hanspeter / PUÉCHAVY Michel, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2^{ème} édition, Schulthess, Genève / Zürich / Bâle 2011, p. 29 s.

¹⁴⁹ HOTTELIER / MOCK / PUECHAVY, (2005), p. 34; l'ouvrage se réfère aux arrêts suivants: ATF 129 III 656, ATF 129 II 193, ATF 128 III 113, ATF 125 II 417, ATF 124 II 480 et ATF 4A.1/2004 du 2 juillet 2004.

¹⁵⁰ ATF 101 Ia 67; HOTTELIER / MOCK / PUÉCHAVY, (2005), p. 18.

¹⁵¹ HOTTELIER / MOCK / PUÉCHAVY, (2005), p. 18 qui fait référence aux arrêts ATF 116 Ia 433 et 117 Ia 522; le contrôle interne de l'application de la CEDH s'effectue en principe dans le cadre de tous les recours, ordinaires ou extraordinaires, institués par le droit fédéral et cantonal. Dans la plupart des cas, les dispositions de la CEDH sont invoquées par le biais d'un recours de droit public.

¹⁵² HOTTELIER / MOCK / PUÉCHAVY, (2005), p. 21 s.

¹⁵³ Voir HOTTELIER Michel, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, Lausanne 1985, p. 200. Il y a trente ans, la CEDH n'exerçait qu'une influence limitée sur la jurisprudence du Tribunal fédéral.

¹⁵⁴ ATF 131 II 361; ATF 124 I 107; ATF 129 I 113. On peut également citer l'ATF 120 II 408 concernant l'immunité d'un employeur international. D'autres arrêts citent l'art. 6 CEDH en lien avec des litiges de travail et leurs procédures : ATF 119 Ia 81 ; ATF 130 II 425.

française des années 80 avec les lois Auroux, le CO ne possède pas d'article introduisant spécifiquement les droits de l'homme au travail. Les seuls articles faisant référence, de manière indirecte, aux droits fondamentaux sont les articles 328 et 328b CO. La pénétration ou l'incorporation de la CEDH dans le droit du travail suisse pourrait encore progresser. Si progression il y a, elle aura lieu plutôt par la jurisprudence que par des modifications législatives; les modifications du CO sur le contrat de travail sont rares et difficiles.

§ 2. *La responsabilité sociale des entreprises*

La responsabilité sociale des entreprises (ci-après : RSE) trouve probablement ses origines dans les pratiques sociales d'industriels du XIX^{ème} siècle qui étaient proches de la doctrine sociale de l'Eglise catholique¹⁵⁵. La RSE « a pour objet l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leur activités économiques et à leurs relations avec les parties prenantes que sont les salariés, les actionnaires, les fournisseurs, les sous-traitants, les consommateurs ou les ONG. »¹⁵⁶

Afin de mieux comprendre en quoi le développement de la RSE rapproche les droits de l'homme du droit du travail, nous présenterons d'abord le contexte dans lequel la RSE est apparue (A.), avant de nous attarder aux motivations de l'entreprise elle-même (B.).

A. *Le contexte*

Le contexte dans lequel est apparue la RSE est celui d'une croissance d'échanges commerciaux au niveau mondial, accompagnée d'un développement technologique fulgurant et d'une flexibilité du marché du travail.

1^o Le développement des technologies et des échanges commerciaux

Aujourd'hui, les échanges se mondialisent et l'internationalisation implique une adaptation obligatoire du tissu économique et juridique¹⁵⁷. L'époque du travail à un seul endroit et du « travailleur considéré comme le prolongement de la machine »¹⁵⁸ est révolue. Le travail est organisé de manière globale puisqu'on travaille à travers le monde, au-delà des frontières géographiques et juridiques¹⁵⁹.

¹⁵⁵ DAUGAREILH Isabelle, *La responsabilité sociale des entreprises transnationales et les droits fondamentaux de l'homme au travail: le contre-exemple des accords internationaux*, in: DAUGAREILH (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant/L.G.D.J, Bruxelles 2005, p. 349. Voir également et plus critique: BERNS Thomas / DOCQUIR Pierre-François / FRYDMAN Benoît / HENNEBEL Ludovic / LEWKOWICKZ Gregory, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, Bruxelles 2007, p. 18. DE QUENAUDON René, *La doctrine sociale de l'Eglise (DSE) et la responsabilité sociale des entreprises (RSE) : premier regard, premier repérage d'un juriste*, in: *Mélanges en l'honneur de Francis MESSNER*, à paraître chez Litec, 2013.

¹⁵⁶ NEAU-LEDUC Christine, *Les accords sur la « responsabilité sociale de l'entreprise*, in : *Dr. soc.* 2008, p. 76.

¹⁵⁷ MAZEAUD, p. 38 s.

¹⁵⁸ BLANPAIN Roger, *L'avenir du droit du travail*, in: *Revue du travail*, Numéro spécial, Bruxelles 1986, p. 73.

¹⁵⁹ Parmi les termes de mondialisation, internationalisation et globalisation, il est préférable de choisir le concept de globalisation comme expliqué et défini par: CAIRE Guy, *Des normes internationales à la croisée des droits de l'homme et du droit syndical*, in: *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème} siècle*, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER, Paris 2001, p. 263 ss.

« Le développement de l'informatique, la robotisation posent aujourd'hui, qu'il s'agisse du nombre et de la nature des emplois ou de l'organisation du travail, des problèmes radicalement nouveaux qui ne peuvent trouver de solution dans des textes conçus pour d'autres modes de production. »¹⁶⁰

Par les technologies de l'information et de la communication (ci-après, TIC), les liens juridiques, sociaux, économiques et organisationnels entre le salarié et l'employeur se sont modifiés¹⁶¹. Cette prise de conscience est d'autant plus importante que les technologies « portent sur de nombreux aspects ou dimensions du travail qui sont intimement liés à la personne même du salarié »¹⁶². Les TIC offrent des possibilités intéressantes permettant une interaction plus étroite et universelle entre les frontières nationales et entre les individus¹⁶³.

2° La flexibilité

Les relations de travail ont fondamentalement changé. La réalité est celle de la flexibilité tant « interne et fonctionnelle » qu'« externe et statutaire »¹⁶⁴. La flexibilité interne comprend notamment celle du temps de travail, de l'organisation de l'entreprise, des fonctions et compétences du personnel et de la rémunération¹⁶⁵. Son application permet de s'adapter aux exigences économiques et technologiques qui évoluent constamment. La flexibilité externe comprend souvent le licenciement économique, le travail précaire ou intérim et l'externalisation (déplacements, sous-traitance, *out-sourcing*, entreprise-réseau)¹⁶⁶. Le phénomène de flexibilité externe est plus négatif que celui de flexibilité interne mais tous deux sont renforcés par les TIC. Selon les milieux syndicaux, la flexibilité amène une certaine déréglementation du droit¹⁶⁷. Selon nous, il ne faut pas se borner à opposer « le dilemme rigidité/flexibilité comme une contradiction externe entre droit social et marché ou entre règle et contrat »¹⁶⁸. L'entreprise moderne ou post-moderne se doit d'être flexible pour s'adapter aux nouveaux créneaux¹⁶⁹. Le droit du travail ne peut pas être en décalage avec la réalité et avec les changements de société. Tant les données économiques que les nouvelles technologies imposent leurs contraintes et « leurs propres logiques opérationnelles »¹⁷⁰. Le droit du travail se trouve confronté à « la conciliation entre la recherche du progrès économique et les préoccupations sociales »¹⁷¹ et

¹⁶⁰ RIVERO / SAVATIER, p. 38.

¹⁶¹ MORIN Fernand, *Nouvelles technologies et la télésubordination du salarié*, in: Relations industrielles Vol. 55 n°4, Québec 2000, p. 725.

¹⁶² MORIN, p. 726.

¹⁶³ ROY Sumit, *Globalisation, ICT and Developing Nations*, New Delhi 2005, p. 101.

¹⁶⁴ Pour plus de détails sur ces deux notions: LE GOFF, p. 485 ss.

¹⁶⁵ LE GOFF, p. 486 s.

¹⁶⁶ LE GOFF, p. 489 ss.

¹⁶⁷ MAZEAUD, p. 35; sur le phénomène de déréglementation, voir: JEAMMAUD Antoine, *Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation*, in : D.O. 1998, p. 246.

¹⁶⁸ DE MUNCK Jean, *Les trois crises du droit du travail*, in: Dr. Soc. 1999, p. 444.

¹⁶⁹ Voir l'explication sur l'opposition de deux binômes subordination/sécurité et mobilité professionnelle/instabilité: MORIN, p. 730.

¹⁷⁰ MORIN, p. 727.

¹⁷¹ RIVERO / SAVATIER, p. 60.

c'est véritablement là que se trouve l'enjeu¹⁷².

Plus une situation est flexible et instable, plus la protection des droits de l'homme est importante et utile¹⁷³. Tant les progrès technologiques et scientifiques que la globalisation ont amené une certaine idée de déshumanisation. La dignité humaine est mise en danger par les effets de la mondialisation et de la financiarisation de l'économie¹⁷⁴.

Dans ce contexte de développement fulgurant des TIC et de flexibilité du travail, il est devenu nécessaire de trouver un nouveau cadre moins traditionnel d'action et de nouveaux moyens de faire respecter les droits de l'homme dans l'entreprise. Même si l'idée des droits de l'homme est aujourd'hui largement répandue, elle souffre encore d'un manque d'efficacité¹⁷⁵. Plusieurs internationalistes reconnaissent qu'une érosion des droits de l'homme et de la protection sociale menace¹⁷⁶.

« Devant le risque, qui n'est pas à exclure, d'un monde sans véritable loi, d'Etats nouveaux sans réelle assistance, de travailleurs sans protection substantielle et, plus généralement, d'hommes, de femmes et d'enfants abandonnés à leur sort, voici que les droits fondamentaux de l'homme et les normes internationales du travail, manifestement menacés, prennent, une fois de plus, toute leur signification. »¹⁷⁷

Il s'agit de trouver quel système permettra à l'avenir d'assurer la préservation et la promotion des droits de l'homme dans le secteur privé¹⁷⁸. Les difficultés résident dans « le caractère de plus en plus transfrontière de l'entreprise et le défaut d'uniformité des règles applicables »¹⁷⁹. Des solutions modernes doivent être acceptées et mises en place afin de chercher à faire converger les intérêts individuels des salariés et des patrons. La globalisation exige de remanier les questions critiques sur le rôle des institutions étatiques et des acteurs non étatiques pour orienter le changement économique et politique¹⁸⁰. Le droit du travail devrait idéalement devenir un instrument de coopération des agents économiques ayant des objectifs différents mais pour qui « le respect de certaines règles revêt un intérêt commun »¹⁸¹. L'entreprise doit prendre ses

¹⁷² Cet enjeu n'est pas nouveau et l'équilibre doit constamment être recherché comme le disait déjà BLANPAIN, 79: « L'équilibre, entre le social et l'économique, est et doit à nouveau être recherché, défini et redéfini également au niveau européen et mondial. »

¹⁷³ On peut d'ailleurs se référer au principe européen de flexicurité qui permet d'accompagner la flexibilité par la sécurité sociale.

¹⁷⁴ ROBERT-DEMONTROND Philippe, *La gestion des droits de l'homme*, Rennes 2006, p. 13.

¹⁷⁵ FAVOREU / GAÏA / GHEVONTIAN / MÉLIN-SOUCRAMANIEN / PENA / PFERSMANN / PINI / ROUX / SCOFFONI / TREMEAU, p. 43 ss.

¹⁷⁶ DUPUY René-Jean, *Le dédoublement du monde*, in: RGDIP publ.1996, p. 313-321; FLORY Maurice, *Mondialisation et droit international du développement*, in: RGDIP publ.1997, p. 609-633.

¹⁷⁷ VALTICOS, RIT 1998, p. 163.

¹⁷⁸ ROBERT-DEMONTROND, p. 13.

¹⁷⁹ COHEN-JONATHAN Gérard, *Progrès technique et droits de l'homme: conclusion*, in: RTDH n° 54 2003, p. 725.

¹⁸⁰ ROY, p. 100; cf. également CLAPHAM, p. 4; THOMAS Caroline, *International Financial Institutions and social and economic rights: an exploration*, in: EVANS (éd.), *Human Rights Fifty Years On: A reappraisal*, Manchester 1998, p. 163.

¹⁸¹ ICARD Julien, *L'impact des NTIC au sein des entreprises post-industrielles*, in: Cahiers Sociaux du Barreau

responsabilités, « en plaçant l'innovation technique au service de l'innovation sociale et en lui donnant ainsi son véritable sens (...) miser sur l'homme »¹⁸². Ceci d'autant plus que les entreprises internationales ont un certain pouvoir, si ce n'est un pouvoir certain. Comme le disait Chris PATTEN en parlant de globalisation: « *With power comes responsibility.* »¹⁸³ Les sociétés multinationales, capables de déplacer des opérations et des processus autour du monde, exercent une force puissante d'homogénéisation globale des standards économiques, sociaux, et environnementaux¹⁸⁴. Elles deviennent des acteurs importants au niveau national et international et elles sont en mesure d'influencer l'action étatique. En outre, les États eux-mêmes ont tendance à transférer des tâches aux privés. La libéralisation des marchés sur le plan mondial a entraîné une plus grande transparence mais aussi une plus grande responsabilité des multinationales.

C'est dans ce contexte qu'est apparue la RSE.

B. *Les motivations*

Les entreprises qui doivent s'adapter à plusieurs contextes et plusieurs cultures ont un intérêt à se responsabiliser vis-à-vis des droits de l'homme. Tous les acteurs économiques ont d'ailleurs intérêt à se responsabiliser. Cette prise de conscience est probablement à l'origine du développement du « droit autonome », issu de pratiques et de procédures internes des grandes entreprises¹⁸⁵. L'Etat à lui seul ne peut plus garantir l'effectivité des droits de l'homme; les autres partenaires de la société doivent aussi jouer leur rôle. Comme le dit SUPIOT:

« La loi et l'Etat ne sont séparés ni des forces économiques, ni de la vie sociale. Ils influencent et sont influencés par elles. Les lois qui ne prennent pas en compte les circonstances économiques et sociales deviennent inapplicables. Et réciproquement, dans le monde contemporain, l'Etat fixe un cadre juridique sans lequel un ordre socio-économique ne saurait exister. »¹⁸⁶

La RSE correspond aux diverses attentes économiques et éthiques des entreprises. Pourtant, il faut tenter de comprendre pourquoi une entreprise mettrait les droits de l'homme à égalité avec ses intérêts commerciaux et économiques. Trois raisons peuvent être évoquées : l'invitation du droit international (1.) ; l'influence régionale et nationale (2.) ou les exigences du marché (3.).

de Paris n°178 2006, p. 109.

¹⁸² CHAMPEAUX Jacques / BRET Christian, *La Cyberentreprise : 10 clés pour une approche intégrale des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans l'entreprise*, Dunod, Paris 2000, p. 40.

¹⁸³ PATTEN Chris, *Globalisation and the Law*, in: EHRLR 2004, p. 6-13; cet avis est partagé par: VIEIRA DE MELLO Sergio, *Leader to Leader*, in: New Academy Review Vol. 2 n°4 2003, p. http://www.unglobalcompact.com/docs/news_events/9.5/bshop_unhchr.pdf. (consulté le 31.08.2013)

¹⁸⁴ MONTGOMERY David, *Labor Rights and Human Rights A Historical Perspective*, in: COMPA/DIAMOND, *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*, Philadelphia 1996, p. 15.

¹⁸⁵ JAVILLIER Jean-Claude, *Le droit du travail en temps réel?*, in: Semaine sociale Lamy n°575, 18 novembre 1991, p. 3.

¹⁸⁶ SUPIOT Alain, *Transformations du travail et devenir du droit du travail: une prospective européenne*, in: Revue internationale du Travail, Vol. 138 n°1 1999, p. 44.

1. *L'invitation du droit international*

C'est d'abord sur le plan international que s'est développée la notion de RSE¹⁸⁷. Le débat entre économie et droits de l'homme a grandi au fur et à mesure des années¹⁸⁸. Divers instruments ont été développés ou révisés. Nous nous attarderons uniquement aux quelques instruments reconnus et de large portée. Nous ne détaillerons pas les nombreuses initiatives sectorielles ou multipartites¹⁸⁹. Nous présenterons ci-après les instruments jugés les plus significatifs, ceux développés par les organisations internationales et par l'organisation internationale de normalisation : 1°) Le Pacte Mondial (*UN Global Compact*) ; 2°) Les Lignes directrices de l'ONU relatives aux entreprises et aux droits de l'homme ; 3°) Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales de l'OIT et 4) Le standard ISO 26000 sur la responsabilité sociétale des entreprises et des organisations.

1° Le Pacte Mondial (*UN Global Compact*)

En 1999, lors du Forum de Davos, le Secrétaire Général des Nations Unies annonçait l'initiative « *Global Compact* »¹⁹⁰ qui devenait réalité en 2000. Cette initiative a été menée en coopération avec les acteurs internationaux - entreprises économiques, organisations non-gouvernementales, syndicats, organisations internationales et États. Il s'agissait d'une nouvelle forme de partenariat et de la première initiative de ce genre qui se réclamait d'autant d'universalité et de légitimité¹⁹¹. Le Secrétaire Général des Nations Unies était convaincu que l'intégration des valeurs universelles dans les marchés globaux et les pratiques d'entreprise aideraient largement les buts sociaux¹⁹². Les entreprises ont été invitées à favoriser, dans leurs différentes pratiques et en soutenant les règles publiques, la promotion de procédures de « *fair business* »¹⁹³.

Le Pacte Mondial demande aux entreprises d'observer dix principes universels dans quatre secteurs: les droits de l'homme, le respect des principes et droits fondamentaux au travail, l'environnement, et la lutte contre la corruption.

¹⁸⁷ Pour une vision complète, voir : SCHNEUWLY Anne Mirjam, *Corporate Social Responsibility an der Schnittstelle von Wirtschaft, Recht und Politik*, thèse, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2012, p. 44 ss.

¹⁸⁸ AGNU, A/HRC/17/31, *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, John Ruggie, p. 3, para 1.

¹⁸⁹ Par exemple : l'initiative pour la transparence dans les industries extractives (ITIE), le processus de Kimberley ou des processus multipartites concernant la pêche, la sylviculture et la production de matières premières comme le café, le coton ou l'huile de palme (Marine Stewardship Council (MSC); Forest Stewardship Council (FSC); Association 4C (industrie du café); Better Cotton Initiative (BCI); Table ronde sur la production durable de l'huile de palme (RSPO), etc.

¹⁹⁰ Nations Unies, *United Nations Global Compact*, in: (www.unglobalcompact.com), 27.04.06; la page francophone: p. <http://www.un.org/french/globalcompact/index.html>, (consulté le 31.08.13).

¹⁹¹ KELL Georg, *Corporate Citizenship: Defining the New Responsibilities*, in: (www.unglobalcompact.com), Londres 2000, p. http://www.unglobalcompact.com/NewsAndEvents/articles_and_papers/remarks_on_gc_chatam_house_london.html, (consulté le 27.04.06).

¹⁹² LEISINGER Klaus M., *Business and Human Rights, Human Rights: A Business Duty?*, in: KIRSCHLÄGER et al. (éd.), *Menschenrechte und Terrorismus*, Berne 2004, p. 54; le Prof. LEISINGER est devenu en 2005 Conseiller Spécial du Secrétaire Général des Nations Unies concernant le Global Compact.

¹⁹³ Idem.

L'initiative encourage le dialogue constant entre tous les milieux intéressés et fonctionne comme une véritable plateforme.

Selon les défenseurs de cette initiative, les principes servent de valeur de base aux codes de pratique internes. Les puristes souhaiteraient avoir le plus rapidement possible un système de sanctions pour les entreprises qui ne respectent pas la responsabilité sociale. La réalité est tout autre. Le respect des droits de l'homme passe bien, dans un premier temps, par une volonté de changement et une mise en place de pratiques et de ressources permettant ce changement¹⁹⁴. Le plus grand danger du Pacte Mondial consiste dans le fait que cette initiative ne se fonde que sur la base du volontariat de la part des entreprises. « Aucun mécanisme de contrôle extérieur et indépendant n'est prévu pour vérifier la bonne application de ses principes; les entreprises peuvent en conséquence se borner à une souscription symbolique à celui-ci, sans qu'aucun changement réel et conséquent n'intervienne dans leurs comportements. »¹⁹⁵ Au-delà même de la problématique du système de contrôle, les entreprises peuvent utiliser cette initiative pour des raisons de marketing sans opérer de changement de fond.

En janvier 2003, pour corriger quelque peu le tir, le Pacte Mondial a introduit une nouvelle disposition sur la communication sur le progrès¹⁹⁶. « Cette disposition demande aux sociétés participantes de communiquer avec leurs parties prenantes (consommateurs, employés, syndicat, actionnaires, médias, pouvoirs publics, etc.), chaque année, sur les progrès accomplis dans l'intégration des principes du Pacte mondial, en utilisant leur rapport annuel, rapport de développement durable ou autres rapports public, leur site web ou autres moyens de communication. »¹⁹⁷ L'objectif de cette communication vise l'amélioration de la transparence et de la responsabilité des entreprises participantes. Si elles ne transmettent pas ces informations, les entreprises peuvent être rayées de la liste des participants.¹⁹⁸ Dans ce processus de transparence, elles sont encouragées à rédiger leurs rapports sur le développement durable selon les indicateurs de performance du *Global Reporting Initiative* (GRI)¹⁹⁹.

¹⁹⁴ FUSSLER Claude, *Responsible Excellence Pays!*, in: Journal of Corporate Citizenship n° 16 2004, p. 34.

¹⁹⁵ ROBERT-DEMONTROND, p. 136 s.

¹⁹⁶ UNGC, *Directives du Pacte Mondial pour la « communication sur le progrès »*, in : (www.unglobalcompact.org), 17.06.09, p. http://www.unglobalcompact.org/docs/languages/french/cop_guidelines_french.pdf (consulté le 31.08.13).

¹⁹⁷ UNGC, p. http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/communication_progres.html (consulté le 31.08.13).

¹⁹⁸ UNGC, *Directives du Pacte Mondial pour la « communication sur le progrès »*, in : (www.unglobalcompact.org), 17.06.09, p. http://www.unglobalcompact.org/docs/languages/french/cop_guidelines_french.pdf, § 1.3, (consulté le 31.08.13).

¹⁹⁹ Site du GRI, p. <https://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx> (consulté le 31.08.2013).

2° Les Lignes directrices relatives aux entreprises et aux droits de l'homme²⁰⁰

En 2003, au sein des Nations Unies, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme a élaboré un projet de « Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises »²⁰¹ qui prévoyait l'établissement d'obligations directes pour les entreprises. Ces normes couvraient de nombreux domaines et notamment, la protection générale de la personnalité et la protection de la vie privée²⁰². La Sous-Commission a transmis ce projet en 2003 à la Commission des droits de l'homme qui n'a pas accepté ce document comme ayant force légale. L'accueil vis-à-vis du projet de normes n'a pas été très positif; certains gouvernements, les milieux économiques et même les fédérations syndicales internationales ont refusé le texte²⁰³. Il s'en est suivi un débat conflictuel.

Le 20 avril 2005, la Commission des droits de l'homme a adopté une résolution sur « Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises »²⁰⁴ qui demandait au Secrétaire général « de désigner, pour une période initiale de deux ans, un représentant spécial chargé de la question "Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises", qui soumettrait à la Commission des droits de l'homme un rapport intérimaire, à sa soixante-deuxième session, et un rapport final, à sa soixante-troisième session»²⁰⁵. Le Représentant spécial nommé, John RUGGIE, a été le seul à réussir à aboutir, non pas à des normes contraignantes, mais à des principes directeurs basés sur un cadre conceptuel qui reprend trois principes : « l'obligation de protéger incombant à l'Etat lorsque des tiers, y compris des sociétés, portent atteinte aux droits de l'homme ; la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme ; et la nécessité d'un accès plus effectif à des mesures de réparation »²⁰⁶. RUGGIE a fait preuve de pragmatisme en intégrant toutes les parties prenantes à la consultation. Entre 2005 et 2011, il a réussi à passer du débat conflictuel à une concertation globale et à un résultat qui comprend des mesures volontaires et légales (ce qu'il appelle le « *smart mix* »).²⁰⁷

²⁰⁰ Egalement appelés les Principes Ruggie.

²⁰¹ Résolution de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme RES/2003/16, doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003), adopté le 13 août 2003.

²⁰² Cf. point 12 de la Résolution de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme RES/2003/16, doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003), adopté le 13 août 2003.

²⁰³ SERVAIS Jean-Michel, *Normes internationales du travail et responsabilité sociale des entreprises*, in: Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS, Genève 2004, p. 577.

²⁰⁴ Résolution RES/2005/69 du 20 avril 2005, doc. ONU E/CN.4/2005/L.10/Add.17.

²⁰⁵ Résolution RES/2005/69 du 20 avril 2005, point 1; le représentant spécial nommé par Kofi ANNAN est le Prof. John RUGGIE.

²⁰⁶ Conseil des droits de l'homme, Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement, doc. A/HRC/8/5, 07.04.2008, p. 1. Ces trois principes sont souvent résumés comme suit : « to protect, to respect, to remedy ».

²⁰⁷ Conseil des droits de l'homme, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, doc. A/HRC/17/31, 21.03.2011, p. 3-6.

Les Lignes directrices ont atteint un large consensus et elles donnent des pistes aux acteurs pour mettre en œuvre la RSE :

« La contribution des Principes directeurs sur le plan normatif ne consiste pas à créer de nouvelles obligations juridiques internationales mais à préciser les conséquences découlant des normes et pratiques existantes pour les États et les entreprises ; à intégrer ces normes et pratiques dans un seul modèle de portée globale qui soit logiquement cohérent ; à recenser les cas où le régime en vigueur se montre insuffisant ; et à voir comment il convient de l'améliorer. »²⁰⁸

Ces principes permettent une certaine harmonisation dans le développement de la RSE. Étant donné les trois piliers que les principes contiennent, ils s'adressent tant aux États qu'aux entreprises.

3° Les Principes directeurs de l'OCDE et la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT

Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, révisés en 2000 et en 2011 ainsi que la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT, révisée en 2000²⁰⁹ (ci-après : Déclaration sur les MNE), sont des instruments normatifs importants. Le premier prévoit une procédure d'application via des points de contact nationaux. Le deuxième prévoit une procédure pour l'examen des différends en cas de divergence quant à l'interprétation des dispositions de la Déclaration.²¹⁰ Les textes de l'OCDE et de l'OIT ont tous les deux le statut de déclarations gouvernementales de principe, prises au plus haut niveau.

Ils dépendent, pour leur mise en œuvre, de la coopération volontaire des multinationales et des partenaires sociaux. La portée de ces instruments reste faible. L'OCDE a su revoir ses principes en fonction de l'évolution de la RSE, alors que l'OIT perd du terrain.

En 2011, l'OCDE a procédé à une révision de ses Principes directeurs en élargissant le champ des domaines visés. Ils concernent aujourd'hui dix chapitres thématiques : principes généraux (par ex. le devoir de diligence), publication des informations, droits de l'homme, normes du travail, protection de l'environnement, lutte contre la corruption, protection des consommateurs, transfert de savoir et de technologie, règles de la concurrence, fiscalité. Les innovations de 2011 ont porté principalement sur l'introduction d'un chapitre sur les droits de l'homme et une prise en compte des « Principes RUGGIE » ainsi que sur des améliorations visant la procédure.

²⁰⁸ Conseil des droits de l'homme, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, doc. A/HRC/17/31, 21.03.2011, p. 5, § 14.

²⁰⁹ Cette Déclaration a été adoptée par le Conseil d'administration du Bureau international du Travail à sa 204^e session (Genève, novembre 1977), et amendée par le Conseil à sa 279^e session (Genève, novembre 2000). Pour plus de détails sur cette déclaration, voir: SERVAIS, p. 576.

²¹⁰ Cf. la présentation détaillée de ces deux systèmes: CLAPHAM, p. 201 ss.

Du côté de l'OIT, la situation est autre. Pendant que le traditionnel système de contrôle des conventions internationales du travail et des droits de l'homme de l'OIT est en crise, il est très difficile d'imaginer des améliorations au processus de mise en œuvre de la Déclaration tripartite pour les MNE. ALSTON avait imaginé des extensions aux nouveaux acteurs comprenant les sociétés multinationales et ceux qui promulguent des codes de conduite en amenant ces groupes, par des idées créatives, à des relations nouvelles avec l'OIT²¹¹. On pourrait ajouter à la remarque d'ALSTON que les ONG devraient également être intégrées dans ces relations nouvelles avec l'OIT, sans remettre en question le tripartisme traditionnel. Or, face à ces idéaux, la réalité est toute autre. Depuis plusieurs années, des réflexions ont lieu sur l'amélioration possible du suivi de cette Déclaration, sans succès. La seule nouveauté a été la création d'un « *help desk* » qui vise à fournir des informations aux entreprises ou autres acteurs qui s'intéressent à la RSE et à la Déclaration²¹². Les récentes discussions du Conseil d'administration du BIT ont une nouvelle fois reporté l'examen de la mise en place du mécanisme de suivi. Dès lors, depuis plusieurs années, les enquêtes faites auprès des gouvernements sur le suivi de la Déclaration sur les MNE sont suspendues²¹³.

4° ISO 26000

La RSE a suscité des vocations dans d'autres organisations non gouvernementales. En effet, l'Organisation internationale de normalisation a développé, via sa méthode de fabrication des standards très systématique²¹⁴, un standard ISO 26000 sur la responsabilité sociétale des entreprises et des organisations. Il s'agit de lignes directrices et non pas d'un standard habituel soumis à certification. Ce catalogue publié en 2010 permet de « clarifier la notion de responsabilité sociétale, d'aider les entreprises et les organisations à traduire les principes en actes concrets, et de faire connaître les meilleures pratiques en matière de responsabilité sociétale. Elle vise les organisations de tous types, quelle que soit leur activité, leur taille ou leur localisation. »²¹⁵ Il s'agit d'une sorte de définition catalogue de ce qu'est la RSE. La norme couvre 7 thèmes : la gouvernance de l'entreprise, les normes du travail, les droits de l'homme, la protection de l'environnement, la lutte contre la corruption, les questions relatives aux consommateurs, la contribution au bien-être commun, la formation et la culture²¹⁶. Selon les besoins, les acteurs peuvent y trouver des réponses utiles. Ces lignes directrices extrêmement denses permettent aux entreprises qui

²¹¹ ALSTON Philip, *Facing up the complexities of the ILO's core labour standards agenda*, in: EJIL Vol. 16 n°3 2005, p. 495.

²¹² <http://www.ilo.org/empent/areas/business-helpdesk/lang--fr/index.htm>: « Le Helpdesk du BIT est un service d'assistance gratuit et confidentiel destiné aux entreprises qui veulent aligner leurs opérations commerciales avec les normes internationales du travail et favoriser le développement des relations industrielles positives au sein de l'entreprise. »

²¹³ BIT, Document du Conseil d'administration, GB/317/POL/8.

²¹⁴ Après cinq ans de négociations (ce qui est beaucoup pour un standard ISO) n'intégrant pas uniquement les sociétés nationales de normalisation mais aussi des représentants de gouvernements, d'ONG, de l'industrie, de consommateurs, etc.

²¹⁵ (www.iso.org)

²¹⁶ ISO, Découvrir ISO 26000, p. http://www.iso.org/iso/fr/discovering_iso_26000.pdf, (consulté le 31.08.13).

ne connaissent rien de la RSE et qui souhaitent s'engager dans ce domaine de trouver quelques pistes²¹⁷.

2. *L'influence régionale et nationale*

1° En Europe

En 2011, la CE a établi une nouvelle stratégie de RSE, intégrant les développements intervenus sur le plan international, pour une période allant de 2011 à 2014²¹⁸. Cette stratégie vise notamment à incorporer les Principes RUGGIE et particulièrement le pilier « protéger ». La Commission apporte ainsi une nouvelle définition de la RSE comme étant : « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société ». Le changement réside principalement dans le fait que le terme volontaire ne figure plus dans la définition. La définition est plus large puisqu'elle ne vise pas uniquement le social et l'environnemental mais les effets sur la société. Il ne s'agit toutefois pas d'une révolution. Cette approche européenne, même si elle n'a aucun effet juridique, a le mérite d'insister sur les quelques idées suivantes :

- elle rappelle les instruments internationalement reconnus et pertinents ;
- la nature multidimensionnelle de la RSE ;
- le rappel que « la RSE se développe sous l'impulsion des entreprises elles-mêmes »²¹⁹.

Cette dernière idée est un certain rappel de l'approche volontaire mais avec quelques nuances. On peut dire que la Commission adopte une approche mixte qui intègre timidement le « *smart mix* » de RUGGIE avec un mélange de mesures volontaires et de mesures légales²²⁰. La Commission insiste aussi sur la flexibilité nécessaire afin de permettre aux entreprises d'adopter, en fonction de leur situation ou de leur secteur, l'approche la mieux adaptée.

2° En France

En France, les actions en matière de RSE ont été en grande partie législatives. Les dispositifs contraignants sont accompagnés de mécanismes institutionnels favorisant la concertation et, tout particulièrement, le dialogue social. L'ensemble vise à organiser un cadre légal et institutionnel de la RSE. Parallèlement à une succession de mesures législatives²²¹ coexistent des

²¹⁷ Voir DAUGAREILH Isabelle, *L'ISO à l'assaut du social : risques et limites d'un exercice de normalisation sociale*, in : DAUGAREILH I., *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles 2010, p. 582.

²¹⁸ Commission européenne, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période de 2011-2014*, COM (2011) 681, 25 novembre 2011, voir http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/_getdocument.cfm?doc_id=7010, (dernière consultation le 30 novembre 2011).

²¹⁹ Commission européenne, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période de 2011-2014*, COM (2011) 681, 25 novembre 2011, p. 9.

²²⁰ « Les pouvoirs publics devraient avoir un rôle de soutien en combinant intelligemment des mesures politiques facultatives et, le cas échéant, des dispositions réglementaires complémentaires, afin par exemple de favoriser la transparence, de créer des mécanismes de marché qui incitent à une conduite responsable des affaires, et de responsabiliser les entreprises. » COM (2011) 681.

²²¹ Parmi les lois, on peut citer un décret de 1977 qui avait déjà défini des mesures et indicateurs à utiliser dans

mécanismes complémentaires²²². La France est le premier pays à avoir imposé aux entreprises cotées en bourse un rapport sur leur manière d'assumer leur responsabilité sociale. Elle a également développé une série de dispositions en faveur de l'investissement socialement responsable. Il est intéressant également de mentionner les activités des entreprises françaises et des syndicats par rapport au développement de la RSE²²³. Outre le fait que certaines entreprises concluent des partenariats avec des ONG pour les accompagner dans la mise en œuvre de la RSE, un certain nombre d'entreprises, de sociétés, d'organisations syndicales, d'institutions et d'ONG ont créé en 2000 un Observatoire sur la Responsabilité Sociétale des Entreprises (ORSE)²²⁴. Cet observatoire a pour but de collecter, analyser et faire connaître des informations sur la RSE et sur l'investissement socialement responsable, en France et à l'étranger et de créer un réseau d'acteurs intéressés par la RSE²²⁵.

3° Aux Etats-Unis

Aux Etats-Unis, ces dernières années, des sociétés multinationales ont été rendues co-responsables de certains effets négatifs de la globalisation, tels que le chômage, des violations des droits de l'homme ou des catastrophes écologiques²²⁶.

Récemment, une législation californienne a retenu l'attention des spécialistes : « *the 2010 California Transparency in Supply Chains Act* » qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2012 et qui oblige les entreprises qui répondent à certaines exigences préliminaires de divulguer leurs efforts pour éradiquer l'esclavage et la traite des êtres humains dans leurs chaînes d'approvisionnement. En d'autres termes, les entreprises qui divulguent publiquement des informations concernant leurs efforts visant à éradiquer la traite et l'esclavage de leurs chaînes d'approvisionnement permettent aux consommateurs de choisir la société avec laquelle ils feront des affaires²²⁷.

les bilans sociaux, document exigé de toutes les entreprises employant plus de 300 personnes; l'article 14 de la loi de mars 2001 réformant le code des marchés publics qui autorise la prise en compte de considérations sociales et environnementales dans les critères d'attribution des contrats; la loi sur les nouvelles régulations économiques, dite loi NRE, (J.O n° 113 du 16 mai 2001 page 7776) qui fait obligation aux sociétés, dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, de rendre compte dans leur rapport de gestion de la manière dont elles prennent en compte les conséquences environnementales et sociales de leur activité.

²²² On peut citer notamment la création d'un Conseil National du développement durable en 2003, de l'Agence française du développement (www.afd.fr) qui a inscrit la RSE comme axe de sa pratique financière. Parallèlement, l'Association Française de Normalisation (AFNOR) a produit un guide méthodologique SD 21000 - Développement durable - Responsabilité sociétale des entreprises - et poursuit des travaux sur la RSE; cette association vient de publier un accord qui prévoit l'application de SD 21000 aux collectivités territoriales (www.afnor.fr).

²²³ A noter la publication d'un guide RSE par le MEDEF en 2012.

²²⁴ (www.orse.org)

²²⁵ Idem.

²²⁶ SEGER Paul, *Neue Tendenzen im Bereich internationaler Unternehmensverantwortung*, in: RSDIE 2005, p. 460 s. L'auteur cite *Doe v. Unocal devant US Court of Appeals for the Ninth Circuit et Sosa v. Alvarez Machain*, décision de la Cour suprême américaine (*Doe v. Unocal corp.*, 395 F.3d 932, 942-43, 9th cir. 2002). Des décisions de la Cour suprême américaine sont pendentes dans l'affaire : *Kiobel v. Royal Dutch Shell Petroleum* (pour en savoir plus, voir : <http://cja.org/article.php?id=1093>).

²²⁷ Pour plus d'informations, voir : Fair Labour Association, *The 2010 California Transparency in Supply*

Avec les législations qui se mettent en place aux Etats-Unis ou dans la région européenne, les entreprises n'ont pas d'autre choix que de respecter les exigences de la RSE, qui ne sont plus basées sur la volonté mais sur le droit.

3. *Les exigences du marché*

L'internationalisation des chaînes d'approvisionnement et la pression des consommateurs et des autres acteurs poussent progressivement les entreprises à s'engager pour un meilleur respect des droits de l'homme en adoptant des mesures de RSE.

Les consommateurs et les acteurs du commerce international sont de plus en plus exigeants quant au respect des principes et des droits fondamentaux des travailleurs tels que la liberté d'association et le droit de négociation collective, l'élimination du travail forcé, l'abolition du travail des enfants, l'interdiction de la discrimination en matière d'emploi et de profession, la protection sociale et la sécurité du travail. Ils le sont aussi par rapport à la traçabilité des produits.

Conclusion du CHAPITRE I

La reconnaissance historique des droits de l'homme en droit du travail a émergé de manière forte par la naissance de l'OIT au début du XX^{ème} siècle et s'est épanouie dès la deuxième moitié du XX^{ème} siècle par le développement international et régional.

Le droit du travail, tout comme les droits de l'homme, s'est enraciné dans la prise en considération de la **dignité de chaque être humain**²²⁸. « L'universalité des droits et libertés postule que la personne humaine constitue la pierre angulaire de toute société: la personne humaine est le principe, le sujet et la fin de toute vie sociale. »²²⁹ La dignité humaine n'est pas seulement le fondement de la théorie des droits de l'homme²³⁰ mais elle est aussi la base du droit du travail²³¹. Elle se trouve fondatrice²³² de dispositions relatives à la protection des conditions de travail, qu'elles soient internationales²³³, européennes²³⁴ ou constitutionnelles²³⁵.

²²⁸ FAVOREU / GAÏA / GHEVONTIAN / MÉLIN-SOUCRAMANIAN / PENA / PFERSMANN / PINI / ROUX / SCOFFONI / TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris 2012, p. 6. Voir :

²²⁹ LEVINET Michel, *Théorie générale des droits et libertés*, 2^{ème} édition, Bruylant/Nemesis, Bruxelles 2008, p. 174. Voir également : SCHACHTER Oscar, *Human Dignity as a Normative Concept*, in: AJIL n°77 1983, p. 848-854.

²³⁰ La dignité humaine est reflétée également dans nombre d'instruments internationaux. On peut citer notamment le Préambule de la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme, les deux Pactes de 1966, la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, la Convention américaine relative aux droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et la Charte arabe des droits de l'homme. La Convention européenne des droits de l'homme est elle aussi marquée par la volonté de protéger la dignité humaine, cf. PETTITI Louis-Edmond, *Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention*, in: PETTITI / DECAUX / IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Paris 1999, p. 32: « La Cour est appelée aussi à se rattacher à une certaine source d'inspiration pour interpréter la Convention. On peut penser que celle-ci à l'origine reposait sur une philosophie humaniste, quasi "personnaliste", semblable à celle de Jacques Maritain qui avait inspiré pour partie la Déclaration universelle [...]. Il est d'autant plus curieux de noter que le mot dignité qui ne figure pas expressément dans la Convention est devenu un des principaux motifs de détermination des violations, notamment pour les articles 3, 5 et 8. Mais c'est que le mot, qui figure déjà dans la Déclaration universelle, était inscrit dans la pensée des auteurs de la Convention. »

²³¹ VERDIER Manifeste, p. 431; ALLEN / CRASNOW, *Employment law and human rights*, Oxford University Press, Oxford/New York 2002, p. 1: « *Employment and human dignity go hand in hand in any modern democracy.* »; cf. SINZHEIMER Hugo, repris par SIMITIS Spiros, *Le droit du travail a-t-il encore un avenir?*, in: Dr. Soc. 1997, p. 667; cf. SCELLE Georges, *Le droit ouvrier. Tableau de la législation française actuelle*, A. Colin, Paris 1922, p. 110 s. Pour les origines, voir les nominalistes (Platon, Aristote, St-Thomas d'Aquin, St. François d'Assise) et les philosophes des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles (Hobbes, Spinoza, Locke, Kant): LEVINET Michel, *Théorie générale des droits et libertés*, 2^{ème} édition, Bruylant/Nemesis, Bruxelles 2008, p. 192 ss.

²³² ROMAN Diane, *Le principe de dignité dans la doctrine de droit social*, in: GIRARD C. /HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.), *La dignité de la personne humaine*, PUF, Paris 2005, p. 80.

²³³ cf. La Déclaration de Philadelphie de 1944.

²³⁴ cf. Directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JO n° L 269/15 du 05.10.2002; Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JO n° L 180/22 du 19.07.2000; Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi

Malgré les différences entre la France et la Suisse quant à la reconnaissance pleine et entière des droits de l'homme au travail, les deux pays n'ont pas échappé aux évolutions normative, technologique et économique. La pénétration des droits de l'homme dans le droit du travail a été progressive. Toutefois, en France, la progression a été plus rapide et plus importante qu'en Suisse.

Le bref panorama historique de ce premier chapitre a permis de suivre l'évolution depuis la reconnaissance des droits de l'homme dans le droit du travail classique jusqu'à la naissance de la RSE. Le droit du travail s'insère aujourd'hui dans le « droit commun des libertés et droits fondamentaux »²³⁶. « Au-delà du salarié, c'est la personne qu'il convient de juridiquement protéger. Ce changement tient sans doute avant tout à l'évolution de la société et à la révolution cybernétique. »²³⁷

Par le développement de la RSE, des initiatives volontaires basées sur des valeurs globales ont complété les réglementations de niveau intergouvernemental²³⁸. Les deux modes combinés ont permis une meilleure reconnaissance des droits de l'homme en droit du travail et dans l'entreprise :

« Le droit ne représente jamais une solution complète, bien entendu. Les règles du droit international sont difficiles à appliquer en pratique et ne peuvent modifier le comportement des entreprises du jour au lendemain, pas plus qu'elles n'ont transformé instantanément celui des gouvernements. Les codes volontaires peuvent s'avérer d'une application plus facile, car ils sont adaptés à la situation de sociétés spécifiques. Certains d'entre eux vont au-delà des normes minimales des droits humains. Cependant, même dans les cas où ces approches donnent des résultats, leur ancrage dans un régime juridique est susceptible d'améliorer leur efficacité. Lorsqu'elles ne sont pas efficaces, le droit peut fournir des outils et de fortes incitations à l'amélioration. En fait, les deux démarches, contraignantes et volontaires, devraient se compléter l'une l'autre. »²³⁹

et de travail, JO n° L 303/16 du 2.12.2000.

²³⁵ On peut citer notamment l'article 1er de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 7 de la Constitution suisse, l'article 1er de la Loi fondamentale allemande et la reconnaissance française de ce principe constitutionnel depuis la décision de 1994: C.C. 94-343/344 du 27 juillet 1994, J.O. 29 juillet 1994, p. 11024 (décision *Bioéthique*).

²³⁶ MAZEAUD, p. 41.

²³⁷ RAY Jean-Emmanuel, *Métamorphoses du droit du travail*, in: Dr. Soc. 2011, p. 1162.

²³⁸ KELL / LEVIN, *The Evolution of the Global Compact Network: An Historic Experiment in Learning and Action*, in: (www.unglobalcompact.com), Denver 2002, p. http://www.globalcompact.org/docs/news_events/9.5/denver.pdf, (consulté le 27.04.06).

²³⁹ International Council on Human Rights Policy, *Au-delà du volontarisme. les droits humains et les obligations émergentes des entreprises en droit international*, in: (www.ichrp.org), Genève 2002, p. http://www.ichrp.org/paper_files/107_p_03.pdf, (consulté le 02.05.06).

Le développement d'initiatives volontaires²⁴⁰ peut avoir un effet sur les législations étatiques. Comme le dit MAUPAIN, ce nouveau « marché de la justice sociale » pourrait s'ouvrir aussi aux Etats. La RSE serait ainsi « un moteur et un aiguillon au progrès de leur législation et de leurs pratiques relatives aux droits des travailleurs »²⁴¹.

En conclusion de ce premier chapitre, nous pouvons nous référer à une citation, vieille d'une cinquantaine d'années, de Norberto BOBBIO et qui garde toute sa pertinence:

« Le problème de fond relatif aux droits de l'homme, n'est aujourd'hui pas de les *justifier*, mais de les *protéger*, il n'est pas un problème théorique mais pratique. »²⁴²

A l'aide de cette réflexion, nous essaierons de bâtir ce qui suit dans un esprit pratique plutôt que théorique. L'objectif sera de protéger le droit à la vie privée du salarié, non seulement en théorie, mais également en pratique. L'effectivité des droits de l'homme passe par ce transfert du théorique à la pratique.

Ce premier chapitre nous apporte la preuve que le droit du travail s'insère aujourd'hui dans le « droit commun des libertés et droits fondamentaux »²⁴³. « Au-delà du salarié, c'est la personne qu'il convient de juridiquement protéger. Ce changement tient sans doute avant tout à l'évolution de la société et à la révolution cybernétique. »²⁴⁴

²⁴⁰ Il existe aujourd'hui un nombre incalculable de codes de conduite élaborés par les entreprises elles-mêmes. Selon les données de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (Cnuced), dans les pays en développement et les pays industrialisés, environ 90% des entreprises multinationales disposent d'un code de conduite. Près de la moitié d'entre elles se basent sur les normes de référence internationales de l'OCDE, de l'ONU et de l'OIT évoquées plus haut. Voir : CNUCED, World Investment Report 2011, p. 113; World Investment Report 2012, p. 93.

²⁴¹ MAUPAIN Francis, *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière, Peut-on réguler sans contraindre ?*, BIT, Genève 2012, p. 242.

²⁴² BOBBIO Norberto, *Sur le fondement des droits de l'homme*, in: Institut international de philosophie (éd.), *Le fondement des droits de l'homme: Actes des entretiens de l'Aquila (14-19 septembre 1964)*, Florence 1966, p. 30.

²⁴³ MAZEAUD, p. 41.

²⁴⁴ RAY Jean-Emmanuel, *Métamorphoses du droit du travail*, in: *Dr. Soc.* 2011, p. 1162.

CHAPITRE II - L'applicabilité du droit au respect de la vie privée entre particuliers

Le droit au respect de la vie privée, protégé par l'article 8 CEDH, s'applique-t-il entre personnes privées ou est-ce un droit que l'on ne peut invoquer que contre la puissance publique? Cette question d'effet vertical ou horizontal²⁴⁵ et celle de la responsabilité de l'Etat en cas de violation entre personnes privées seront traitées ci-après.

Il s'agit de savoir si les droits fondamentaux s'appliquent entre employeurs privés et employés et de quelle manière. Les droits fondamentaux produisent des effets verticaux entre l'Etat et les citoyens mais se limitent-ils aux relations entre individus et puissance publique. Des atteintes aux droits de l'homme et aux libertés peuvent être commises par des acteurs non-étatiques.

Si on accepte le fait que les droits de l'homme visent la protection de la dignité de l'être humain, alors tous les assauts contre cette dignité doivent être punis²⁴⁶. Le respect et la protection de la dignité incombent à chaque individu²⁴⁷. Le devoir de protéger la dignité humaine n'est pas seulement celui de l'Etat mais aussi celui de chaque citoyen. Ainsi, de ce devoir de protection, on en déduit que, comme l'Etat, les individus n'ont pas seulement l'obligation de respecter les droits de l'homme (obligations négatives) mais ont également une obligation de les protéger (obligations positives).

Or, dans cette conception, il est difficilement imaginable de ne poursuivre que les acteurs étatiques. A l'origine historique, il n'existait d'ailleurs pas de raison particulière d'exclure les droits de l'homme du domaine des relations privées²⁴⁸. Les deux Pactes de 1966 confirment cette constatation puisqu'ils proclament dans leur préambule que « l'individu a des devoirs envers autrui et envers la collectivité à laquelle il appartient et est tenu de s'efforcer de promouvoir et de respecter les droits reconnus »²⁴⁹.

Ainsi, le droit à la vie privée devrait être mis en œuvre en toute circonstance ; c'est-à-dire non seulement contre la puissance publique mais également sur le lieu de travail, entre personnes privées. Or, c'est justement le but des droits de l'homme de protéger le citoyen contre des ingérences de l'Etat. Ce dernier peut profiter du rapport de subordination pour porter atteinte aux droits des personnes. De même, le principe de subordination du droit du travail est « la pierre angulaire d'un droit qui a pour objet essentiel d'encadrer l'exercice du pouvoir qu'il confère ainsi à une personne sur une

²⁴⁵ Cf. DE FONTBRESSIN Patrick, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations*, in: Liber amicorum Marc-André EISSEN, Bruylant/L.G.D.J., Bruxelles/Paris 1995, p. 163.

²⁴⁶ CLAPHAM, *Obligations*, p. 534.

²⁴⁷ Voir KANT Emmanuel, *Fondements de la métaphysique des mœurs* (1785), Traduction et notes par Victor DELBOS, Le Livre de Poche, Paris 1993, p. 105 : « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen. »

²⁴⁸ PECES-BARBA MARTINEZ Gregorio, *Théorie générale des droits fondamentaux*, L.G.D.J., 2003, p. 457.

²⁴⁹ Voir les préambules du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966.

autre »²⁵⁰. Le pouvoir est très souvent à la base des actes qui mettent en danger les droits fondamentaux et ce n'est pas seulement le pouvoir de l'Etat qui est en cause mais également le pouvoir économique²⁵¹.

« L'invocation des droits de l'homme ne devrait pas se limiter aux pouvoirs publics pour concerner tout pouvoir, qu'il soit politique, économique, social, médiatique, scientifique, technologique ou spirituel, fût-il de nature privée. »²⁵²

L'Etat, l'autorité publique et ses fonctionnaires ne sont pas les seuls acteurs susceptibles de porter atteinte aux droits fondamentaux des personnes²⁵³. Dans le domaine social et économique, des puissances privées peuvent être redoutables : il peut s'agir d'entreprises multinationales ou mêmes de grands syndicats²⁵⁴. « Le fait de considérer que les droits sont exclusivement des limites aux pouvoirs publics est caractéristique de l'époque de la suprématie du positivisme étatique dans la culture juridique. Or, la situation a profondément changé depuis et n'est plus la même aujourd'hui. »²⁵⁵ De nos jours, des informations privées et des profils de personnalité peuvent être stockés par des entreprises et parfois vendus à des chasseurs de têtes ou à des compagnies d'assurance; les moyens de surveillance sont accessibles à tous. Bon nombre d'atteintes aux droits fondamentaux ont ainsi lieu dans une sphère exclusivement privée. Des pouvoirs inégaux existent entre le citoyen et l'Etat et, de la même manière, des pouvoirs inégaux gèrent les relations entre employeurs et employés²⁵⁶. Le pouvoir privé est spécialement illustré dans la relation de travail, notamment par le pouvoir de direction et celui d'organisation²⁵⁷.

La menace étatique est plus évidente que celle qui pourrait venir d'un particulier. Pourtant, « pour que les droits de l'homme soient véritablement vécus, il est nécessaire de s'attacher à les faire respecter dans les rapports entre personnes privées »²⁵⁸. Si l'on admet que l'Etat doit protéger la dignité humaine, dont découlent les droits de l'homme, aucune autorité publique ne pourrait approuver une quelconque pratique qui violerait la dignité humaine²⁵⁹. Le même parallèle peut être fait concernant des contrats

²⁵⁰ SUPIOT, Critique, p. 110.

²⁵¹ MÜLLER Jörg Paul, *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Stämpfli, Berne 1983, p. 82; LEISNER insiste sur le pouvoir privé, en particulier en droit du travail: LEISNER Walter, *Grundrechte und Privatrecht*, C.H. Beck, Munich/Berlin 1960, p. 248 ss.

²⁵² SPIELMANN Dean, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 1995, p. 17; LEUPRECHT Peter, *Reflexions on Human Rights*, HRLJ 1988, p. 163; dans le même sens: MOSER Berthold, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und das bürgerliche Recht*, Vienne 1972, p. 73.

²⁵³ PECES-BARBA MARTINEZ, p. 461.

²⁵⁴ Cf. RIVERO Jean, *La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, in: René Cassin *amicorum discipulorumque liber III*, Pédone, Paris 1971, p. 315.

²⁵⁵ PECES-BARBA MARTINEZ, p. 461.

²⁵⁶ MÜLLER, Théorie, p. 84; cf. également WEISS Manfred, *Fundamental Rights and Labour Law in Germany*, in: BLANPAIN R. (éd.), *Labour Law, Human Rights and Social Justice*, Kluwer law international 2001, p. 188; PULVER Bernhard, *Die Verbindlichkeit staatlicher Schutzpflichten – am Beispiel des Arbeitsrechts*, in: PJA 2005, p. 418.

²⁵⁷ LEISNER, p. 258.

²⁵⁸ RIVERO, Protection, p. 312.

²⁵⁹ MARKESINIS / ENCHELMAIER, *The Applicability of Human Rights as between Individuals under German Constitutional Law*, in: MARKESINIS (éd.), *Protecting privacy*, Oxford 1999, p. 198.

entre personnes privées; comme les droits de l'homme sont inaliénables, ils ne doivent pas être abandonnés par contrat. Ainsi, les libertés et droits fondamentaux sont opposables tant aux personnes privées telles que les individus, les entreprises, les syndicats ou les ordres professionnels, qu'aux personnes publiques²⁶⁰. Dans certaines constitutions modernes, il existe d'ailleurs des droits qui garantissent à l'homme ou au citoyen, dans ses relations juridiques avec les autres, un *status socialis*. Il s'agit de droits fondamentaux qui ont un effet à l'encontre des forces sociales: « *gegen die sozialen Gewalten* »²⁶¹.

La réflexion peut ainsi se faire sur deux plans: « celui de la responsabilité de l'Etat en raison de l'atteinte par un particulier à un droit protégé et celui de la responsabilité de l'individu auteur de la violation d'un droit protégé, ou d'un manquement à ses devoirs »²⁶². Deux principes généraux régissant ces questions seront développés ci-après : l'effet horizontal (section 1^{ère}) et les obligations positives (section 2).

Section 1. - L'effet horizontal (Drittwirkung)

Cette section présente, dans un premier temps, la notion d'effet horizontal et ses origines et, dans un deuxième temps, distingue l'effet horizontal direct de l'effet horizontal indirect.

§ 1. La notion et ses origines

Traditionnellement, les droits fondamentaux n'étaient reconnus que dans la **relation verticale** Etat – citoyen. Ils étaient dirigés contre l'Etat car leur fonction était de garantir à l'individu une sphère protégée²⁶³. L'Etat était considéré, à l'époque, comme le facteur principal de pouvoir qui pouvait menacer l'individu^{264, 265}.

L'effet des droits fondamentaux entre personnes privées est régi par la notion d'effet horizontal. Cette construction trouve son origine dans la théorie allemande de *Drittwirkung*. Cette théorie a exposé le principe d'effet horizontal en relation avec le problème d'efficacité des droits de l'homme. La pensée juridique allemande a donné lieu à la première théorie juridique des droits fondamentaux. Les droits fondamentaux ont été envisagés sous la forme de droits publics subjectifs²⁶⁶. Cette tradition explique que « la validité des droits ait été conçue, limitativement, comme ne dépassant pas le cadre des relations entre particuliers et pouvoirs publics »²⁶⁷. La « *Drittwirkung* » s'est

²⁶⁰ DELMAS-MARTY, Introduction. p. 13.

²⁶¹ NIPPERDEY Hans Carl, *Die Würde des Menschen*, in: Die Grundrechte : Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Duncker & Humblot, Berlin 1960-1962, p. 19.

²⁶² DE FONTBRESSIN, p. 162.

²⁶³ SALADIN, Grundrechte im Wandel, p. 292; MÜLLER, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts*, thèse, Berne 1964, p. 10.

²⁶⁴ SALADIN, *Die Funktion der Grundrechte in einer revidierten Verfassung*, in: RSJ 1968, p. 532.

²⁶⁵ AEPLI Viktor, *Grundrechte und Privatrecht*, thèse, Hergiswil 1980, p. 11.

²⁶⁶ Cf. JELLINEK G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, éd. Scientia Verl., Aalen 1979; arrêt *Lüth*, BVerfGE 7,198 (205), décision du 15 janvier 1958.

²⁶⁷ PECES-BARBA MARTINEZ, p. 461.

avérée indispensable pour régler la question de l'efficacité des droits fondamentaux face aux tiers. Un célèbre arrêt²⁶⁸ relevant du droit du travail a reconnu l'effet horizontal des droits fondamentaux en 1954 déjà. Cette jurisprudence est tout à fait intéressante puisqu'elle relève que les droits fondamentaux ne sont pas seulement garantis à l'encontre de l'Etat mais qu'ils sont des principes de la vie sociale²⁶⁹. Ils s'appliquent à l'ordre juridique tout entier, donc également au droit privé²⁷⁰.

La Suisse a largement suivi le débat allemand. Ce n'est pas le cas de la France qui ne s'est pour ainsi dire pas posé la question de l'effet horizontal²⁷¹. La perception de l'intégration des droits fondamentaux dans le droit du travail national sont différentes. Certains débats théoriques ont eu lieu en Allemagne et en Suisse mais n'ont pas vu le jour en France. C'est particulièrement le cas de l'effet horizontal. Ces différences sont dues à la diversité des systèmes constitutionnels mais également à des enjeux politiques. L'application des droits de l'homme en France s'est faite comme l'application des valeurs occidentales, de manière naturelle. En Suisse et en Allemagne, deux pays de type fédéral, les discussions politiques ont porté sur l'importance de la constitution, la répartition des compétences mais aussi sur l'influence du droit international sur le droit national. Ces enjeux tant théoriques que politiques impliquent un traitement de l'effet horizontal propre à chaque pays, à chaque région ou à chaque système juridique.

Dans le système juridique de la CEDH, la grande majorité des auteurs reconnaît que l'article 8 CEDH s'impose aux particuliers comme aux autorités publiques²⁷². La jurisprudence de la Cour va dans le même sens²⁷³, même si elle ne mentionne jamais explicitement le terme d'effet horizontal. Toutefois, l'effet horizontal de la Convention est « entièrement abandonné à la discrétion des autorités nationales, lesquelles ont adopté des positions extrêmement diverses »²⁷⁴. Cela dépend de l'ordre constitutionnel de l'Etat concerné²⁷⁵.

²⁶⁸ Arrêt du Tribunal fédéral allemand du travail du 3 décembre 1954, paru dans *Neue Juristische Wochenschrift* 1955, p. 606; le Président de la Première Chambre du Tribunal fédéral du travail était le professeur NIPPERDEY qui défendait l'effet horizontal direct. Par la suite, la voie de l'effet horizontal direct n'a pas été retenue en Allemagne.

²⁶⁹ Cf. MARKESINIS / ENCHELMAIER, p. 200.

²⁷⁰ Cf. analyse de cette jurisprudence par: MÜLLER, Théorie, p. 84.

²⁷¹ DEBET Anne, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, Paris 2002, p. 79.

²⁷² Dont notamment: VELU / ERGEC, p. 533; DE MEYER J., *Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications dans les relations entre personnes privées et les obligations qui en résultent pour les Etats parties à la Convention*, in: *Vie privée et droits de l'homme*, Bruxelles 1973, p. 363-386; FROWEIN / PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar*, 3^{ème} édition, Engel, Kehl 2009, p. 287 ss; BREITENMOSER Stephan, *Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK*, Bâle/Francfort 1986, p. 66 ss; VAN DIJK / VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Anvers 1984, p. 285.

²⁷³ CourEDH, X et Y c. Pays-Bas, 26 mars 1985, req. n°8978/80, série A vol. 91, paragr. 23.

²⁷⁴ WACHSMANN Patrick, *Conclusions*, in: SUDRE Frédéric (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Nemesis/Bruylant 1998, p. 345 s.

²⁷⁵ CLAPHAM, *Drittwirkung*, p. 165; DRZEMCZEWSKI Andrew, *European Human Rights Convention in Domestic Law. A comparative study*, Oxford 1983, p. 199-228; ARBANTES J.-J., *L'effet à l'égard des particuliers des droits et libertés fondamentaux*, Strasbourg 1981; SCHEUNER Ulrich, *Fundamental Rights and the Protection of the Individual Against Social Groups and Powers in the Constitutional System of the*

§ 2. *Les distinctions*

La notion de *Drittwirkung* est très controversée, tant au niveau jurisprudentiel²⁷⁶ que doctrinal. La doctrine allemande est partagée entre l'**effet horizontal direct**²⁷⁷ et l'**effet horizontal indirect**²⁷⁸. Le droit suisse s'est inspiré des écoles de pensée allemandes et effectue la même distinction.

Le droit français ne fait pas de distinction. L'effet horizontal est, par définition, direct et absolu. Les juristes n'ont pas recouru à la théorie constitutionnelle. Comme l'a soulevé ROSSEL: « L'effet horizontal des droits fondamentaux se produit avant tout si la mentalité des juges, des parlementaires et des politiciens est imprégnée par le souci de protéger les droits fondamentaux. L'effet horizontal se réalise donc avant tout par un état d'esprit. »²⁷⁹ L'état d'esprit français est en faveur d'une pleine application de l'effet horizontal des droits fondamentaux.

Les systèmes nationaux sont différents : la Constitution fédérale suisse de 1998 présente un catalogue précis des droits fondamentaux, alors que la Constitution française contient quelques principes non exhaustifs complétés par un rappel de la Déclaration de 1789. Les différentes techniques constitutionnelles impliquent de traiter différemment, d'un point de vue doctrinal, l'effet horizontal.²⁸⁰

Nous distinguerons, d'une part, l'effet horizontal tel que pratiqué en Suisse (A.) et, d'autre part, l'effet horizontal tel que pratiqué en France (B.). Nous terminerons par une comparaison critique du principe (C.).

A. *En Suisse*

En Suisse, l'effet horizontal pratiqué est principalement indirect. Il est important de rappeler que la notion d'effet horizontal indirect n'a pas la même portée, selon que l'on analyse l'application des droits fondamentaux en droit interne, national, constitutionnel ou à l'intérieur du système de la CEDH²⁸¹. Dans le système de la CEDH, on considère

Federal Republic of Germany, in: René CASSIN *amicorum discipulorumque liber III*, Pédone, Paris 1971, p. 253; ZANGHI, *La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, in: René CASSIN *amicorum discipulorumque liber III*, Pédone, Paris 1971, p. 269.

²⁷⁶ Pour une analyse jurisprudentielle plus détaillée, voir: RIGAUX François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles 1990, p. 674 ss. et ALEXY, p. 477 ss.

²⁷⁷ Cette thèse est défendue, à l'origine, par: NIPPERDEY Hans Carl, *Grundrechte und Privatrecht*, in: Festschrift für Erich MOLITOR zum 75. Geburtstag, C.H. Beck, Munich/Berlin 1962, p. 17 ss et LEISNER, p. 356 ss. On peut également citer: CONRAD Dieter, *Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung*, Duncker & Humblot, Berlin 1964.

²⁷⁸ Cette thèse est défendue, à l'origine, par : DÜRIG Günter, *Grundrechte und Privatrechtsprechung*, in: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans NAWIASKY, Isar Verlag, Munich 1956, p. 157 ss.

²⁷⁹ ROSSEL Jean-Emmanuel, *L'effet horizontal des droits fondamentaux et son application en droit médical*, in: *Aspects du droit médical*, Ed. universitaires, Fribourg 1988, p. 73.

²⁸⁰ RIVERO, *Protection*, p. 320.

²⁸¹ Cf. SPIELMANN, p. 30 et 42 s; l'analyse est différente selon qu'elle soit faite dans le système de la CEDH ou dans le droit interne. Dans le système de la CEDH, l'effet horizontal indirect se réfère plutôt aux obligations positives. Cf. ARBANTES J.-J., p. 10 et 20; DRZEMCZEWSKI Andrew, *European Human Rights Convention in Domestic Law. A comparative study*, Oxford 1983, p. 223; MARGUENAUD Jean-Pierre, *CEDH et droit privé: l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Paris 2001, p. 87; COUSSIRAT-COUSTERE Vincent, *Convention européenne des droits de l'homme et droit interne: Primauté et effet direct*, in: *La Convention européenne des droits de l'homme. Actes de la*

souvent que l'effet horizontal est indirect²⁸². D'un point de vue procédural, une requête auprès de la Cour doit être faite contre un Etat²⁸³. « C'est toujours la Haute Partie contractante qui est responsable de la violation devant la Cour européenne. »²⁸⁴ Toutefois, les clauses procédurales concernent la recevabilité de la requête et non pas l'effet horizontal²⁸⁵. Cela n'empêche pas la Cour de traiter des affaires qui, sur le fond, concernaient des relations entre particuliers et qui, dans un deuxième temps, ont abouti à une décision étatique^{286 287}.

La notion d'effet horizontal indirect en droit national suisse a une autre signification. Revenons tout d'abord aux origines du principe. En Allemagne, on parle de « *Ausstrahlungswirkung* »²⁸⁸ des droits fondamentaux. Il s'agit d'un effet qui permet aux droits de rayonner sur l'ensemble de l'ordre juridique et qui doit être pris en compte par les juges y compris lors de l'interprétation du droit civil. Ce rayonnement assure un effet horizontal indirect aux droits fondamentaux²⁸⁹. L'effet horizontal indirect (*die indirekte Drittwirkung*) vise une application des droits fondamentaux uniquement pour interpréter des clauses générales²⁹⁰, telles que la bonne foi ou l'ordre public dans le droit privé²⁹¹. Par cet effet, l'influence des droits fondamentaux sur les normes de droit privé est effectuée à travers l'interprétation²⁹².

En Suisse, l'effet horizontal est clairement reconnu dans la Constitution. L'article 35

journée d'étude du 16 novembre 1991, Bruxelles 1992, p. 13.

²⁸² MALINVERNI Giorgio, *Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme*, in: Im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift für Dietrich SCHINDLER zum 65. Geburtstag, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Frankfurt am Main 1989, p. 559 s.

²⁸³ Cf. SPIELMANN, p. 42 s.; cf. COUSSIRAT-COUSTERE Vincent, *Convention européenne des droits de l'homme et droit interne: Primauté et effet direct*, in: La Convention européenne des droits de l'homme. Actes de la journée d'étude du 16 novembre 1991, Bruxelles 1992, p. 14 s; CLAPHAM, *Drittwirkung*, p. 164 s.

²⁸⁴ DEBET, p. 67; cf. art. 34 CEDH.

²⁸⁵ DEBET, p. 67 s.

²⁸⁶ Comme par exemple: CourEDH Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, req. n°6289/73, série A vol. 32; CourEDH Siliadin c. France, 26 juillet 2005, req. n°73316/01, Rec. 2005-VII; cf. autres affaires relatives à la presse, à des violences entre personnes, etc.

²⁸⁷ Voir VAN DIJK Pieter / VAN HOOF Godefridus J. H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3ème édition, Kluwer Law International, The Hague 1998, p. 22-26.

²⁸⁸ Robert ALEXY défend l'« *Ausstrahlungsthese* » dans son ouvrage sur la théorie des droits fondamentaux : ALEXY Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2^{ème} édition, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1994, p. 477. La traduction pourrait être irradiation mais l'expression de rayonnement des droits fondamentaux est beaucoup plus révélatrice.

²⁸⁹ JOUANJAN Olivier, *La théorie allemande des droits fondamentaux*, in: AJDA juillet/août 1998 spécial, p. 51; cf. arrêt *Lüth*, BVerfGE 7,198 (205), décision du 15 janvier 1958; cf. BRINKTRINE Ralf, *The Horizontal Effect of Human Rights in German Constitutional Law: The British debate on horizontality and the possible role model of the German doctrine of « mittelbare Drittwirkung der Grundrechte »*, in: EHRLR Issue 4 2001, p. 424 s.

²⁹⁰ La notion de « clause générale » est utilisée tant en droit suisse qu'en droit allemand. Elle représente une disposition suffisamment vague ou large qui permet de s'adapter à l'évolution. On peut la comparer à la « notion-cadre » ou au « concept valise » en France.

²⁹¹ SPIELMANN, p. 28; ALEXY, p. 481; DÜRIG, p. 176 ss; MÜLLER, *Persönlichkeitsschutz*, p. 170; CLAPHAM Andrew, *The « Drittwirkung » of the Convention*, in: MACDONALD (éd.), *The European system for the protection of human rights*, 1993, p. 165; cf. CAMASTRAL Claudia, *Grundrechte im Arbeitsverhältnis*, thèse, Verl. Rüegger, Zürich 1996, p. 33: les droits fondamentaux influencent le droit privé sans décider directement des relations juridiques concrètes.

²⁹² ALEXY, p. 481.

Cst. fait référence à la réalisation des droits fondamentaux et son alinéa 3²⁹³ exprime l'idée de l'effet horizontal. Cette disposition donne les modalités d'application de cet effet. Elle ne tranche toutefois pas la question de l'effet horizontal direct ou indirect²⁹⁴.

La jurisprudence du Tribunal fédéral, et plus particulièrement celle concernant les rapports de travail, confirme un effet horizontal indirect des droits fondamentaux²⁹⁵. Toutefois, cette question fait l'objet d'un *vaste débat doctrinal* que nous allons tenter de résumer ci-après.

La majorité de la doctrine²⁹⁶ appuie la jurisprudence du TF. Les principaux arguments²⁹⁷ en faveur de la théorie de l'effet horizontal indirect sont souvent les mêmes que ceux qui étaient utilisés contre la notion d'effet horizontal²⁹⁸: le respect de l'autonomie privée et de la liberté contractuelle²⁹⁹, l'interprétation conforme du droit privé³⁰⁰ et la reconnaissance de la compétence législative³⁰¹. Les défenseurs de l'effet horizontal indirect prétendent que l'effet direct absolu est en contradiction avec l'autonomie privée et qu'il nuit ainsi au droit privé et à sa fonction, celle de régler la sécurité du droit entre particuliers³⁰². Ils soutiennent également que l'effet horizontal indirect permet de respecter la hiérarchie des normes, contrairement à l'effet direct³⁰³. Cet effet donne enfin à l'ordre judiciaire une large marge d'appréciation pour l'interprétation en adaptant les droits fondamentaux aux situations spécifiques³⁰⁴. En effet, dans les relations privées de travail, chacun des partenaires est un « *Träger von Grundrechten* »³⁰⁵. L'orientation du législateur vers les droits fondamentaux ne conduit

²⁹³ Art. 35 al. 3 Cst: « Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux. »

²⁹⁴ EGLI Patricia, *Drittwirkung von Grundrechten*, thèse, Schulthess, Zürich 2002, p. 154; GÖKSU Tarkan, *Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes*, in : RSJ 2002, p. 94 s; cf. également Message relatif à une nouvelle Constitution, FF 1996 I 193-195.

²⁹⁵ ATF 111 II 245; pour un horizon plus large de la jurisprudence confirmant l'effet horizontal indirect, voir: BESSON Samantha, *L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers*, thèse, Ed. universitaires, Fribourg 1999, p. 251 n. 995; EGLI Patricia, p. 146 ss; KLEY Andreas, *Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsverhältnis*, in: GEISER/SCHMID/WALTER-BUSCH (éd.), *Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts*, Berne 1998, p. 446.

²⁹⁶ Pour les travaillistes, on peut citer: GREMPER Philipp, *Arbeitsrechtliche Aspekte der Ausübung verfassungsmässiger Rechte*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Frankfurt am Main 1993, p. 40 ss; CAMASTRAL, p. 33 ss; KLEY, p. 433 ss.

²⁹⁷ Pour une présentation de ces arguments: BESSON, p. 252 n. 997 ss.

²⁹⁸ Pour une critique de la *Drittwirkung*, voir AUER Andreas, *Les libertés face à l'Etat et dans la Société*, Repertorio di giurisprudenza patria 119/1986, p. 1 ss; contre l'effet horizontal, voir: WESPI Kaspar, *Die Drittwirkung der Freiheitsrechte*, thèse, Schulthess, Zürich 1968; SANDOZ Suzette, *Effets horizontaux des droits fondamentaux: une redoutable confusion*, in : RSJ 1987; BUCHER Eugen, « *Drittwirkung der Grundrechte* » ? Überlegungen zu « *Streikrecht* » und « *Drittwirkung* » i. S. von BGE 111 II 245-259, in: RSJ 1987, p. 37 ss.

²⁹⁹ KLEY, p. 436; CAMASTRAL, p. 33 s; HAEFLIGER, p. 49; MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, p. 174 ss; MUELLER, Drittwirkung, p. 231.

³⁰⁰ EGLI Patricia, p. 145; SALADIN Peter, *Grundrechte und Privatrechtsordnung*, in: Revue suisse de jurisprudence n°84/1988, p. 382 s.; SALADIN Peter, *Grundrechte im Wandel*, 3ème édition, Stämpfli, Berne 1982, p. 318 s.

³⁰¹ GREMPER, p. 43 ss.

³⁰² CAMASTRAL, p. 35.

³⁰³ CAMASTRAL, p. 34 ; SALADIN, Grundrechte und Privatrechtsordnung, p. 383.

³⁰⁴ WEISS, p. 188.

³⁰⁵ Traduit littéralement signifie « porteur de droits fondamentaux »; cette expression est utilisée par:

ainsi pas impérativement à des résultats favorisant le travailleur. Le juge doit effectuer une pesée des intérêts³⁰⁶.

AUER soutient que les conflits sociaux et économiques ne peuvent pas « être tranchés par les seules libertés constitutionnelles »³⁰⁷; il faut concrétiser « toutes du moins la plupart des libertés constitutionnelles par les règles de droit privé et/ou de droit pénal voir de droit administratif »³⁰⁸. Toutefois, FAVRE souligne que les libertés constitutionnelles, fondement de l'ordre juridique suisse, « doivent naturellement concorder avec les normes qui protègent la personnalité dans le cadre des relations interindividuelles pour former avec celles-ci un ordre juridique global et cohérent »³⁰⁹. Cette idée d'ordre juridique global et cohérent l'amène à soutenir que les normes constitutionnelles « vont déployer leur effet dans tout le domaine des rapports sociaux »³¹⁰. Or il n'est pas certain que l'effet horizontal indirect permette pleinement ce déploiement. La possibilité d'invoquer les dispositions de la CEDH ou les droits fondamentaux constitutionnels, dans les rapports individuels, aux côtés des dispositions civiles permettrait une meilleure consécration d'un ordre juridique global et cohérent. Il est des domaines, en particulier celui des rapports de travail où le recours aux libertés constitutionnelles serait très utile et cohérent. FAVRE fait notamment référence à un arrêt relatif à la liberté syndicale³¹¹ dans lequel le TF n'a pas recouru au droit fondamental de la liberté d'association parce qu'il n'a pas considéré que cela amènerait des « éléments propres de conviction »³¹². Or, aujourd'hui, avec le développement de la jurisprudence de Strasbourg, il serait souhaitable que le TF étoffe la règle de droit civil par une référence aux droits de l'homme. Il le fait de façon croissante mais pas encore de manière systématique.

L'effet horizontal indirect est similaire à l'interprétation conforme des lois et représente un aspect de l'interprétation systématique des normes³¹³. La conséquence de cette formule est que chaque disposition du droit privé est sous l'influence de l'effet de rayonnement mais que l'effet de rayonnement affecte particulièrement les clauses générales³¹⁴ (*Generalklauseln*)³¹⁵. Pour cette raison, Georg MÜLLER va même jusqu'à se

GREMPER, p. 47.

³⁰⁶ CAMASTRAL, p. 42 ss; GÖKSU, p. 98 ss; voir également la pesée des intérêts proposée par: GLOOR Werner, *Kopftuch an der Kasse - Religionsfreiheit im privaten Arbeitsverhältnis*, in: ARV 2006 p. 1-16.

³⁰⁷ AUER, p. 16.

³⁰⁸ AUER, p. 17, voir également FAVRE Antoine, *Note sur les rapports des libertés constitutionnelles avec la législation civile dans le domaine de la protection des droits de l'homme en droit suisse*, in: René CASSIN *amicorum discipulorumque liber III*, Dalloz, Paris 1971, p. 189.

³⁰⁹ FAVRE, p. 190 s.

³¹⁰ FAVRE, p. 191.

³¹¹ *Idem*.

³¹² FAVRE, p. 192.

³¹³ Cf. MÜLLER Georg, *Die Drittwirkung der Grundrechte: Überblick über den Stand der Diskussion in Lehre und Rechtsprechung*, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 79. Jahrgang, 1978, p. 241 ss; SALADIN, *Grundrechte und Privatrechtsordnung*, p. 382 s.; MÜLLER, *Persönlichkeitsschutz*, p. 178 s.; AUER, p. 17; AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Les droits fondamentaux, Stämpfli, Berne 2013, p. 61; ces auteurs reprennent les arrêts suivants: ATF 107 Ia 280; ATF 95 II 492; ATF 125 III 277; ATF 111 II 245; ATF 116 IV 31; cf. également BRINKTRINE, p. 424 s.

³¹⁴ La notion de « clause générale » est utilisée tant en droit suisse qu'en droit allemand. Elle représente une disposition suffisamment vague ou large qui permet de s'adapter à l'évolution. On peut la comparer à la « notion-cadre » ou au « concept valise » en France.

demander si l'effet horizontal n'est pas un faux problème puisque l'interprétation conforme du droit privé existe déjà³¹⁶. Le droit du travail est lui aussi soumis à l'interprétation conforme. L'interprétation du droit privé n'est pas négligeable car le code civil suisse et le code des obligations contiennent plusieurs dispositions qui laissent une liberté d'interprétation certaine (notamment les art. 27 et 28 CC, art. 20, 41, 328 et 336 CO)³¹⁷. Les clauses générales sont nombreuses en droit du travail³¹⁸ et là où le législateur n'est pas précis, le juge doit prendre le relais³¹⁹. Il existe toutefois quelques dispositions qui intègrent des droits constitutionnels directement dans le droit privé comme par exemple l'article 336 al. 1 lit. b CO³²⁰. « Cette disposition consacre la théorie des effets horizontaux des droits constitutionnels, laquelle postule que ces droits s'imposent non seulement face à l'Etat, mais également dans les rapports de droit privé. »³²¹

Ces explications relatives aux clauses générales sont particulièrement pertinentes en droit du travail et surtout en ce qui concerne les dispositions de protection de la personnalité. Par exemple, l'article 328 CO³²² est une porte ouverte par laquelle les droits fondamentaux peuvent influencer le droit privé³²³. Cette clause générale « constitue le point d'ancrage le plus important permettant la protection de la personnalité des travailleurs »³²⁴. Elle permet également l'influence du droit constitutionnel et du droit international public au travers de l'effet horizontal indirect et de l'interprétation conforme³²⁵.

Il en est de même pour l'article 28 CC³²⁶ qui joue un rôle similaire et qui permet un

³¹⁵ BRINKTRINE, p. 425 et 427.

³¹⁶ MÜLLER G., p. 242; cf. également EGLI Patricia, p. 146; BRINKTRINE, p. 425.

³¹⁷ AUBERT Gabriel, *La protection de l'exercice des droits constitutionnels dans le cadre des rapports de travail*, in: Etudes de droit du travail, Zürich 1995, p.9.

³¹⁸ On peut encore citer par exemple les articles 321 a al. 1 et 337 al.1 CO.

³¹⁹ Le législateur a le devoir de protéger les droits fondamentaux des tiers et les juges ont le devoir d'interpréter la loi de manière conforme aux droits fondamentaux; cf. PULVER, p. 414 s.

³²⁰ Art. 336 al. 1 lit. b CO: « Le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel, à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise. »; CAMASTRAL, p. 40: « *Die Bestimmung stellt eine Rezeptionsnorm dar, welche Wertgehalte der in der Bundesverfassung verbürgten Grundrechte in das Arbeitsrecht transponiert* »; GREMPER, p. 34 appelle cette disposition une norme de coordination entre les droits constitutionnels et le droit privé du travail; on peut citer également les art. 340 a al. 1 CO et 356 a CO.

³²¹ DUNAND Jean-Philippe, *La jurisprudence de la Cour de cassation civile neuchâteloise en matière de licenciement abusif*, in: RJN 2003, p. 62; DUNAND précise que cette disposition est très peu invoquée en pratique.

³²² Art. 328 CO: « L'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. En particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes. Il prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui. »

³²³ CAMASTRAL, p. 56; REHBINDER, *Medienschaffende*, p. 137; Message du CF relatif à l'article 328 CO, p. 344.

³²⁴ PÄRLI Kurt, *Der Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, in: DTA 2005, p. 225.

³²⁵ PÄRLI, p. 227.

³²⁶ Art. 28 CC: « Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection

pont entre le droit public et le droit privé³²⁷. Il s'agit d'une disposition qui protège les droits de la personnalité. L'article 28 CC est une clause générale ou « norme générale (norme-cadre), dont le juge est appelé à préciser le contenu »³²⁸. Si les droits fondamentaux peuvent entrer en vigueur entre les individus par le détour de l'art. 28 CC, le besoin de pouvoir invoquer directement ces droits fondamentaux n'existe plus³²⁹. Toutefois, l'article 28 CC ne permet un effet horizontal que pour les droits relatifs à la protection de la personnalité.

Il existe en Suisse *une exception à la théorie d'effet horizontal indirect*: l'effet horizontal direct est reconnu dans le cas de l'article 8 alinéa 3 phrase 3 Cst.³³⁰ concernant l'égalité de salaire entre hommes et femmes³³¹. La jurisprudence souligne qu'il s'agit d'un « cas exceptionnel, sinon unique, où un droit constitutionnel produit un effet horizontal direct dans les rapports entre personnes privées »³³². Autrefois, le TF avait reconnu un effet horizontal direct de la liberté religieuse entre époux³³³, de la liberté du commerce et de l'industrie³³⁴ et de la liberté d'expression³³⁵. Toutefois, cette ancienne jurisprudence n'a pas été retenue dans les nouvelles décisions du TF qui ne soutiennent plus la théorie de l'effet direct³³⁶. Aujourd'hui, le TF reconnaît l'effet horizontal des droits fondamentaux mais de manière indirecte:

« Que le droit privé fédéral puisse être influencé par le droit constitutionnel ne signifie cependant pas que ce dernier soit directement applicable aux relations entre les particuliers (...). C'est par les lois civiles et pénales que l'individu est protégé contre les atteintes que d'autres sujets de droit privé pourraient porter à ses droits constitutionnels. »³³⁷

La doctrine suisse a développé un troisième type d'effet, que l'on pourrait qualifier de compromis. Il s'agit de *l'effet horizontal direct subsidiaire*³³⁸. Cette solution permet de faire des distinctions selon les cas, les droits fondamentaux en cause et les différents

contre toute personne qui y participe. Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi. »

³²⁷ GÖKSU, p. 95; SALADIN, Grundrechte und Privatrechtsordnung, p. 383.

³²⁸ DESCHENAUX / STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 3^{ème} édition, Staempfli, Berne 1995, p. 170.

³²⁹ GÖKSU, p. 96.

³³⁰ Art. 8 al. 3 phrase 3 Cst: « L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale. »

³³¹ On peut toutefois citer encore une deuxième exception, celle de l'art. 28 al. 3 Cst relatif au droit de grève. En comparaison, au Royaume-Uni, l'effet horizontal direct de l'article 8 CEDH est prévu dans deux règles, celle relative à la protection des données et celle relative au harcèlement: cf. LEIGH Ian, *Horizontal rights, the Human Rights Act and Privacy: lessons from the Commonwealth?*, in: *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 48 1999, p. 76 s.

³³² ATF 113 Ia 107 consid. a.

³³³ ATF 4 434; cf. à ce sujet: EGLI Patricia, p. 143; SALADIN, Grundrechte im Wandel, p. 28 s. et 315.

³³⁴ ATF 86 II 365; cf. à ce sujet: EGLI Patricia, p. 143; MÜLLER, Théorie, p. 86 s; SALADIN, Grundrechte im Wandel, p. 312.

³³⁵ ATF 101 IV 167; cf. à ce sujet: EGLI Patricia, p. 144; MÜLLER, Théorie, p. 87.

³³⁶ Cf. ATF 107 Ia 277; ATF 118 Ia 46; cf. à ce sujet: EGLI, p. 144 s.

³³⁷ ATF 107 Ia 277 consid. 3a.

³³⁸ En allemand: « *die vermittelnde Drittwirkungslehre* ».

rapports de droit privé³³⁹. Elle se décline en trois temps³⁴⁰: en premier lieu, le législateur doit organiser le droit privé en respectant les droits fondamentaux; ensuite, le juge doit interpréter les notions juridiques indéterminées de manière conforme aux droits constitutionnels (effet horizontal indirect); enfin, si les deux premières actions ne suffisent pas à réaliser les droits fondamentaux, en raison d'une lacune par exemple, l'effet direct peut s'appliquer³⁴¹. Ce type de solution consacre en réalité l'effet horizontal direct, mais de manière subsidiaire en respectant la hiérarchie et le droit privé³⁴².

Malgré l'énoncé de ce troisième type d'effet horizontal, Jörg Paul MÜLLER faisait part, il y a trente ans déjà, de son inquiétude par rapport à la réalité. Il soulignait que « les contraintes sociales et la complexité des rapports limitent toujours plus, et souvent de manière imperceptible, les individus dans l'exercice effectif de leurs droits fondamentaux »³⁴³. C'est le cas notamment en droit du travail où le rapport de subordination crée inévitablement un pouvoir social supérieur³⁴⁴. Toute relation inégalitaire permet à celui qui domine d'atteindre les libertés du dominé et devient un danger certain pour la protection des droits fondamentaux entre personnes privées³⁴⁵. Il est ainsi légitime de se demander si la jurisprudence suisse, encore très retenue à ce sujet, ne devrait pas évoluer en direction d'une protection plus effective des droits fondamentaux en droit du travail. Si la protection des droits de l'homme se révèle insuffisante dans le droit du travail suisse et ainsi entre personnes privées, il est tout à fait concevable qu'un recours à la Cour européenne des droits de l'homme puisse aboutir à une violation des droits fondamentaux³⁴⁶. Enfin, il est aussi légitime de se demander jusqu'où les droits fondamentaux peuvent influencer le droit du travail par la voie de l'effet horizontal indirect. Une chose est certaine: la théorie de l'effet horizontal indirect ne permet pas d'aboutir à un nouveau droit privé; elle ne permet que l'interprétation de normes civiles existantes³⁴⁷.

B. En France

En France, on parle d'effet horizontal direct. Dans la doctrine germanique, l'effet horizontal direct (*die direkte Drittwirkung*) implique que les droits fondamentaux s'appliquent « directement aux relations individuelles si les normes à caractère inférieur existantes sont peu adéquates »³⁴⁸. Or, en France, l'effet horizontal direct

³³⁹ Pour plus de détails sur la *vermittelnde Drittwirkungslehre*: MÜLLER, *Théorie*, p. 88 ss; SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, p. 318 s.; SALADIN, *Grundrechte und Privatrechtsordnung*, p. 383; EGLI Patricia, p. 150 s.

³⁴⁰ MÜLLER, *Théorie*, p. 89.

³⁴¹ Cf. ATF 120 V 312: cette jurisprudence effectue l'analyse en trois temps mais n'applique pas l'effet horizontal direct car elle ne reconnaît pas de lacune dans le règlement. Le TF admet toutefois le troisième type d'effet à travers cet arrêt; à propos de cette jurisprudence: EGLI Patricia, p. 151.

³⁴² BESSON, p. 255 n. 1007.

³⁴³ MÜLLER, *Théorie*, p. 91.

³⁴⁴ Cf. ATF 130 III 353.

³⁴⁵ PULVER, p. 418; RIVERO, *Protection*, p. 311.

³⁴⁶ Du même avis: PULVER, p. 423.

³⁴⁷ MOSER, p. 77.

³⁴⁸ SPIELMANN Dean, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis/Bruylant, Bruxelles 1995, p. 28; voir également la définition de: NIPPERDEY, p. 24.

implique « qu'un individu puisse revendiquer le bénéfice de ses droits, quelle qu'en soit la source, y compris un texte international de protection des droits de l'homme, dans ses rapports avec un quelconque membre du corps social »³⁴⁹. La définition française d'effet horizontal direct va au-delà de celle utilisée par la doctrine allemande ou suisse.

Ces dernières années, on a pu constater un véritable mouvement français de constitutionnalisation et d'internationalisation du droit³⁵⁰. « L'apparition de règles constitutionnelles et de règles de source internationale au sein de la légalité qui régit les relations du travail est riche de significations »³⁵¹. Elle permet une « efficacité directe horizontale »³⁵². L'effet horizontal direct de la Convention est assuré par le recours au juge. Le particulier qui invoque une disposition de la CEDH à l'encontre d'un autre particulier « ouvre une procédure contentieuse devant les tribunaux internes judiciaires »³⁵³. L'applicabilité de la CEDH dans les rapports entre personnes privées, en particulier dans les relations de travail, est admise par la Cour de cassation.

Un célèbre arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation³⁵⁴ reconnaît l'effet horizontal direct de l'article 8 CEDH; un salarié peut opposer un droit fondamental à l'employeur dans une relation de travail. Cet arrêt traite du libre choix du domicile d'un attaché commercial. La seule disposition invoquée est l'art. 8 CEDH. Le droit interne n'est même pas mentionné. « Il s'agit effectivement du premier arrêt de la Chambre sociale à faire application de la Convention pour apprécier la validité d'une clause d'un contrat de travail. »³⁵⁵ La Cour conclut à une violation de l'article 8 CEDH protégeant le droit au respect de son domicile, au motif qu'« une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché »³⁵⁶. Cette efficacité directe remplit deux fonctions: une fonction palliative (elle permet de compléter une lacune du droit) et une fonction protectrice (elle enrichit les droits subjectifs de la personne)³⁵⁷.

³⁴⁹ MARGUENAUD, *Influence*, p. 78.

³⁵⁰ FAVOREU Louis, *La constitutionnalisation du droit*, in : Mélanges offerts à R. DRAGO, *Economica*, 1996, p. 25; MARGUENAUD Jean-Pierre, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit des obligations*, in: Le renouvellement des sources du droit des obligations, Journées H. Capitant, 1996, p. 45; MOLFESSIS Nicolas, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, L.G.D.J., Paris 1997.

³⁵¹ LYON-CAEN Gérard / VACARIE Isabelle, *Droits fondamentaux et droit du travail*, in: Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER, Dalloz, Paris 2001, p. 425.

³⁵² Terme utilisé par: LYON-CAEN / VACARIE, p. 426; au-delà de l'exemple français, des pays tels que la Belgique ou le Luxembourg appliquent ou ont appliqué l'effet horizontal direct; cf. jurisprudence citée par: SPIELMANN, p. 44 ss. La Constitution d'Afrique du Sud prévoit un effet horizontal direct des droits fondamentaux à son article 8 alinéa 2: « A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right. »

³⁵³ MARGUENAUD, *Influence*, p. 86.

³⁵⁴ CASS. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, Bull. 1999, V n° 7 p. 4; voir les observations de: LYON-CAEN / VACARIE, p. 426; cf. DEBET, p. 80 s., voir auparavant un arrêt condamnant un organe de presse privé pour violation de l'art. 8 CEDH: CASS. civ. I, 23 octobre 1990, n°89-13.163, Bull. 1990 I n° 222 p. 158.

³⁵⁵ CARILLON Alain, *Les sources européennes des droits de l'Homme salarié*, Bruylant, Bruxelles 2006, p. 68.

³⁵⁶ CASS. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, Bull. 1999, V n° 7 p. 4.

³⁵⁷ LYON-CAEN/VACARIE, p. 430.

En France, l'effet horizontal direct peut aussi s'appuyer sur la Déclaration de 1789 reste une source intéressante; son article 4³⁵⁸ « confirme l'intervention des droits entre personnes privées et la nécessaire immixtion de l'Etat législateur dans ce cadre »³⁵⁹. La Constitution française de 1958 organise les pouvoirs publics, en définit leur rôle et leurs relations. Elle renvoie directement et explicitement à deux autres textes fondamentaux : la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 et le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

C. Une comparaison critique du principe

D'un côté, la méthode de l'application horizontale indirecte des droits fondamentaux ouvre la porte vers une approche souple et flexible d'intégration des valeurs de base dans les différents secteurs du droit. Les droits fondamentaux sont le meilleur gardien de la fonction protectrice du droit du travail; ils permettent de résister aux tentatives de dérégulation. L'effet horizontal indirect permet de maintenir une balance entre flexibilité et sécurité.³⁶⁰

D'un autre côté, l'effet horizontal indirect manque d'efficacité. Pour en revenir à la situation suisse, l'égalité de salaire entre homme et femme est devenue un droit d'effet direct. Pour cela, une volonté politique a été utile afin de faire évoluer la situation de discrimination salariale. Le caractère exceptionnel de l'art. 8 alinéa 3 phrase 3 Cst ne doit pas forcément subsister. Si l'on constate un manque d'efficacité dans certains cas où les droits fondamentaux ne pénètrent pas suffisamment le droit privé, il est tout à fait envisageable de créer de nouveaux droits directs³⁶¹.

Si l'on conclut au manque d'efficacité de l'art. 328 CO, on pourrait, à l'image de l'affaire SILIADIN³⁶², imaginer une condamnation de la Suisse par la Cour pour le manque d'efficacité de cette disposition nationale³⁶³. En effet, le fait qu'une disposition légale existe au niveau national n'est pas toujours suffisant. L'affaire SILIADIN en est la preuve puisque la Cour avait recherché si la législation en cause et l'application qui en avait été faite en l'espèce étaient défailtantes au point d'emporter violation d'une disposition de la CEDH³⁶⁴. Par ailleurs, la CourEDH avait jugé, dans l'affaire X ET Y c. PAYS-BAS, que la protection du droit civil était insuffisante. La législation nationale doit assurer une prévention efficace et nécessaire³⁶⁵.

Prenons encore l'exemple d'un salarié du privé ou du public. Le traitement de l'employé, qu'il soit salarié d'une institution publique ou d'une entité privée diffère

³⁵⁸ L'article 4 de la Déclaration de 1789 dispose: « 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. »

³⁵⁹ MARGUENAUD, *Influence*, p. 79; cf. également RIVERO, *Protection*, p. 316.

³⁶⁰ WEISS, p. 199.

³⁶¹ PULVER, p. 422 s.

³⁶² CourEDH, *Siliadin c. France*, 26 juillet 2005, req. n°73316/01, Rec. 2005-VII.

³⁶³ Cf. ROETZ Damien, *L'art. 4 Conv. EDH violé par la France: une histoire d'esclavage moderne devant la Cour de Strasbourg*, in: D. 2006, p. 346 ss.

³⁶⁴ CourEDH, *Siliadin c. France*, 26 juillet 2005, req. n°73316/01, Rec. 2005-VII, paragr. 130.

³⁶⁵ CourEDH, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, req. n°8978/80, série A vol. 91, paragr. 27; cf. également CourEDH, *M.C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003, req. n°39272/98, Rec. 2003-XII, paragr. 153.

quant à la possibilité d'invoquer l'article 8 CEDH directement dans ses rapports de travail³⁶⁶. Le fonctionnaire peut invoquer directement la Convention contre son employeur qui est l'Etat mais le salarié d'une entreprise privée ne le peut pas, sans reconnaissance de l'effet horizontal direct. Il existe ainsi une réelle discrimination et cette situation est très difficilement justifiable en principe³⁶⁷. Les valeurs de la Convention sont valables tant au regard du droit public qu'au regard du droit privé; les inégalités de pouvoir sont présentes dans les deux formes de relations, qu'elles soient privées ou publiques. L'effet horizontal direct, difficilement applicable dans certains domaines du droit privé, est tout à fait envisageable dans les relations de travail où réside une notion de pouvoir entre un contractant et l'autre; il ne s'agit pas d'un simple contrat bilatéral puisque le principe de subordination existe bel et bien. C'est donc un domaine propice à l'application de cet effet. Sans le recours à l'effet horizontal direct des droits de l'homme, une distinction a bel et bien lieu entre l'employeur public et l'employeur privé.

Or, la nature publique ou privée de l'employeur importe peu. L'analyse de la jurisprudence X ET Y c. PAYS-BAS³⁶⁸ effectuée par CLAPHAM va dans le même sens. Elle confirme que l'article 8 CEDH peut être directement invoqué au niveau national contre des groupes privés³⁶⁹. De plus, CLAPHAM ajoute que cette jurisprudence est importante si l'on considère le nombre d'abus privés en augmentation et effectue une similitude avec les employeurs qu'il considère autant intrusifs que les organes étatiques³⁷⁰. Ce même auteur parle de privatisation des droits de l'homme en montrant que plusieurs affaires menées devant la Cour contre des organes étatiques pourraient se transformer en des affaires menées contre des organismes privés³⁷¹. Un grand nombre d'entités publiques se privatisent; il n'en reste pas moins qu'elles peuvent porter atteinte aux droits de l'homme³⁷².

Au vu de ce qui précède, il serait judicieux de reconnaître un effet horizontal direct de l'article 8 CEDH dans nos systèmes nationaux, afin d'atteindre une protection efficace. Le rayonnement des droits de l'homme est valable tant sur le plan privé que sur le plan public.

De la même manière, la protection offerte par l'article 28 CC et les conséquences juridiques en cas de restrictions aux droits fondamentaux par des personnes privées ne sont pas toujours satisfaisantes³⁷³. S'il s'avère que l'article 328 CO ne conduit pas à

³⁶⁶ Voir la situation anglaise: DAWN Oliver, *The Human Rights Act and Public Law / Private Law Divides*, in: EHRLR Issue 4 2000, p. 353 ss.

³⁶⁷ LEIGH, p. 77; CARILLON, p. 64; cf. également CourEDH, Halford c. Royaume-Uni, 25 juin 1997, req. n°20605/92, Rec. 1997-III, paragr. 48; CourEDH, Young, James and Webster c. Royaume-Uni, 13 août 1981, req. n°7601/76 et 7806/77, série A vol. 44, paragr. 49.

³⁶⁸ CourEDH, X et Y c. Pays-Bas, 26 mars 1985, req. n°8978/80, série A vol. 91.

³⁶⁹ CLAPHAM, *Private sphere*, p. 214.

³⁷⁰ CLAPHAM, *Private sphere*, p. 214.

³⁷¹ Voir CLAPHAM Andrew, *The Privatisation of Human Rights*, in: EHRLR 1995, p. 20-32.

³⁷² L'auteur cite les affaires CourEDH, Young, James and Webster c. Royaume-Uni, 13 août 1981, req. n°7601/76 et 7806/77, série A vol. 44; CourEDH, Malone c. Royaume-Uni, 2 août 1984, req. n°8691/79, série A vol. 82 et CourEDH, Powell et Rayner c. Royaume-Uni, 21 février 1990, req. n°9310/81, série A vol. 172; cf. CLAPHAM, *Privatisation*, p. 21 ss.

³⁷³ GÖKSU, p. 101.

l'application concrète d'une protection effective des droits fondamentaux par les tribunaux, l'absence d'une règle juridique efficace pourrait représenter une violation et être sanctionnée au moyen d'une requête à Strasbourg³⁷⁴. Vu les développements européens, il reste de la place pour de futures initiatives du législateur suisse afin de renforcer la protection de la vie privée des travailleurs³⁷⁵. Il serait donc souhaitable que, si l'on constate l'insuffisante protection des droits fondamentaux par des dispositions telles que les articles 27 ss CC ou 328 ss CO, on s'appuie sur l'article 35 Cst pour établir les règles nécessaires comme il l'a été fait lors de la protection contre la discrimination salariale³⁷⁶.

D'après l'article 35 al. 1 Cst, les droits fondamentaux doivent avoir un effet sur l'ensemble de l'ordre juridique. L'obligation des autorités de veiller à ce que les droits fondamentaux deviennent aussi efficaces entre les particuliers, « pour autant qu'ils conviennent », s'adresse aussi au législateur. Le législateur doit veiller à ce que les droits fondamentaux développent leur effet entre les individus. Le devoir d'interprétation conforme de l'article 328 CO aussi bien que le devoir plus large de réalisation des droits fondamentaux par le législateur sont des devoirs de protection de l'État. Des devoirs de protection ressortent également des obligations de droit international, qui découlent notamment de la CEDH ou des conventions internationales de l'OIT. L'État est le premier destinataire de ces devoirs de protection; en cas de négligence, il peut d'ailleurs en être tenu responsable, au regard de la CourEDH.³⁷⁷

Enfin, l'argument souvent utilisé selon lequel l'effet horizontal indirect permet de mieux gérer les conflits de droit peut être balayé. En effet, l'égalité devant la loi signifie que le cadre de liberté dans lequel vit le particulier lui-même, doit correspondre au même cadre dans lequel vit l'autre particulier. Le but de tous les droits fondamentaux est de garantir la liberté de la personne et non pas de la diminuer ou de l'éliminer. *„Die Ausübung der Vertragsfreiheit muss sich also im Rahmen der Grundrechte halten.“*³⁷⁸ L'autonomie privée a elle aussi ses limites³⁷⁹. Sa pratique ne peut pas avoir pour conséquence de ne jamais détruire ou limiter la liberté de la personne. Elle prend fin lorsque son utilisation ne peut plus être harmonisée par les principes généraux de liberté et lorsque le droit à l'autodétermination renverse sa propre liberté ou celle d'autrui. On pourrait même dire que l'autonomie privée atteint de manière indirecte et non expresse une certaine reconnaissance constitutionnelle.

*« Die Anerkennung der Drittwirkung bedeutet nicht Einschränkung einer "an sich" bestehenden Freiheit privatautonomer Gestaltung der Privatrechtsbeziehungen, sondern Privatautonomie kann sich immer nur verwirklichen in der Rechtsordnung, deren Grundlagen auch durch die grundrechtlichen Ordnungsprinzipien der Verfassung bestimmt sind. »*³⁸⁰

³⁷⁴ PULVER, p. 423.

³⁷⁵ PÄRLI, p. 225 ss.

³⁷⁶ Cf. GÖKSU, p. 101; voir également JÄGGI Peter, *Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit*, in: ZSR 79/1960, p. 219.

³⁷⁷ PÄRLI, p. 228.

³⁷⁸ LEISNER, p. 330.

³⁷⁹ MÜLLER, *Persönlichkeitsschutz*, p. 176 s.

³⁸⁰ MÜLLER, *Persönlichkeitsschutz*, p. 177.

Ainsi, l'autonomie privée ou liberté contractuelle est une liberté qui coexiste à côté des autres droits et libertés. On reconnaît donc que l'autonomie privée garde aussi son sens lors de la mise en application de l'effet horizontal direct; les craintes exprimées par les défenseurs de l'effet horizontal indirect ne sont plus justifiées et ainsi l'argument de l'autonomie privée ne tient plus.³⁸¹

Au-delà des débats doctrinaux, le contentieux entre personnes privées existe bel et bien. A travers un exemple réaliste et concret, Jean RIVERO fait la démonstration qu'un juge peut difficilement refuser un recours basé sur une violation de l'article 8 CEDH, par exemple, entre un travailleur et un employeur. Selon lui, lorsque le juge est « saisi d'un conflit portant sur l'exercice d'une liberté dans les rapports privés, le problème quitte le cadre de ces rapports, et se pose sur le terrain des relations entre particuliers et autorité publique »³⁸². « On voit mal, en effet, comment un juge, organe d'un Etat qui a donné, à certaines libertés, la consécration juridique la plus haute, pourrait, lorsqu'il est sollicité de protéger cette liberté, refuser cette protection, c'est-à-dire donner gain de cause à celui qui a porté atteinte à un droit fondamental, sans se mettre en contradiction avec la règle constitutionnelle qui impose à tous les organes d'Etat, chacun dans l'exercice de sa sphère de compétence, le respect des libertés. »³⁸³ De plus, le tribunal devra avoir le soin, afin d'interpréter la Convention européenne des droits de l'homme dans le litige privé, de se référer à la jurisprudence de la CourEDH³⁸⁴.

Il faut reconnaître qu'il existe des libertés, proclamées par l'Etat, qui se traduisent en réalité principalement dans les relations entre particuliers. Jean RIVERO l'exprime ainsi:

« Poser le principe d'une liberté, c'est nécessairement envisager sa réalisation dans ces deux domaines. A défaut, on aboutirait à une distorsion entre deux éthiques différentes, qui se révélerait inacceptable, car il n'y a pas place, dans une société, pour deux conceptions opposées de l'homme, valables l'une dans les rapports publics, l'autre dans les relations privées. »³⁸⁵

L'application concrète des droits de l'homme implique de ne pas dissocier les relations Etat-particuliers et les relations privées. Afin de passer de l'idéalisme au réalisme, l'action est nécessaire. Cette action peut avoir lieu si la personne a la possibilité d'invoquer son droit. C'est seulement à ce moment-là que les droits de l'homme peuvent produire leurs effets. Enfin, un des derniers critères qui détermine l'effet direct entre particuliers d'une norme conventionnelle est notamment à « rechercher dans l'intention explicite ou tacite des auteurs du texte »³⁸⁶. Ainsi, le Préambule et quelques articles de la CEDH (art. 1, art. 13 et art. 17) sont des arguments en faveur de l'effet horizontal direct³⁸⁷. Le juge interne n'est pas lié par les conditions de recevabilité de la

³⁸¹ MOSER, p. 80 ss.

³⁸² RIVERO, Protection, p. 320.

³⁸³ Idem, p. 320 s.

³⁸⁴ EISSEN, Mélanges Cassin, p. 156.

³⁸⁵ RIVERO, Protection, p. 314.

³⁸⁶ COHEN-JONATHAN, La place de la Convention, p. 3.

³⁸⁷ Pour une analyse détaillée, cf. SPIELMANN, p. 33 ss; EISSEN Marc-André, *La Convention et les devoirs de l'individu*, in: La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen, Dalloz, Paris 1961,

CEDH (voir les art. 34 et 35 CEDH); « rien ne s'oppose à ce qu'il applique la Convention dans des contentieux interindividuels »³⁸⁸. Dans les Mélanges dédiés à René CASSIN, au début des années 1970, Marc-André EISSEN posait deux questions: La Convention tolère-t-elle « dans les relations interindividuelles, l'esclavage, la servitude et les séquestrations arbitraires? Ou reconnaîtra-t-on qu'aux termes des articles 4 et 5, la liberté physique de l'être humain doit demeurer intangible dans les rapports entre particuliers, du moins en principe? »³⁸⁹ La jurisprudence de la Cour a donné une réponse parfaitement claire à ce type de situation: « la Cour estime que limiter le respect de l'article 4 de la Convention aux seuls agissements directs des autorités de l'Etat irait à l'encontre des instruments internationaux spécifiquement consacrés à ce problème et reviendrait à vider celui-ci de sa substance. »³⁹⁰

En ce qui concerne plus particulièrement l'article 8 CEDH, certains auteurs mettent un accent sur la rédaction des clauses limitatives ou restrictives du paragraphe 2. L'article 8 § 2 CEDH mentionne « la protection des droits et libertés d'autrui ». Les auteurs déduisent que tout individu devrait tenir compte des droits et libertés d'autrui en exerçant ses propres droits³⁹¹. Cette interprétation confirmerait l'effet horizontal direct de l'article 8 CEDH.

Plusieurs résolutions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe soulignent également que le droit au respect de la vie privée « doit protéger l'individu non seulement contre l'ingérence des pouvoirs publics, mais aussi contre celle des particuliers et des institutions privées »³⁹². De manière similaire, la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel³⁹³ (ci-après : Convention 108), en son article 3, paragraphe 1 précise : « Les Parties s'engagent à appliquer la présente Convention aux fichiers et aux traitements automatisés de données à caractère personnel dans les secteurs public et privé. » Le rapport explicatif de la Convention 108 précise que « la Convention s'applique aux secteurs public et privé »³⁹⁴ mais que « la plus grande partie de la circulation internationale des données concerne le secteur privé »³⁹⁵. Cette reconnaissance intergouvernementale de garanties données aux individus face aux menaces provenant d'acteurs non-étatiques renforce l'application de la CEDH dans la sphère privée³⁹⁶.

p. 168; EGLI Patricia, p. 227 ss; cf. également MARGUÉNAUD, *Influence*, p. 80 s.

³⁸⁸ COUSSIRAT-COUSTÈRE, p. 14.

³⁸⁹ EISSEN Marc-André, *La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu: une mise à jour*, in: René Cassin *amicorum discipulorumque liber III*, Dalloz, Paris 1971, p. 156 s.

³⁹⁰ CourEDH, *Siliadin c. France*, 26 juillet 2005, req. n°73316/01, Rec. 2005-VII, paragr. 89.

³⁹¹ ALKEMA E. A., *The third-party applicability or Drittwirkung of the European Convention on Human rights*, in: Mélanges WIARDA, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 37; DEBET, p. 69.

³⁹² Résolution 428 (1970) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 23 janvier 1970, portant déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme, ch. C. 7; Résolution 1165 (1998) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 26 juin 1998, portant sur le droit au respect de la vie privée, ch. 12; cf. SPIELMANN, p. 38 s.

³⁹³ Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981, STE n°108.

³⁹⁴ Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif relatif à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, p. <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/108.htm>, paragraphe 33.

³⁹⁵ Idem.

³⁹⁶ CLAPHAM Andrew, *Human rights in the private sphere*, Clarendon Press, Oxford 1998, p. 92.

Section 2. - Les obligations positives

L'applicabilité du droit au respect de la vie privée entre particuliers passe, d'une part, par l'effet horizontal et, d'autre part, par les obligations positives de l'Etat. Ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux.

Nous présenterons la notion (§1) et les distinctions entre obligations positives de l'Etat et obligations positives d'acteurs non-étatiques (§2).

§ 1. La notion

La notion d'obligations positives comprend les obligations de droits de l'homme qui imposent à l'Etat un devoir d'entreprendre une action positive afin d'assurer la réalisation effective du droit protégé³⁹⁷. Nous allons d'abord voir comment cette notion a évolué (A.) puis nous examinerons les critères de contrôle (B.)

A. L'évolution de la notion

Historiquement, le concept d'obligations positives était utilisé pour différencier les droits économiques, sociaux et culturels des droits civils et politiques. Il avait par exemple été affirmé que les obligations découlant du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels étaient des obligations *positives* puisqu'elles impliquaient que les Etats entreprennent des actions alors que les obligations découlant du Pacte international relatif aux droits civils et politiques contenaient essentiellement des obligations *négatives* ou des devoirs d'abstention. Cette distinction a été abandonnée et il est aujourd'hui généralement reconnu que la réalisation effective ainsi que la mise en œuvre des deux catégories de droits impliquent une action de l'Etat.³⁹⁸

La Commission européenne des droits de l'homme, puis la CourEDH, ont constaté que les obligations prévues par la CEDH de respecter ou de ne pas interférer un certain droit ou une liberté pouvaient impliquer une obligation d'agir³⁹⁹. Cette obligation permet d'assurer l'exercice effectif des droits et libertés; l'effectivité étant une préoccupation de la Cour⁴⁰⁰. Comme le mentionne le rapport de la Commission dans

³⁹⁷ BORELLI Silvia, *Positive Obligations of States and the Protection of Human Rights*, in: Interights Bulletin Vol. 15 n°3 2006, p. 101; voir les traités régionaux de droits de l'homme qui contiennent tous des obligations pour les Etats contractants telles que: « to recognise, to respect, to ensure, to secure human rights »; cf. art. 1 CEDH, art. 1 Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 1 Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

³⁹⁸ BORELLI, p. 101; VAN HOOFF Fried, *The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views*, in: ALSTON/TOMASEVSKI, *The Right to Food*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/The Hague 1984, p. 97; cf. également SUDRE, *Droit européen*, p. 257 ss.

³⁹⁹ VAN DIJK Pieter, *Positive Obligations Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the Masters of the Convention?*, in: *The Role of the Nation-State in the 21st Century*, Essays in Honour of Peter BAEHR, Kluwer, The Hague/Boston/London 1998, p. 18.

⁴⁰⁰ MALINVERNI Giorgio, *Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme*, in: *Im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift für Dietrich SCHINDLER zum 65. Geburtstag*, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Frankfurt am Main 1989, p. 548 s.; GREWE Constance, *Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français: le rôle de médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in: RUDH 2004, p. 28.

l'affaire YOUNG, JAMES ET WEBSTER: « *It is well established by now that apart from protecting the individual against State action, there are Articles of the Convention which oblige the State to protect individual rights even against the action of others.* »

⁴⁰¹ Cette doctrine est particulièrement pertinente dans le cas du respect de la vie privée puisque la plupart des interférences dans ce droit sont dues à des personnes privées⁴⁰². L'Etat est ainsi obligé de prendre des mesures, en particulier des mesures légales, afin d'éviter ou de supprimer de telles actions.

Ainsi, lorsqu'un droit garanti par la Convention « ne trouve pas, dans un contentieux interindividuel, sa consécration judiciaire, une requête pourra être introduite contre l'Etat pour n'avoir pas, soit en la personne du législateur soit en celle du juge, assuré la jouissance de ce droit garanti »⁴⁰³. Les obligations positives, imposées notamment par l'article 8 CEDH, exigent de l'Etat l'adoption de mesures, d'ordre législatif ou autres, destinées à rendre effectives l'interdiction de violations et d'atteintes au droit fondamental. L'Etat ne doit plus seulement s'abstenir d'intervenir dans les libertés de chacun mais il peut être amené à agir concrètement pour assurer le respect de certains intérêts personnels⁴⁰⁴.

L'efficacité juridique ou l'effet horizontal est un prolongement de l'obligation positive de l'Etat⁴⁰⁵. La CourEDH n'utilise jamais le terme d'effet horizontal mais base ses décisions sur le principe des obligations positives. L'effet horizontal est sous-jacent dans les cas d'obligations positives imposées à l'Etat suite à un contentieux interindividuel. La CourEDH semble avoir utilisé le concept d'obligations positives pour attribuer indirectement un certain effet à des dispositions de la CEDH dans les relations privées⁴⁰⁶. Il est regrettable que la Haute instance de Strasbourg ne traite pas directement de la question de l'effet horizontal, en se basant par exemple sur quelques droits nationaux, surtout dans le domaine des relations de travail⁴⁰⁷. L'établissement des critères de choix pour imposer ou non des obligations positives à l'Etat serait peut-être plus clair. Les juges aiment à préciser qu'elle n'a pas à « élaborer une théorie générale des obligations positives de nature à découler de la Convention »⁴⁰⁸.

⁴⁰¹ CourEDH, Young, James et Webster c. Royaume-Uni, req. n°7601/76 et n°7806/77, Rapport du 14.12.1979, paragr. 168, Serie B n°39.

⁴⁰² COHEN-JONATHAN Gérard, *Respect for Private and Family Life*, in: The European System for the Protection of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1993, p. 410.

⁴⁰³ COUSSIRAT-COUSTERE, Convention, p. 15.

⁴⁰⁴ CourEDH, X et Y c. Pays-Bas, 26 mars 1985, req. n°8978/80, série A vol. 91; CourEDH, Botta c. Italie, 24 février 1998, req. n°21439/93, Rec. 1998-I; CourEDH, Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, req. n°6833/74, série A vol. 31, paragr. 31; CourEDH, Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, req. n°6289/73, série A vol. 32, paragr. 26.

⁴⁰⁵ LYON-CAEN / VACARIE, p. 452 s. ; pour une explication détaillée sur la relation entre les obligations positives et l'effet horizontal, voir: BESSON Samantha, *Les obligations positives de protection des droits fondamentaux – Un essai en dogmatique comparative*, in: RDS 122/2003, p. 66 ss.

⁴⁰⁶ VAN DIJK, p. 19.

⁴⁰⁷ SUDRE Frédéric, *Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée*, in: SUDRE Frédéric (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2004 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Nemesis/Bruylant 2005, p. 32.

⁴⁰⁸ CourEDH, Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche, 21 juin 1988, req. n°10126/82, série A vol. 139, paragr. 49.

La Cour estime que l'article 8 CEDH peut engendrer des obligations positives inhérentes à un respect effectif des valeurs qu'elle protège⁴⁰⁹. L'objectif principal réside dans l'effectivité des droits de l'homme⁴¹⁰. La jurisprudence de Strasbourg contient un large éventail d'arrêts qui confirment la théorie des obligations positives⁴¹¹, mais c'est probablement le droit au respect de la vie privée et familiale qui a le plus bénéficié de son enrichissement⁴¹².

L'arrêt X ET Y c. PAYS-BAS⁴¹³ représente incontestablement l'arrêt de référence en matière d'effet horizontal et d'obligations positives. Il impose des obligations positives à l'Etat, là où celui qui commet une infraction pénale est un privé. Cela confirme que le comportement d'un privé entre dans le champ d'application de l'article 8 CEDH⁴¹⁴. Dans cet arrêt, le manquement de l'Etat réside dans la protection inadéquate de la victime par le système légal national. L'Etat n'a pas rempli son obligation positive d'assurer les droits de la Convention à chacun⁴¹⁵. L'article 8 CEDH impose donc à l'Etat, non seulement l'abstention mais aussi l'action afin de préserver les citoyens d'une violation:

« L'article 8 ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale (...). Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux. »⁴¹⁶

⁴⁰⁹ CourEDH, Kroon c. Pays-Bas, 27 octobre 1994, req. n°18535/91, série A vol. 297-C, paragr. 31; CourEDH, M.C. c. Bulgarie, 4 décembre 2003, req. n°39272/98, Rec. 2003-XII, paragr. 150; voir également: SUDRE, Vie privée, p. 29; KILKELLY Ursula, *Le droit au respect de la vie privée et familiale*, Précis sur les droits de l'homme n°1, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg 2003, p. 21.

⁴¹⁰ SUDRE / MARGUÉNAUD / ANDRIANTSIMBAZOVINA / GOUTTENOIRE / LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 6^{ème} édition, PUF, Paris 2011, p. 20 ss; EGLI Patricia, p. 235 ss. ; CourEDH, Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, req. n°6289/73, série A vol. 32, paragr. 33.

⁴¹¹ « L'examen de la jurisprudence européenne amène à constater un usage quasi-systématique par le juge européen de la technique des obligations positives. »: SUDRE, Vie privée, p. 27.

⁴¹² SUDRE / MARGUÉNAUD / ANDRIANTSIMBAZOVINA / GOUTTENOIRE / LEVINET, p. 25 ss; voir notamment les arrêts suivants: CourEDH, Johnston et autres c. Irlande, 18 décembre 1986, req. n°9697/82, série A vol. 112; CourEDH, Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, req. n°6289/73, série A vol. 32; CourEDH, Eriksson c. Suède, 22 juin 1989, req. n°11373/85, série A vol. 156; CourEDH, Keegan c. Irlande, 26 mai 1994, req. n°16969/90, série A vol. 290; CourEDH, Gaskin c. Royaume Uni, 7 juillet 1989, req. n°10454/83, série A vol. 160; CourEDH, Lopez Ostra c. Espagne, 9 décembre 1994, req. n°16798/90, série A vol. 303-C; CourEDH, c et autres c. Italie, 19 février 1998, req. n°14967/89, Rec.1998-I; CourEDH, Christine Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, req. n°28957/95, Rec. 2002-VI; CourEDH, X et Y c. Pays-Bas, 26 mars 1985, req. n°8978/80, série A vol. 91; CourEDH, Osman c. Royaume-Uni, 28 octobre 1998, req. n°23452/94, Rec. 1998-VIII; CourEDH, Mikulic c. Croatie, 7 février 2002, req. n°53176/99, Rec. 2002-I; CourEDH, Craxi (n°2) c. Italie, 17 juillet 2003, req. n°25337/94, Rec. 2003; CourEDH, Von Hannover c. Allemagne, 24 juin 2004, req. n°59320/00, Rec. 2004-VI; CourEDH, Cotlet c. Roumanie, 3 juin 2003, req. 38565/97, Rec. 2003; CourEDH, Cvijetic c. Croatie, 26 février 2004, req. n°71549/01; CourEDH, McGinley et Egan c. Royaume-Uni, 9 juin 1998, req. n°21825/93 et 23414/94, Rec. 1998-III; CourEDH, Fadeyeva c. Russie, 9 juin 2005, req. n°55723/00, Rec. 2005-IV.

⁴¹³ CourEDH, X et Y c. Pays-Bas, 26 mars 1985, req. n°8978/80, série A vol. 91.

⁴¹⁴ CLAPHAM, *Private sphere*, p. 214.

⁴¹⁵ CLAPHAM, *Private sphere*, p. 215.

⁴¹⁶ CourEDH, X et Y c. Pays-Bas, 26 mars 1985, req. n°8978/80, série A vol. 91, paragr. 23.

Les obligations positives sont applicables à un vaste choix de circonstances, s'étendant des questions de l'accès aux centres commerciaux⁴¹⁷ aux questions de la pollution produite par des particuliers^{418, 419}.

Dans les cas spécifiques de *privatisation de services publics*, il a été souvent prétendu que l'Etat n'était plus responsable de la réalisation des droits et que la responsabilité était sous-traitée au secteur privé. Or, malgré la responsabilité de l'entité privée, l'Etat continue d'être responsable en matière de droits de l'homme⁴²⁰. Si ce n'était pas le cas, on arriverait à des différences de traitement entre salariés de l'Etat et salariés du privé. Malheureusement, ces différences sont bien réelles puisque, « victime d'une même violation d'un même droit, un salarié tantôt pourra bénéficier de la protection de la Convention parce qu'il est dans une situation qui le permet, tantôt ne pourra pas en bénéficier parce que les circonstances ne le permettent pas »⁴²¹. La mise en œuvre des obligations positives ne devrait pas dépendre de la qualité de l'employeur.

B. Les critères de contrôle

Il existe différents critères qui permettent de décider si des obligations positives sont engagées. Les deux critères principaux sont *la marge d'appréciation de l'Etat et le principe de proportionnalité*. Ils permettent, la plupart du temps, à la Cour de décider si l'Etat doit ou non s'acquitter d'obligations positives.

1° Le critère de *la marge d'appréciation* laisse le choix à l'Etat. L'Etat reste libre du choix des moyens pour remplir l'obligation positive; une large marge d'appréciation lui est accordée⁴²². Dans certains cas jugés par la Cour, les Etats n'ont toutefois pas eu le libre choix des moyens à utiliser pour s'acquitter de l'obligation⁴²³. « L'étendue de la marge d'appréciation varie en effet selon les circonstances de temps et de lieu, la nature du droit en cause ou des activités en jeu, le but de l'ingérence dans le droit, l'existence ou non d'un "dénominateur commun" aux systèmes juridiques des Etats contractants. »⁴²⁴ Cette étendue peut

⁴¹⁷ CourEDH, Appleby et autres c. Royaume-Uni, 6 mai 2003, req. n° 44306/98, Rec. 2003-VI.

⁴¹⁸ CourEDH, Lopez Ostra c. Espagne, 9 décembre 1994, req. n°16798/90, série A vol. 303-C; CourEDH, Moreno Gomez c. Espagne, 16 novembre 2004, req. n°4143/02, Rec. 2004-X; CourEDH, Fadeyeva c. Russie, 9 juin 2005, req. n° 55723/00, Rec. 2005-IV.

⁴¹⁹ BORELLI, p. 102.

⁴²⁰ TRIPATHI Salil, *Social Human Rights and International Economical Policy*, in: Menschenrechte und Wirtschaft, Stämpfli, Berne 2005, p. 156; cf. GAYLE / GOODRICH (2006), *Exploring the Implications of Privatization and Deregulation*, in: OTENYO/LIND (ed.) *Comparative Public Administration*, Emerald Group Publishing Limited, New York 2006, p.463-488; CourEDH, Fadeyeva c. Russie, 9 juin 2005, req. n° 55723/00, Rec. 2005-IV, paragr. 92.

⁴²¹ CARILLON, p. 82.

⁴²² SUDRE / MARGUENAUD / ANDRIANTSIMBAZOVINA / GOUTTENOIRE / LEVINET, p. 28; KILKELLY, p. 21; MALINVERNI, p. 549; CourEDH, Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, req. n°6289/73, série A vol. 32; CourEDH, Johnston et autres c. Irlande, 18 décembre 1986, req. n°9697/82, série A vol. 112, paragr. 55; CourEDH, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, req. n°9214/80, 9473/81 et 9474/81, série A vol. 94, paragr. 67; CourEDH, Rees c. Royaume-Uni, 17 octobre 1986, req. n°9532/81, série A vol. 106, paragr. 37; CourEDH, Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche, 21 juin 1988, req. n°10126/82, série A vol. 139, paragr. 34; CourEDH, Osman c. Royaume-Uni, 28 octobre 1998, req. n°23452/94, Rec. 1998-VIII, paragr. 116.

⁴²³ CourEDH, Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, req. n°6833/74, série A vol. 31, paragr. 58; CourEDH, Siliadin c. France, 26 juillet 2005, req. n°73316/01, Rec. 2005-VII.

⁴²⁴ SUDRE, Obligations positives, p. 1371; cf. CourEDH, Hatton et autres c. Royaume-Uni, 8 juillet 2003, req.

aussi dépendre de la précision de la disposition conventionnelle⁴²⁵. Il est toutefois très difficile de prévoir ce que la CourEDH décidera car le critère de la marge d'appréciation est très large⁴²⁶ et son usage est essentiellement politique.

- 2° Le critère du *principe de proportionnalité* entre également en jeu lors de l'établissement d'obligations positives⁴²⁷. Afin de déterminer l'existence éventuelle d'une obligation positive, la Cour « doit se demander si un juste équilibre a pu être établi entre l'intérêt général de la collectivité et les intérêts de l'individu »⁴²⁸. Par exemple, selon la jurisprudence de Strasbourg, dès lors qu'un droit individuel important est en jeu et que le requérant a subi un préjudice majeur, une obligation positive risque de naître. Par contre, lorsque le préjudice est minime ou lorsque l'enjeu porte un intérêt important de l'Etat, les Juges sont moins enclins à adopter cette approche. »⁴²⁹

En ce qui concerne les relations de travail, le principe de proportionnalité est difficile à appliquer. Dès lors, la marge d'appréciation est le critère choisi et il est plutôt large. Un arrêt illustre la position de la CourEDH à ce sujet:

« Vu le caractère sensible des questions sociales et politiques qu'implique la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts respectifs des salariés et des employeurs, et compte tenu du fort degré de divergence entre les systèmes nationaux à cet égard, les Etats contractants bénéficient d'une ample marge d'appréciation [...]. C'est ainsi que la Cour n'a encore jamais condamné un Etat contractant pour n'avoir pas imposé à un employeur l'obligation de reconnaître un syndicat ou pour n'avoir pas proposé un système de négociation collective obligatoire. Toutefois, lorsque le droit interne d'un Etat contractant autorise la conclusion entre syndicats et employeurs d'accords de monopole syndical qui vont à l'encontre de la liberté de choix de l'individu inhérente à l'article 11, la marge d'appréciation doit être considérée comme réduite. La Cour rappelle à cet égard que bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante (Young, James et Webster, § 63, et

n° 36022/97, Rec. 2003-VIII, paragr. 103; CourEDH, Buckley c. Royaume-Uni, 25 septembre 1996, req. n°20348/92, Rec.1996-IV, paragr. 74.

⁴²⁵ SUDRE, Obligations positives, p. 1371; CourEDH, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, req. n°9214/80, 9473/81 et 9474/81, série A vol. 94, paragr. 67.

⁴²⁶ SUDRE le démontre en analysant les arrêts CourEDH, Christine Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, req. n°28957/95, Rec. 2002-VI et CourEDH, Odièvre c. France, 13 février 2003, req. n°42326/98, Rec. 2003-III qui aboutissent à des décisions difficilement prévisibles en terme d'imposition d'obligations positives: SUDRE, Vie privée, p. 30.

⁴²⁷ CourEDH, Rees c. Royaume-Uni, 17 octobre 1986, req. n°9532/81, série A vol. 106, paragr. 37; CourEDH, Powell et Rayner c. Royaume-Uni, 21 février 1990, req. n°9310/81, série A vol. 172, paragr.41 ; MOCK Hanspeter, *Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance à l'aube du XXIème siècle*, in: RUDH n°7-10 1998, p. 239; SUDRE / MARGUÉNAUD / ANDRIANTSIMBAZOVINA / GOUTTENOIRE / LEVINET, p. 28 ss; sur l'application du principe de proportionnalité aux obligations positives dans la jurisprudence suisse, voir: ATF 126 II 300 consid. 5b.

⁴²⁸ KILKELLY, p. 21.

⁴²⁹ Idem, p. 22.

Chassagnou et autres, §§ 112 et 113). »⁴³⁰

Cet extrait montre la complexité des critères utilisés par la CourEDH. La marge d'appréciation peut parfois être réduite lorsqu'il s'agit d' « assurer aux minorités un juste traitement ». Le principe de proportionnalité est appliqué *in concreto* et la Cour tient compte de « l'évolution dans la perception ».

- 3° Un critère supplémentaire utilisé par la jurisprudence de Strasbourg est celui de *l'évolution des législations internes* pour définir une obligation positive⁴³¹. Plus largement encore, la Cour se réfère à la diversité des pratiques suivies dans les Etats contractants et au large consensus qu'elles pourraient atteindre⁴³². Il s'agit d'un aspect intéressant de l'analyse mais malheureusement, ce critère n'est pas utilisé de manière constante.

« Le contrôle des obligations positives manque de rigueur et paraît singulièrement plus flou que le contrôle des obligations négatives. Cela tient d'abord au fait que la Cour, bien qu'affirmant appliquer des principes comparables, ne reprend pas, pour les ingérences passives, la démarche qui est la sienne pour les ingérences actives et qui consiste à contrôler si l'ingérence est bien prévue par la loi, si elle poursuit un but légitime et si elle est nécessaire dans une société démocratique. Le plus souvent, la juridiction européenne semble faire l'impasse sur les deux premières conditions, bien qu'elles paraissent tout aussi pertinentes en matière d'ingérences actives que d'ingérences passives (omissions, décisions de refus, mesures insuffisantes). »⁴³³

L'imprévisibilité de la CourEDH en matière d'obligations positives peut amener à croire que « la CEDH est un instrument inadapté aux relations régies par le droit du travail »⁴³⁴. On peut illustrer par deux exemples: un où l'Etat participe à la relation de travail et un autre où l'Etat ne participe en aucune façon à la relation de travail ; une fois, la CEDH s'applique par son effet vertical et l'autre fois par son effet horizontal⁴³⁵. Dans le deuxième cas, le salarié doit apporter la preuve de l'existence de l'obligation positive de l'Etat. « Cette démarche supplémentaire est de nature à rendre plus difficile la protection du salarié par la Convention et présente un caractère aléatoire difficilement conciliable avec une protection efficace des droits du salarié. »⁴³⁶ Une telle situation n'est plus acceptable et deux

⁴³⁰ CourEDH, *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*, 11 janvier 2006, req. n°52562/99 et 52620/99, paragr. 58.

⁴³¹ CourEDH, *M.C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003, req. n°39272/98, Rec. 2003-XII; SUDRE, *Vie privée*, p. 29; LEACH Philip, *Positive Obligations from Strasbourg – Where do the Boundaries Lie?*, in: *Interights Bulletin* Vol. 15 n°3 2006, p. 125.

⁴³² CourEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, req. n°9214/80, 9473/81 et 9474/81, série A vol. 94, paragr. 67; CourEDH, *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, req. n°9532/81, série A vol. 106, paragr. 37; CourEDH, *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, req. n°10843/84, série A vol. 184, paragr. 37 et 40; CourEDH, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, Rec. 1997-II, p. 632, paragr. 52; VAN DIJK, p. 20 s.

⁴³³ SUDRE, *Obligations positives*, p. 1373.

⁴³⁴ CARILLON, p. 86.

⁴³⁵ *Idem*, p. 83.

⁴³⁶ *Idem*, p. 83.

arguments supplémentaires viennent appuyer cette appréciation. Premièrement, le traitement d'une personne ne doit pas être différent selon que son employeur soit privé ou public⁴³⁷. Deuxièmement, cette distinction « va à contre-courant des autres textes internationaux tels que la Charte sociale européenne qui accorde une protection des droits sociaux indépendamment de la qualité de fonctionnaire ou de salarié de la personne concernée »⁴³⁸.

Enfin, pour une meilleure prévisibilité des décisions de Strasbourg, il serait bon que la CourEDH utilise les conditions de contrôle habituelles que sont la base légale, le but légitime et la nécessité dans une société démocratique afin de déterminer tant les obligations négatives que les obligations positives⁴³⁹.

§ 2. *Les distinctions*

Nous distinguerons les obligations positives de l'Etat (A.) mais également celles des acteurs non-étatiques (B.)

A. *Les obligations positives de l'Etat*

Afin de connaître le *type d'obligations positives* que doit mettre en œuvre l'Etat, il n'existe aucun critère défini pour déterminer si et quand l'efficacité de l'action est réalisée. On présume toutefois que l'objectif d'une obligation positive est l'efficacité et l'effectivité. L'effectivité peut dépendre largement du droit impliqué, des circonstances du cas et de la situation du pays concerné⁴⁴⁰. La problématique se situe autour de l'étendue des obligations positives⁴⁴¹. Il existe une grande échelle entre l'effectivité minimale et l'efficacité maximale. Ainsi, il est judicieux de distinguer d'une part les prestations positives de l'Etat (1.) et d'autre part, les droits sociaux (2.).

1. *Les prestations positives*

En Suisse⁴⁴², la mise en application des obligations positives se fait par le biais de prestations positives. Leur mise en œuvre dépend de la nature et de la finalité de la liberté invoquée et du genre de prestation exigée⁴⁴³. Le critère décisif est celui de *la justiciabilité*⁴⁴⁴. Des droits à des prestations positives sont reconnus par le TF⁴⁴⁵ si les

⁴³⁷ Idem, p. 84 ; l'auteur se réfère à l'art. 14 CEDH.

⁴³⁸ Idem, p. 85.

⁴³⁹ Opinion concordante du juge WILDHABER sous CourEDH, *Stjerna c. Finlande*, 25 novembre 1994, req. n°18131/9, série A vol. 299-B; SUDRE, *Obligations positives*, p. 1375; cf. BESSON, *Obligations positives*, p. 87 ss; cf. CourEDH, *Fadeyeva c. Russie*, 9 juin 2005, req. n° 55723/00, Rec. 2005-IV.

⁴⁴⁰ VAN DIJK, p. 22.

⁴⁴¹ BESSON, *Obligations positives*, p. 83.

⁴⁴² En France, la théorie des obligations positives n'est pas très développée; on pourrait la rapprocher de la théorie des droits-créances: cf. FAVOREU / GAÏA / GHEVONTAN / MELIN-SOUCRAMANIEN / PENA / PFERSMANN / PINI / ROUX / SCOFFONI / TREMEAU, p. 350 ss.

⁴⁴³ AUER, p. 19.

⁴⁴⁴ MÜLLER, *Théorie*, p. 67; cf. également MÜLLER Jörg Paul, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2^{ème} édition, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Frankfurt am Main 1981, p. 183 ss.

⁴⁴⁵ Quelques exemples d'arrêts accordant un droit à des prestations positives: ATF 104 Ia 377; ATF 37 I 199; ATF 97 I 230 = JdT 1972 I 114; ATF 105 Ia 35; ATF 109 Ia 159; ATF 110 Ia 67; ATF 110 Ia 36; ATF 107 Ia 307.

droits sont suffisamment précis et s'ils peuvent être appliqués par le juge; ils doivent pouvoir être raisonnablement concrétisés⁴⁴⁶. Le droit doit être qualifié. Les critères à appliquer peuvent être celui de la gravité de l'atteinte et celui de l'opportunité d'une intervention⁴⁴⁷. Le système suisse mettra plus facilement en œuvre des petites prestations clairement établies que des « grandes » prestations considérées comme de véritables droits sociaux, dont la justiciabilité est la plupart du temps niée.

L'application des droits dépend de la capacité durable de respecter et de maintenir ces droits; cette capacité est difficile à estimer car elle fluctue en fonction de la durée et d'autres circonstances (Exemple: si un pays s'endette pour financer un nouveau droit, il se peut qu'à long terme il diminue sa capacité globale à respecter et maintenir les droits). Il n'existe aucune entité qui représente en juste proportion tous les coûts impliqués dus au respect et au maintien des droits. Enfin, le concept de faisabilité exige un décompte des priorités des différents droits et un tel système implique des difficultés tant théoriques que pratiques.⁴⁴⁸

Enfin, en droit du travail, le TF ne reconnaît pas seulement des obligations positives dans des cas d'atteintes d'origine étatique mais aussi lorsque les atteintes sont le fait de particuliers⁴⁴⁹. L'application de l'article 8 CEDH ou de l'article 13 Cst dans des affaires de droit du travail est effectuée par le biais des obligations positives: la portée des droits fondamentaux « peut se révéler utile dans la détermination de ce qui est tolérable dans les relations entre particuliers »⁴⁵⁰. Ainsi, la jurisprudence suisse concernant le droit du travail utilisera plus facilement la théorie des obligations positives que celle de l'effet horizontal. En recourant aux obligations positives, le TF évite « une intervention trop stricte du droit dans l'autonomie privée »⁴⁵¹.

2. *Les droits sociaux*

Les obligations positives peuvent engendrer des dépenses effectives et le déploiement de ressources pour s'assurer que le droit peut être librement exercé⁴⁵². Elles peuvent ainsi avoir des conséquences sociales et économiques de grande envergure au delà des violations individuelles, dès lors que des changements substantiels de la loi nationale et de la politique sont exigés⁴⁵³. Ce sont les droits sociaux.

Une partie de la doctrine avance que les droits sociaux ne sont « pas de véritables droits, exigibles au sens juridique du terme, mais plutôt des objectifs, des buts puisque non justiciables devant (et par) les tribunaux »⁴⁵⁴. Ces droits sont aussi appelés programmatiques. Une autre partie de la doctrine soutient que « ces droits doivent

⁴⁴⁶ MÜLLER, *Théorie*, p. 67.

⁴⁴⁷ ATF 119 Ia 28 consid. 2; cf. BESSON, *Obligations positives*, p. 76 s.

⁴⁴⁸ NICKEL James, *How Human Rights Generate Duties to Protect and Provide*, in: *Human Rights Quarterly* Vol. 15 1993, p. 81 s.

⁴⁴⁹ Cf. ATF 119 Ia 28; ATF 126 II 300 consid. 5a; ATF 129 I 12; voir BESSON, *Obligations positives*, p. 49-96.

⁴⁵⁰ ATF 130 III 28 consid. 4.2.

⁴⁵¹ BESSON, *Obligations positives*, p. 69.

⁴⁵² CLAPHAM, *Private sphere*, p. 345; TRIPATHI Salil, *Social Human Rights and International Economical Policy*, in: *Menschenrechte und Wirtschaft*, Stämpfli, Berne 2005, p. 154.

⁴⁵³ BORELLI, p. 102.

⁴⁵⁴ HERRERA Carlos Miguel, *Sur le statut des droits sociaux – La constitutionnalisation du social*, in: RUDH 2004, p. 32.

s'entendre comme supposant de la part de l'Etat une action positive, soit en vue de fournir des prestations aux individus (protection de la santé ou de la famille, droit à la culture, etc.) soit en vue d'organiser la vie économique (association des travailleurs à la gestion de l'entreprise, progressivité de l'impôt, droit de propriété) »⁴⁵⁵.

Sur le plan international, les devoirs imposés par les droits de l'homme sont souvent formulés de la manière suivante: « *to respect, to protect, to promote and to fulfil* »⁴⁵⁶. Les droits de l'homme imposent donc une combinaison de devoirs négatifs et positifs à l'Etat. Dans le contexte des droits économiques et sociaux, *l'obligation de respecter* implique que le gouvernement devrait s'abstenir d'avoir une législation ou une conduite qui a pour effet de priver ou de limiter l'accès des personnes aux droits économiques et sociaux⁴⁵⁷. *L'obligation de protéger* oblige l'Etat à adopter des mesures législatives afin de s'assurer que les acteurs privés ne violent pas les droits économiques et sociaux des personnes. *Le devoir promotionnel* de l'Etat nécessite un devoir d'information et d'éducation pour le public afin qu'il puisse accéder aux mécanismes des droits sociaux⁴⁵⁸. Enfin, *l'obligation d'accomplir* est définie comme le devoir de faciliter et de fournir l'accès aux droits.⁴⁵⁹

Sur le terrain des prestations économiques et sociales, la Commission européenne des droits de l'homme restait réticente lorsqu'il s'agissait d'imposer des obligations positives⁴⁶⁰. Aujourd'hui, avec le développement de la jurisprudence et les références faites à la Charte sociale européenne, ces réticences tendent petit à petit à s'estomper⁴⁶¹. Comme le souligne SUDRE, il paraît « aisé d'admettre que l'effectivité [du droit au respect de la vie privée et familiale] commande l'adoption par l'Etat de mesures positives »⁴⁶². Il continue en affirmant que « l'obligation positive de garantir la dignité de la vie humaine est "inhérente" à la Convention elle-même »⁴⁶³. La jurisprudence de la Cour a aussi « englobé dans le champ d'application de certains articles de véritables droits sociaux: par exemple le droit à l'environnement⁴⁶⁴, composante du respect de la

⁴⁵⁵ RIVERO / VEDEL, *Les principes économiques et sociaux de la Constitution: le préambule*, in: Dr. soc. 1947, p. 16.

⁴⁵⁶ Cette formule est utilisée par l'ECOSOC à propos des droits économiques, sociaux et culturels; cf. LIEBENBERG Sandra, *Adjudicating the Positive Duties Imposed by Economic, Social and Cultural Rights*, in: Interights Bulletin Vol. 15 n°3 2006, p. 109.

⁴⁵⁷ L'obligation de respecter est aussi mentionnée dans la CEDH et notamment à l'art. 8 CEDH: « droit au respect de la vie privée et familiale »; cf. MALINVERNI, p. 549 ss.

⁴⁵⁸ On peut rapprocher cette obligation de promouvoir le devoir d'informer et de consulter le public mentionné dans les arrêts suivants: CourEDH, Guerra et autres c. Italie, 19 février 1998, req. n°14967/89, Rec.1998-I; CourEDH, McGinley et Egan c. Royaume-Uni, 9 juin 1998, req. n°21825/93 et 23414/94, Rec. 1998-III, paragr. 101; CourEDH, Öneriyildiz c. Turquie, 30 novembre 2004, req. n°48939/99, Rec. 2004-XII; CourEDH, Roche c. Royaume-Uni, 19 octobre 2005, req. n°32555/96; CourEDH, Fadeyeva c. Russie, 9 juin 2005, req. n° 55723/00, Rec. 2005-IV.

⁴⁵⁹ LIEBENBERG, p. 109.

⁴⁶⁰ SUDRE, Obligations positives, p. 1365.

⁴⁶¹ Cf. CourEDH, Sørensen et Rasmussen c. Danemark, 11 janvier 2006, req. n° 52562/99 et 52620/99.

⁴⁶² SUDRE, Obligations positives, p. 1366.

⁴⁶³ SUDRE, Obligations positives, p. 1366.

⁴⁶⁴ CourEDH, Lopez Ostra c. Espagne, 9 décembre 1994, req. n°16798/90, série A vol. 303-C; CourEDH, Guerra et autres c. Italie, 19 février 1998, req. n°14967/89, Rec.1998-I; CourEDH, Balmer-Schafroth et autres c. Suisse, 26 août 1997, req. n°22110/93, Rec. 1997-IV; CourEDH, Fadeyeva c. Russie, 9 juin 2005, req. n° 55723/00, Rec. 2005-IV; CourEDH, Hatton et autres c. Royaume-Uni, 8 juillet 2003, req. n° 36022/97, Rec. 2003-VIII.

vie privée et familiale; ou encore le droit aux prestations sociales, considéré comme permettant de mener une vie familiale normale⁴⁶⁵ »⁴⁶⁶. La CourEDH a aussi intégré la protection de la santé⁴⁶⁷ dans le champ de la vie privée et familiale⁴⁶⁸. Il serait également imaginable, aux yeux de SUDRE, que le droit d'un handicapé à l'intégration sociale et à la participation de la vie à la communauté⁴⁶⁹ ainsi que le droit de la travailleuse à la protection de la maternité soient englobés dans le champ d'application de l'art. 8 CEDH⁴⁷⁰. Toutefois, l'art. 8 CEDH n'offre pas « une protection sans limites dans le domaine des droits sociaux »⁴⁷¹. Malgré la vision évolutive de la Cour, les garanties offertes en matière de droits sociaux restent limitées⁴⁷².

Il ne suffit pas d'affirmer des droits mais il faut encore trouver comment les protéger. De grands changements économiques et politiques sont parfois être indispensables à la réelle effectivité des droits de l'homme. Ceci amène une remarque:

« L'énorme problème des pays en voie de développement, c'est que leurs conditions économiques sont souvent telles qu'elles ne leur permettent pas, quelles que soient les intentions dans l'idéal, de développer la protection des droits sociaux. [...] Le problème de (la) mise en œuvre n'est ni un problème philosophique ni un problème moral. Mais ce n'est pas non plus un problème juridique. C'est un problème dont la solution dépend d'un certain développement de la société et, comme tel, il est de nature à défier même la Constitution la plus avancée et le plus parfait mécanisme de garantie juridique. »⁴⁷³

Certes la protection juridictionnelle est le mode le plus efficace de protection, mais il n'en reste pas moins que tous les droits ne sont pas également justiciables, que le développement économique entre les pays n'est pas égal et qu'il manque souvent de moyens suffisants accordés aux entités juridictionnelles. « En réalité, le problème est politique. »⁴⁷⁴ En 1999, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe prônait « un protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme [qui] constituerait un instrument de renforcement de la cohésion sociale, notamment pour combler le fossé des inégalités et établir des sauvegardes au profit des groupes les plus

⁴⁶⁵ CourEDH, Petrovic c. Autriche, 27 mars 1998, req. n°20458/92, Rec. 1998-I.

⁴⁶⁶ COSTA Jean-Paul, *Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe?*, in: Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Mélanges en hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, Bruxelles 2000, p. 142 s.

⁴⁶⁷ CourEDH, McGinley et Egan c. Royaume-Uni, 9 juin 1998, req. n°21825/93 et 23414/94, Rec. 1998-III; CourEDH, Bensaïd c. Royaume-Uni, 6 février 2001, req. n°44599/98, Rec. 2001-I.

⁴⁶⁸ SUDRE Frédéric, *La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme: un exercice de « jurisprudence fiction »?*, in: RTDH n° 55 2003, p. 759.

⁴⁶⁹ CourEDH, Botta c. Italie, 24 février 1998, req. n°21439/93, Rec. 1998-I.

⁴⁷⁰ SUDRE, Droits sociaux, p. 759 ss.

⁴⁷¹ PETTITI Christophe, *La protection des droits sociaux fondamentaux à l'aube du troisième millénaire*, in: Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruylant, Bruxelles 2000, p. 618; CourEDH, Botta c. Italie, 24 février 1998, req. n°21439/93, Rec. 1998-I.

⁴⁷² PETTITI, Droits sociaux, p. 619; SUDRE Frédéric, *La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'homme*, in: Les nouveaux droits de l'homme en Europe, Bruylant, Bruxelles 1999, p. 103 s.

⁴⁷³ BOBBIO Norberto, *Le futur de la démocratie*, Editions du Seuil, Paris 2007, p. 68 (traduction).

⁴⁷⁴ COSTA, p. 153.

vulnérables de la société »⁴⁷⁵. Aujourd'hui, aucun protocole additionnel relatif aux droits sociaux fondamentaux n'existe et l'Assemblée s'adoucit dans ses prises de positions officielles⁴⁷⁶ en demandant une meilleure promotion de la Charte, un rapprochement de l'OIT et une création d'un groupe de travail pour les requêtes individuelles. La Cour ne dispose pas de moyens financiers suffisants pour assumer les requêtes actuelles, alors étendre sa compétence serait, pour l'heure, suicidaire. Comme le soulignait un ancien président de la Cour, il faudrait « consolider la Cour existante, ensuite calculer ce qu'il lui faudra pour protéger les droits économiques et sociaux, s'entendre pour fournir ce supplément (important) de moyens, enfin et enfin seulement étendre la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme »⁴⁷⁷.

Comme le précisait également RIVERO, « tant que le service n'est pas créé, tant que l'Etat n'a pas réuni les moyens nécessaires pour s'acquitter de la dette, le droit du créancier ne peut s'exercer »⁴⁷⁸. Le droit français fait d'ailleurs plutôt référence à des droits-créances qu'à des droits sociaux. « Leur mise en œuvre soulève des difficultés particulières car s'il est relativement aisé d'instituer des garanties pour empêcher l'Etat de mettre en cause les droits-libertés, il est beaucoup plus difficile d'obliger l'Etat à agir au titre de débiteur... »⁴⁷⁹ FAVOREU effectue une étude comparative des différents droits constitutionnels européens en la matière et montre que, progressivement, les droits sociaux acquièrent « une portée et une effectivité appréciable »⁴⁸⁰.

En Suisse, « la prise de conscience des limites des possibilités et compétences de la juridiction constitutionnelle est un argument majeur contre la reconnaissance constitutionnelle – sous la forme de droits subjectifs invocables directement devant un tribunal – de certaines revendications découlant de l'idée de l'Etat social comme, par exemple, le droit au travail ou au logement »⁴⁸¹. Ces droits sociaux figurent dans la Constitution fédérale mais il s'agit en réalité de buts sociaux et « aucun droit subjectif à des prestations de l'Etat ne peut être déduit directement des buts sociaux »⁴⁸². Seul le canton du Jura assure de véritables droits sociaux⁴⁸³. La doctrine suisse considère les droits sociaux comme des lignes programmatiques ou des directives objectives et non pas comme des droits subjectifs⁴⁸⁴. Ainsi, les autorités ne peuvent que favoriser mais non pas garantir les droits sociaux.

Enfin, certains auteurs mettent en garde contre les dangers de l'inflation des droits de l'homme: « Une tendance se manifeste à faire correspondre un droit à tous les besoins

⁴⁷⁵ Rec. 1415 (1999), Protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme relatif aux droits sociaux fondamentaux, adoptée le 23 juin 1999, § 12.

⁴⁷⁶ Rec. 1795 (2007), Le suivi des engagements concernant les droits sociaux, adoptée le 24 mai 2007; Res. 1559 (2007), La dimension sociale de l'Europe : mise en œuvre intégrale de la Charte sociale européenne révisée et évaluation des nouvelles conditions d'emploi et de salaire minimum, adoptée le 26 juin 2007.

⁴⁷⁷ COSTA, p. 154.

⁴⁷⁸ RIVERO Jean, *Les libertés publiques* (1974) T.1, Les droits de l'homme, Paris, p. 100.

⁴⁷⁹ FAVOREU / GAÏA / GHEVONTAN / MELIN-SOUCRAMANIEN / PENA / PFERSMANN / PINI / ROUX / SCOFFONI / TREMEAU, p. 350.

⁴⁸⁰ Idem.

⁴⁸¹ MÜLLER, *Théorie*, p. 68.

⁴⁸² Art. 41 al. 4 Cst; il est important de souligner que la Suisse n'a toujours pas ratifié la Charte sociale européenne.

⁴⁸³ Art. 19, 22 et 40 Cst. du Jura.

⁴⁸⁴ MÜLLER, *Soziale Grundrechte*, p. 187.

et à toutes les aspirations de l'homme, sans que soient sérieusement envisagés la possibilité matérielle et les moyens juridiques de donner à ces droits un contenu effectif. »⁴⁸⁵ RIVERO et MOUTOUH, en se basant sur l'histoire, soulignent également que « les droits de l'homme de la première génération – les libertés fondamentales – seraient menacés d'étouffement par l'hypertrophie des droits de créances »⁴⁸⁶.

B. *Les obligations positives des acteurs non-étatiques*

A l'origine, le principe d'obligations positives lie les Etats (législateur, exécutif, judiciaire), au même titre que les obligations négatives⁴⁸⁷. La question de savoir si d'autres entités sont liées par des obligations positives reste ouverte. Les acteurs non-étatiques devraient idéalement aussi avoir des obligations de protection⁴⁸⁸. Un exemple très simple illustre cette problématique: un patron découvre qu'un de ses employés subit du harcèlement sur le lieu de travail; s'il ne fait rien pour agir et pour faire cesser cette atteinte, il ne remplit pas ses obligations et ainsi il ne permet pas de préserver la dignité de la victime. Le droit de la personnalité du travailleur est touché. Plusieurs questions sont soulevées : Quelles sont les limites du devoir d'assurer la protection de la dignité des autres? A-t-on un devoir négatif de ne pas attaquer la dignité de l'autre ou a-t-on plutôt des devoirs positifs d'aller au-delà du simple principe de non-interférence?

Pour répondre à ces questions, il est utile de reprendre la théorie de KANT sur les *Fondements de la métaphysique des mœurs*:

« ... la fin naturelle qu'ont tous les hommes, c'est leur bonheur propre. Or, à coup sûr, l'humanité pourrait subsister, si personne ne contribuait en rien au bonheur d'autrui, tout en s'abstenant d'y porter atteinte de propos délibéré; mais ce ne serait là cependant qu'un accord négatif, non positif, avec l'humanité comme fin en soi, si chacun ne tâchait pas aussi de favoriser, autant qu'il est en lui, les fins des autres. Car le sujet étant une fin en soi, il faut que ses fins, pour que cette représentation produise chez moi tout son effet, soient aussi, autant que possible, mes fins. »⁴⁸⁹

KANT montre ainsi que tout un chacun peut et doit agir en faveur du respect de l'être humain et des droits de l'homme. Il en va du bonheur de l'humanité et du mieux vivre ensemble. Il paraît ainsi indispensable qu'il soit reconnu aux individus un certain nombre d'obligations positives. Ainsi, aux côtés des Etats, les acteurs non-étatiques tels que les ONG, les individus, les *think tank* et autres entités privées comme les entreprises, auraient eux aussi des obligations de protéger. L'ensemble de ces acteurs, présents sur la scène internationale, doit contribuer à l'effectivité des droits de l'homme. Ces mêmes acteurs non-étatiques conduisent le phénomène de globalisation en dehors du contrôle des Etats. La protection de la dignité humaine requiert donc de la société civile une mobilisation autour des droits de l'homme⁴⁹⁰.

⁴⁸⁵ RIVERO / MOUTOUH, p. 102.

⁴⁸⁶ Idem, p. 102.

⁴⁸⁷ BESSON, Obligations positives, p. 81.

⁴⁸⁸ CLAPHAM, Obligations, p. 546.

⁴⁸⁹ KANT, p. 107.

⁴⁹⁰ CLAPHAM, Obligations, p. 6.

« Die Menschenwürde soll unantastbar sein, d. h. nicht nur für die Staatsgewalt, sondern auch für die Rechtsgenossen und ihre Gruppen (soziale Gewalten). Die Würde des Menschen kann nur dann der das Recht beherrschende Grundsatz sein wenn auch jeder Rechtsgenosse die Würde des anderen respektiert und nicht verletzt. »⁴⁹¹

La mondialisation économique a créé un monde plus interdépendant. On assiste à une explosion du commerce international, des rapports financiers et à une expansion correspondante de la puissance de grandes entreprises transnationales et d'institutions financières. Le capital, le travail, la technologie et d'autres ressources sont de plus en plus orientés vers des facteurs économiques. Les activités des entreprises vont au-delà des frontières et dépassent les capacités de normalisation de n'importe quel système national. Les acteurs économiquement puissants peuvent nettement influencer la politique et de ce fait ont un impact sur les droits de l'homme de millions de personnes.⁴⁹²

La protection des droits de l'homme, y compris des droits sociaux, doit passer par la société civile. « Les Etats ne peuvent plus être les seuls acteurs de la protection dans une économie gouvernée par la mondialisation [...]. Les entreprises multinationales doivent être les relais pour l'instauration de socles de droits sociaux fondamentaux non dérogeables. »⁴⁹³

Toutefois, de tels engagements ne sont inscrits dans aucun instrument légal régional ou international de droits de l'homme (*hard law*) qui indique que les acteurs non-étatiques ont des obligations positives⁴⁹⁴. En revanche, des instruments de *soft law* existent à cet égard (voir Titre 1^{er}, Section 2, §2 La responsabilité sociale des entreprises). Même s'il s'agit d'instruments de « droit doux », leur importance et leur implication sont tout aussi sérieuses. De plus, à l'avenir, ces mécanismes pourraient très bien devenir des règles juridiques strictes. Il n'est pas souhaitable d'ignorer les obligations que pourraient avoir les entreprises, par exemple, en matière de droits de l'homme. Elles ne devraient pas seulement respecter les droits de l'homme mais également, dans certaines situations, intervenir afin de protéger ces mêmes droits.

La nature et le contenu de la norme sont décisifs pour son applicabilité dans les relations juridiques entre acteurs privés. Les droits de l'homme, de manière générale, se prêtent à une telle application; la raison principale étant qu'ils englobent des valeurs fondamentales déduites de la dignité humaine. Un grand nombre de dispositions de droits de l'homme se trouvant dans les instruments internationaux ou constitutionnels ont leur traduction dans les lois pénale et civile nationales. Ces lois sont conçues pour s'appliquer dans les relations entre parties privées.⁴⁹⁵

⁴⁹¹ NIPPERDEY, Würde, p. 20.

⁴⁹² TRIPATHI, p. 158 s.

⁴⁹³ PETTITI, Droits sociaux, p. 621 s.

⁴⁹⁴ VAN HOOF Fried, *International Human Rights Obligations for Companies and Domestic Courts: An Unlikely Combination?*, in: CASTERMANS/VAN HOOF/SMITH (éd.), *The Role of the Nation-State in the 21st Century*, Essays in Honour of Peter BAEHR, Kluwer Law International, The Hague/Boston/London 1998, p. 54.

⁴⁹⁵ VAN HOOF, p. 55.

Conclusion du CHAPITRE II

En guise de conclusion du chapitre consacré au problème de l'applicabilité du droit au respect de la vie privée entre particuliers, retenons une citation:

« L'horizontalité, comme la verticalité du lien, poursuivent une finalité commune: les individus, comme l'Etat, sont les codébiteurs d'une même obligation de résultat: celle du respect de l'Autre, sans laquelle, à terme, ne sauraient subsister ni individus, ni Etat. »⁴⁹⁶

Lorsqu'on évoque l'effet horizontal, les opposants avancent souvent « des cas de distorsion des échanges et des rapports de droit privé »⁴⁹⁷. Or, l'application des droits fondamentaux aux relations entre particuliers tient compte « des limites des biens et des valeurs propres au droit privé »⁴⁹⁸. Il ne s'agit pas d'une application brutale, rigide, voir extrémiste. Il s'agit d'une pondération des intérêts, tel que le principe de l'autonomie de la volonté, par exemple, et non pas un problème d'exclusion de la validité⁴⁹⁹.

Ainsi, entre la solution française d'effet horizontal direct et les solutions suisse et allemande d'effet horizontal indirect, on pourrait pencher vers une voie intermédiaire, proche de la solution espagnole. Contrairement à d'autres constitutions, il ressort clairement de la Constitution espagnole que les normes de droits fondamentaux s'appliquent aux rapports entre particuliers⁵⁰⁰. En Espagne, les droits s'enracinent dans les valeurs supérieures⁵⁰¹. « L'ordre constitutionnel espagnol et sa déclinaison légale ne distinguent pas les domaines du Droit public et du Droit privé en ce qui concerne l'espace de validité des droits fondamentaux. »⁵⁰² Plusieurs auteurs⁵⁰³ soulignent que le système constitutionnel « attribue des droits immédiats aux particuliers dans leurs rapports privés, bien que dans chaque cas il faille pondérer la portée de ces droits »⁵⁰⁴.

L'approche espagnole du principe de l'autonomie de la volonté est particulièrement intéressante et pertinente. Lorsque l'on évoque ce principe comme obstacle à la validité des droits de l'homme en droit privé, on ne se place pas sur le bon chemin puisqu'il

⁴⁹⁶ DE FONTBRESSIN, Effet horizontal, p. 163.

⁴⁹⁷ PECES-BARBA MARTINEZ, p. 463; il cite plusieurs cas, notamment celui d'un journaliste dont le contrat d'exclusivité avec un média pourrait violer sa liberté d'expression ou celui d'une clause successorale favorisant un héritier qui pourrait violer l'égalité de traitement.

⁴⁹⁸ PECES-BARBA MARTINEZ, p. 463.

⁴⁹⁹ Idem, p. 463.

⁵⁰⁰ Art. 1.1 ; 9.1 et 10.1 Cst. espagnole.

⁵⁰¹ PECES-BARBA MARTINEZ, p. 465.

⁵⁰² Idem, p. 467.

⁵⁰³ Parmi eux: AGUIAR DE LUQUE Luis, *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la constitucion española*, in : Revista de Derecho Politico n°10, Verano 1981, p. 114 ss. ; POYAL Ana, *La eficacia de los derechos humanos frente a terceros*, Revista de Derecho Politico, UNED n°34, Madrid 1991, p. 189-221.

⁵⁰⁴ de la QUADRA-SALCEDO Tomás, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid 1981, p. 73.

s'agit du problème des limites des droits fondamentaux et non pas de celui de leur validité. « En effet, le droit privé a des principes et protège des biens qui doivent être évalués et pris en compte au moment d'appliquer un droit fondamental aux relations juridiques qu'il régit. Ainsi, le principe général de l'autonomie de la volonté, qui peut être identifié constitutionnellement dans le libre développement de la personnalité de l'article 10.1 de la Constitution espagnole, doit être pris en compte lors de l'incidence des droits fondamentaux sur les cas concrets. »⁵⁰⁵ En matière de contrat, et par exemple en cas de contrat de travail, les restrictions au droit fondamental dépendent de « l'examen et de la pondération, dans le cas concret, de l'autonomie de la volonté et du droit présumé applicable »⁵⁰⁶.

La validité et l'efficacité des droits de l'homme sont deux notions différentes. « C'est une chose que les droits fondamentaux existent et que leur respect puisse être exigé dans les relations entre particuliers – dans les limites qu'impose la spécificité propre au droit privé – mais c'en est une autre que ces droits puissent, en cas de violation, faire l'objet d'un recours individuel constitutionnel. »⁵⁰⁷ Dans le système espagnol, l'efficacité se trouve réalisée par plusieurs moyens: la voie pénale ou la voie civile (toutes deux preuves indirectes de la validité des droits fondamentaux), la voie administrative ou le recours individuel constitutionnel (art. 53.2 Cst. esp.). En ce qui concerne le recours individuel constitutionnel, selon l'art. 161-1b de la Cst. esp. et l'article 44 de la loi organique du Tribunal Constitutionnel 2/1979 du 3 octobre 1979, « un recours individuel pour violation des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers est impossible »⁵⁰⁸. La solution espagnole garantit ainsi les droits fondamentaux « sans pour autant ouvrir le Tribunal Constitutionnel et le transformer en une instance supplémentaire de cassation »⁵⁰⁹.

Au-delà des systèmes nationaux, la CourEDH joue un rôle croissant de contrôle du droit privé. En 2004, la CourEDH est intervenue dans le droit privé national⁵¹⁰. L'affaire concernait l'interprétation d'une clause testamentaire et la CourEDH, même si elle rappelle qu'elle ne règle pas les différends purement privés, note que « dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme en l'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention »⁵¹¹. Les juges de Strasbourg ont élaboré une méthode d'interprétation des instruments privés en statuant qu'un tribunal doit tenir

⁵⁰⁵ PECES-BARBA MARTINEZ, p. 470.

⁵⁰⁶ Idem, p. 470; l'auteur conclut en précisant, par exemple, que la liberté d'expression du journaliste n'est pas violée par une clause d'exclusivité.

⁵⁰⁷ Idem, p. 471.

⁵⁰⁸ Idem, p. 472.

⁵⁰⁹ Idem, p. 474.

⁵¹⁰ KAY Richard, *The European Convention on Human Rights and the Control of Private Law*, in: EHRLR Issue 5 2005, p. 467; CARILLON, p. 61.

⁵¹¹ CourEDH, Pla et Puncernau c. Andorre, 13 juillet 2004, req. n° 69498/01, Rec. 2004-VIII, paragr. 59.

compte de la « Convention telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour »⁵¹². Cette affirmation confirme l'application de la CEDH en droit privé. Elle entraîne deux conclusions: soit la Cour a souhaité opéré un radical élargissement des obligations positives, soit les juges ont souhaité une application plus performante de l'effet horizontal dans les divers systèmes législatifs⁵¹³. Que ce soit l'un ou l'autre, ce qui est surtout intéressant, c'est le rôle de la Cour vis-à-vis du droit privé.

L'idée d'effectivité et de concrétisation des droits de l'homme doit guider de nouvelles innovations jurisprudentielles⁵¹⁴. L'effet horizontal direct donné à une norme fondamentale et plus particulièrement à l'article 8 CEDH permet au citoyen d'invoquer ce droit devant les juridictions nationales et c'est bien cette possibilité qui garantit l'effectivité réelle des droits fondamentaux pour tout citoyen⁵¹⁵. Un droit justiciable et clair donne son sens à l'objectif que souhaite atteindre la protection des droits de l'homme. Afin que le citoyen soit sûr que son droit soit respecté et traité devant les juridictions, il faut lui donner la possibilité d'invoquer directement ce même droit. La sécurité juridique est ainsi conservée. Que ce soit au niveau régional ou même au niveau international, pour qu'un droit soit effectif, il faut qu'il soit invocable devant les tribunaux nationaux; que ce soit face à l'Etat ou face à un particulier. Afin d'éviter au maximum que les gouvernements soient amenés devant les organes internationaux ou régionaux des droits de l'homme, il faut que la victime puisse porter plainte directement devant les cours nationales contre l'entité privée qui a atteint à ses droits⁵¹⁶.

Il serait souhaitable que la CourEDH prenne position sur la problématique de l'effet horizontal. Le contexte social devant être pris en compte, les menaces privées s'accroissant, les organes de la Convention devraient offrir une plus grande protection contre ces atteintes. Il en va de l'efficacité des droits de l'homme.

« Ainsi, à l'avenir, on pourrait imaginer que la Cour sanctionne indirectement les juridictions internes qui refuseraient d'attribuer dans des circonstances données, un effet horizontal direct de la Convention. »⁵¹⁷

Cette sanction pourrait intervenir, soit au travers de la jurisprudence de Strasbourg, soit au travers de textes supplémentaires, du type de celui mentionné dans la Recommandation 582⁵¹⁸: la « conclusion d'un protocole ou de tout autre instrument » qui permettrait de préciser que l'exercice du droit au respect de la vie privée soit effectivement protégé contre des ingérences des personnes privées ou des moyens de

⁵¹² CourEDH, Pla et Puncernau c. Andorre, 13 juillet 2004, req. n° 69498/01, Rec. 2004-VIII, paragr. 62.

⁵¹³ KAY, p. 472.

⁵¹⁴ Les idées novatrices de ces dernières années ont notamment été la théorie des obligations positives et le dépassement du clivage des droits de différentes générations. La Cour rappelle constamment que « le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs »; cf. CourEDH, Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, req. n°6289/73, série A vol. 32.

⁵¹⁵ Cf. CLAPHAM, Privatisation, p. 31: « *To privatise human rights helps shift human rights from the sphere of political rhetoric into spheres of daily reality.* »; cf. également COUSSIRAT-COUSTÈRE, p. 12 s.

⁵¹⁶ CLAPHAM, Privatisation, p. 29.

⁵¹⁷ SPIELMANN, p. 87; COUSSIRAT-COUSTÈRE, p. 15.

⁵¹⁸ Rec. 582 (1970) de l'Assemblée parlementaire relative aux moyens de communication de masse et droits de l'homme du 23 janvier 1970.

communication⁵¹⁹. L'idée d'un protocole ou d'un autre instrument n'est pas d'actualité. Il serait plus imaginable et raisonnable qu'un changement vienne de la jurisprudence.

Même si la CourEDH se refuse à « élaborer une théorie générale concernant la mesure dans laquelle les garanties de la Convention doivent être étendues aux relations entre les personnes privées », la responsabilité de l'Etat peut être engagée par le biais des obligations positives⁵²⁰. Le plus grand impact de la notion d'obligations positives est probablement celui qui résulte de son utilisation dans un sens sensiblement plus étroit afin de décrire l'interprétation extensive des obligations découlant des droits de l'homme⁵²¹. Cet usage est particulièrement visible dans le développement de la jurisprudence de Strasbourg⁵²².

Enfin, l'effectivité du droit au respect de la vie privée entre particuliers passera par les acteurs économiques qui sont également débiteurs des droits fondamentaux et du développement de la notion d'obligations positives⁵²³.

⁵¹⁹ Cf. SPIELMANN, p. 88; cf. DE FONTBRESSIN, Effet horizontal, p. 159.

⁵²⁰ SUDRE, Droit européen, p. 261.

⁵²¹ BORELLI, p. 102.

⁵²² Quelques récents arrêts en sont la preuve: CourEDH, M.S. c. Croatie, 25 avril 2013, Req. n° 36337/10, paragr. 73 et CourEDH, Sandra Jankovic c. Croatie, 5 mars 2009, Req. n°38478/05, paragr. 44: “*While the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in an effective “respect” for private and family life, and these obligations may involve the adoption of measures in the sphere of the relations of individuals between themselves*”. Voir encore CEDH Affaire Sandra Jankovic c. Croatie, arrêt du 5 mars 2009, Req. n°38478/05, paragr. 46: “*The Court reiterates that its task is not to substitute itself for the competent Croatian authorities in determining the most appropriate methods for protecting the individuals from the attacks on their personal integrity, but rather to review under the Convention the decisions that those authorities have taken in the exercise of their power of appreciation. The Court will therefore examine whether Croatia, in handling the applicant’s case, has been in breach of its positive obligation under Article 8 of the Convention*”.

⁵²³ Cf. PETTITI, Droits sociaux, p. 624 s.

Conclusion du TITRE I

Ce titre visait à démontrer que la vie privée du salarié est un droit de l'homme à part entière. Les relations historiques et étroites entre droit du travail et droits de l'homme continuent d'être une inspiration pour mieux protéger ce droit. Malgré les évolutions technologiques et législatives, ce droit reste en danger et mérite l'attention tant du droit mou que du droit dur. Afin d'assurer cette protection, la CEDH et plus particulièrement l'article 8 CEDH mérite d'être la source d'inspiration par excellence. C'est indéniablement un instrument vivant qui rassemble tant la vision européenne de la vie privée.

Ainsi, la citation de Marc-André EISSEN garde aujourd'hui encore tout son sens⁵²⁴:

« Si l'on voit dans la Convention une réalité vivante appelée à se développer sans cesse, si l'on préfère aux délices stériles de l'exégèse la recherche de solutions à la fois respectueuses du droit et conformes au bien commun, pourquoi écarter une possibilité de progrès, pourquoi repousser une idée féconde et généreuse? »

La mise en œuvre pratique du droit au respect de la vie privée du salarié dépend des possibilités d'obtenir le respect effectif des prérogatives dont il est titulaire. Les particuliers doivent avoir des garanties qui peuvent être assurées par le droit interne, régional et international et qui peuvent prendre la forme de recours, de plaintes ou de poursuites pénales. Si l'effet horizontal direct n'est pas admis, le citoyen doit pouvoir se baser sur le principe des obligations positives.

Lorsque ces conditions de procédure sont remplies, les intérêts des différentes parties doivent être mis en équilibre et une pesée des intérêts doit avoir lieu. En effet, « rares sont les droits considérés comme fondamentaux qui n'entrent pas en concurrence avec d'autres droits, eux aussi considérés comme fondamentaux, et qui n'imposent pas, dans certaines situations et au regard de catégories particulières de sujets, un choix »⁵²⁵. Mais avant d'analyser les restrictions, il fallait poser les bases du droit.

La vie privée n'étant pas un droit absolu, elle peut se heurter à d'autres droits dignes de protection. Le conflit de droits doit être tranché par le tribunal interne ou si nécessaire par la Cour. Chaque situation doit être analysée *in concreto*⁵²⁶. Cette analyse au cas par cas se fera plus particulièrement dans le titre II.

⁵²⁴ EISSEN, Mélanges Cassin, p. 162.

⁵²⁵ BOBBIO, p. 38.

⁵²⁶ Voir également la démonstration de PECES-BARBA MARTINEZ, p. 461 ss.

TITRE II. - La vie privée du salarié, ses composantes

Les composantes du droit à la vie privée sont nombreuses et peuvent varier d'un pays à l'autre selon les systèmes juridiques. Afin de travailler sur une base commune, les composantes traitées ci-dessous seront directement déduites de l'art. 8 CEDH, disposition qui s'applique tant en France qu'en Suisse. Ensuite, chacune des composantes sera illustrée et comparée dans chaque pays, après avoir fait un détour par le droit communautaire.

L'article 8 CEDH, le droit au respect de la vie privée et familiale, se trouve au cœur de notre analyse, il mérite d'être mentionné dans son intégralité :

- « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Le contenu de l'article 8 CEDH se distingue selon qu'il s'agit de la vie privée, la vie familiale, le domicile ou la correspondance. En réalité et dans la jurisprudence, ces distinctions ne sont pas très claires ou, en tous les cas, pas si tranchées. Ce manque de clarté est particulièrement vrai en ce qui concerne d'un côté la vie privée et de l'autre, les trois autres notions⁵²⁷. Il s'agit plutôt de trois divisions du même principe fondamental⁵²⁸.

La notion de vie privée, notion prédominante, sera traitée dans un premier chapitre (Chapitre I). Les trois autres notions plus spécifiques seront analysées dans un deuxième chapitre (Chapitre II). L'examen de l'ensemble du champ d'application de l'article 8 CEDH sera effectué en relation directe avec les domaines du droit du travail dans lesquels il trouve application.

Nous verrons que, dans la plupart des cas, la vie privée au travail se trouve en conflit avec la sécurité de l'entreprise, la liberté de commerce (ou liberté économique) ou la liberté d'expression. Le choix du curseur sur la règle de l'équilibre est essentiel. « La difficulté du choix se résout par l'introduction de limites à l'extension de l'un des deux

⁵²⁷ FORD Michael, *Article 8 and the right to privacy at the workplace*, in: EWING K D (éd.), *Human rights at work*, The Institute of employment rights, Londres 2000, p. 25: « *But precisely what interests are protected in article 8(1) is a matter of uncertainty, probably reflecting a lack of clarity about what is encompassed in the concept of private life.* »; cf. également SUDRE, *Aléas*, p. 690.

⁵²⁸ BLECKMANN Albert, *Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, in: ERICHSEN/KOLLHOSSER/WELP (éd.), *Recht der Persönlichkeit*, Duncker & Humblot, Berlin 1996, p. 11; VELU/ERGEC, p. 535.

droits, de manière à ce que l'autre soit aussi partiellement sauvegardé. »⁵²⁹ Lorsque la CourEDH intervient dans les relations privées, elle doit tenir compte de l'intérêt privé de l'opposant, notamment à travers la restriction citée aux articles 8 CEDH et suivants qui comprend « la protection des droits et libertés d'autrui »⁵³⁰. Divers droits peuvent s'opposer à la vie privée. Ils seront exposés en détail lors de la présentation de potentiels conflits dans le titre II. Au travers de la jurisprudence et de la doctrine, il s'agira de placer le curseur au mieux entre les différents intérêts. Le juste équilibre, incarné par le principe de proportionnalité, « clé de voûte »⁵³¹ de la CEDH et « arbitre suprême des conflits de valeurs et de droits »⁵³² sera au cœur de l'analyse; ainsi l'intégration des principes généraux de la CEDH sera consacrée.

« Et comme l'endroit où finit l'un et commence l'autre est difficile à établir et reste toujours matière à discussion, la délimitation du champ d'application d'un droit fondamental de l'homme est extrêmement variable et ne saurait être établie une fois pour toutes. »⁵³³

⁵²⁹ BOBBIO, p. 39.

⁵³⁰ Cf. l'affaire dans laquelle la Cour aurait pu exercer une pesée des intérêts entre les art. 10 et 11 CEDH et le droit de propriété mais elle a préféré baser son argumentation sur les obligations positives imposées par ces deux articles: CourEDH, Appleby et autres c. Royaume-Uni, 6 mai 2003, req. n° 44306/98, Rec. 2003-VI et l'opinion en partie dissidente du juge Maruste; voir également KAY, p. 476 ss.

⁵³¹ EISSEN Marc-André, *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in: PETTITI/DECAUX/IMBERT (dir.), *La convention européenne des droits de l'Homme: commentaire article par article*, Economica, Paris 1995, p. 65-81.

⁵³² DE FONTBRESSIN Patrick, *Les droits de l'homme, principes généraux de vie*, in: *Mélanges COHEN-JONATHAN*, Vol. I, 2004, p. 558.

⁵³³ BOBBIO, p. 65.

CHAPITRE I - La vie privée

La notion générale de vie privée prend souvent le dessus sur les autres notions énoncées à l'art. 8 CEDH⁵³⁴. Elle sera développée à l'aide de la législation, la doctrine et surtout de la jurisprudence. Une approche systématique sera appliquée à des fins de cohérence et de clarté. Des choix seront faits pour traiter du droit à la vie privée du salarié. Ils sont guidés par l'impact qu'ont les systèmes d'information sur la vie privée. D'une part, la notion de vie privée et son interprétation seront exposées selon les différentes traditions nationales (section 1) et d'autre part, les limites et restrictions du contrôle de l'employeur seront identifiées (section 2).

Section 1. - La notion et son interprétation

La vie privée est appréhendée de manière différente dans chaque tradition nationale et/ou régionale; son contenu varie « en fonction de l'époque, du milieu, de la société dans laquelle vit l'individu »⁵³⁵. Tous les systèmes sont toutefois marqués par une évolutivité certaine⁵³⁶. La vie privée est également « source de conflits de valeurs et d'intérêts explosifs liés aux profonds bouleversements socio-économiques, idéologiques, politiques, technologiques et scientifiques des sociétés post-modernes »⁵³⁷.

Les difficultés liées à la complexité de la notion impliquent de choisir une approche systématique afin d'avoir une analyse cohérente et claire. En effet, il est quasiment impossible de traiter de manière exhaustive de cette notion⁵³⁸. Dans un premier temps, la notion de vie privée et son interprétation seront exposées selon les différentes traditions nationales en général (§1). Puis, dans un deuxième temps, une attention particulière sera portée à la protection des données (§2).

⁵³⁴ COHEN-JONATHAN, *Respect*, p. 407; cf. KILKELLY, p. 10; CourEDH (Dec.), X. c. Suisse, 14 décembre 1979, req. n°8500/79, D.R. 18, p. 238; CourEDH (Dec.), X. c. Suisse, 10 juillet 1978, req. n°8257/78, D.R. 13, p. 248; CourEDH (Dec), Wakefield c. Royaume-Uni, 1er octobre 1990, req. n°15817/89, D.R. 66, p. 251; CourEDH (Dec.), Kerkhoven et Hinke c. Pays-Bas, 19 mai 1992, req. n°15666/89.

⁵³⁵ SUDRE, *Vie privée*, p. 11; SUDRE, *Aléas*, p. 688; cf. également MEULDERS-KLEIN, p. 307; du même avis: VELU/ERGEC, p. 537; LEMMENS Koen, *The Protection of Privacy between a Rights-Based and a Freedom-Based Approach: What the Swiss Example can teach us*, in: Maastricht Journal of European and Comparative Law Vol. 10 n°1 2003; BENNETT Colin John, *Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*, Cornell University Press, New York 1992, p. 13; VELU, p. 62 ss.

⁵³⁶ BURGORGUE-LARSEN Laurence, *L'appréhension constitutionnelle de la vie privée en Europe*, in: SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2004 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Nemesis/Bruylant, Bruxelles 2005, p. 72.

⁵³⁷ MEULDERS-KLEIN, p. 309; cf. également RIGAUX François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, Bruxelles 1990.

⁵³⁸ BENNETT, p. 13.

§ 1. En général

Samuel WARREN et Louis BRANDEIS ont donné la première définition constitutionnelle de la « *privacy* » dans un article de 1890 et l'ont décrite comme étant: « *the right to be let alone* »⁵³⁹. La reconnaissance du droit à la vie privée est un des aspects du développement législatif croissant visant à protéger l'individu contre toute immixtion dans sa tranquillité d'esprit.⁵⁴⁰

Cette conception anglo-saxonne a dominé pendant un siècle⁵⁴¹. La notion américaine de *Right of Privacy* est apparue en même temps que les premières luttes sociales portant sur l'aménagement du temps de travail⁵⁴². En s'intéressant au temps de travail, une séparation entre le travail et la vie privée est apparue. La notion de vie privée au travail a donc une véritable histoire. Il ne s'agit pas d'une notion nouvelle mais bien d'un concept évolutif. Aujourd'hui encore, « l'autonomie d'une personne au travail est source d'une réelle possibilité d'existence dans le domaine privé »⁵⁴³. La vraie vocation de la vie privée ou des biens de la personnalité est de pénétrer le domaine social comme l'a si bien démontré RIGAUX dans un ouvrage de référence sur la vie privée et les biens de la personnalité:

« Contrairement à l'affirmation péremptoire de WARREN et BRANDEIS, la *privacy* ne protège pas le droit d'être laissé seul (*the right to be let alone*). Elle a pour objet des êtres vivant en société et qui entendent concilier des exigences contradictoires: conserver la maîtrise des biens qu'ils revendiquent comme propres ou personnels tout en les faisant valoir – selon un exercice inégal de leur liberté – dans leurs relations avec autrui. Les attributs de la personnalité ne pénètrent dans le domaine social régi par le droit et n'acquière la qualité de biens juridiques, selon certains, de droit de la personnalité, qu'après avoir accédé à une sphère qu'il faut bien appeler publique. »⁵⁴⁴

Ainsi, RIGAUX développe la théorie selon laquelle, aux côtés de la *privacy* en tant que droit d'être laissé seul, il existe également « la liberté d'entretenir avec autrui des rapports placés à l'abri de toute ingérence extérieure »⁵⁴⁵. Appliqué au monde du travail, cela implique que le travailleur a un égal besoin de protection à l'égard de son

⁵³⁹ WARREN Samuel / BRANDEIS Louis, *The Right to Privacy*, in: Harvard Law Review Vol. IV 1890, pp. 193-220.

⁵⁴⁰ FREEDMAN Warren, *The Right of Privacy in the Computer Age*, Quorum Books, New York/Westport/London 1987, p. 3; cf. également CRAIG, *Employment law*, p. 5 et p.10.

⁵⁴¹ Cf. notions de la *Common Law* citées par VELU Jacques, *Convention et respect de la vie privée*, in: *Vie privée et droits de l'homme*, Actes du 3^{ème} Colloque international sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Bruylant, Bruxelles 1973, p. 54.

⁵⁴² MAINGAIN Bernard, *Vie privée, vie familiale, vie professionnelle, chronique d'une privatisation annoncée*, in: *Liber Amicorum Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, Bruxelles 1998, p. 421 s.

⁵⁴³ MAINGAIN, p. 428.

⁵⁴⁴ RIGAUX François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, Bruxelles 1990, p. 16 s.

⁵⁴⁵ RIGAUX François, *La vie privée, une liberté parmi les autres?*, Larcier, Bruxelles 1992, p. 17.

cocontractant⁵⁴⁶.

La vision traditionnelle de *privacy* et la notion décrite par RIGAUX montrent que la vie privée peut prétendre à différentes interprétations selon les contextes. Tout de même, de manière générale, il peut être entendu que la vie privée se réfère toujours à l'autonomie et à la dignité⁵⁴⁷.

Dans la deuxième partie du XX^{ème} siècle, la prolifération des technologies de l'information a influencé l'idée de *privacy*⁵⁴⁸. Le lien entre le totalitarisme et la violation de la vie privée, illustré par ORWELL⁵⁴⁹ dans son roman politique classique, où *Big Brother* a réussi à maintenir le pouvoir absolu grâce à la destruction de la vie privée des citoyens, a pris une dimension réelle. La protection juridique de la vie privée a donc été d'une importance politique et idéologique dans la société en général⁵⁵⁰. Les techniques permettant d'enregistrer un nombre illimité de données personnelles, ainsi que l'utilisation de ces techniques par les organes de l'Etat et par des pouvoirs économiques privés, furent les causes d'une protection juridique et d'une attention nouvelles⁵⁵¹. En effet, ces nouveaux instruments ont donné une signification différente au droit fondamental à la vie privée qui est devenu une sorte de contrepoids à l'arbitraire électronique.

Aujourd'hui, à l'heure de la société « interconnectée », des réseaux sociaux, de la miniaturisation, des techniques sophistiquées, « le concept de vie privée est devenu d'une complexité inouïe au point que son contenu polymorphe, protéiforme et hétéroclite soit de plus en plus imprévisible et insaisissable »⁵⁵². La vie privée se manifeste sous de nombreuses formes et certains auteurs vont jusqu'à parler d'« hypertrophie de la vie privée »⁵⁵³. Nous devons reconnaître qu'il s'agit d'un concept dynamique et évolutif, et que certains intérêts se trouvant actuellement à sa périphérie, pourront peut-être demain, faire partie du statut principal de cette notion⁵⁵⁴. Ainsi, il est peut-être plus facile d'avoir une définition large qui soit suffisamment flexible pour s'accommoder à des contextes variés. Toutefois, cet avantage peut se retourner contre la vie privée puisque le flou d'une notion peut amener à vider son sens. Cette notion flexible et générale ne peut s'appliquer *in abstracto* et a besoin de l'analyse critique de

⁵⁴⁶ RIGAUX, Liberté, p. 17.

⁵⁴⁷ DOYLE Carolyn / BAGARIC Mirko, *The Right to Privacy: Appealing, but Flawed*, in: International Journal of Human Rights Vol. 9 n°1 2005, p. 4 ss.

⁵⁴⁸ DOYLE / BAGARIC, p. 6; VELU/ERGEC, p. 535 s.

⁵⁴⁹ ORWELL George, *1984*, Gallimard, Paris 1950.

⁵⁵⁰ CRAIG, Employment law, p. 5.

⁵⁵¹ RIGAUX, Liberté, p. 16; FREEDMAN, p. 10 s; selon CRAIG, Employment law, p. 5: « *The right of privacy emerged not only as a civil or private right, but also as a constitutional or public right which could be asserted against invasive state activities.* » De nombreux auteurs américains, dont certains ont écrit des best-sellers, ont suivi et tenté d'analyser la convergence ou l'affrontement entre la technologie et le désir de vie privée. On peut citer notamment: NAISBITT John, *Megatrends*, Warner Books, New York 1982; TOFFLER Alvin, *The Third Wave*, Bantam Books, New York 1980; BENIGER James, *The Control Revolution: Technology and Economic Origins of the Information Society*, Harvard University Press, Cambridge 1989; PORAT Marc Uri, *The Information Economy: Definition and Measurement*, U.S. Government Printing Office, Washington 1977.

⁵⁵² MEULDERS-KLEIN, p. 307.

⁵⁵³ DE SCHUTTER, Vie privée, p. 828 ss.

⁵⁵⁴ CRAIG, Employment law, p. 14.

la jurisprudence.

A cette « redoutable question de la définition de la vie privée »⁵⁵⁵, il ne sera ici pas prétendu de donner une définition exhaustive. La volonté est d'éclairer le contenu à la lumière des circonstances des relations de travail. Le droit à la vie privée des employés est une thématique importante, même si le simple fait d'être un employé implique des restrictions certaines à la liberté individuelle⁵⁵⁶. Ces trente dernières années, le droit à la vie privée a pris une importance juridique dans le contexte de l'emploi, et il a été remanié par certains commentateurs comme un outil approprié pour orienter la réglementation de la relation de travail et, en particulier, l'utilisation de certaines techniques de gestion perçues par les travailleurs et d'autres personnes comme potentiellement envahissantes vis-à-vis de la vie privée⁵⁵⁷. Il sera ainsi plutôt question de la notion de vie privée au travail en établissant une *nomenclature* des différentes valeurs que cette notion recouvre⁵⁵⁸.

En général, les attributs de la personne sont multiples et il est difficile d'être exhaustif; plusieurs éléments sont énumérés ci-après: l'image, le corps, le domicile privé ou professionnel, les allées et venues, les choix existentiels, l'intimité, le secret, la décence, la réputation, les relations affectives, sexuelles, familiales, associatives ou professionnelles, les options politiques, philosophiques ou religieuses, le secret des lettres et des communications, le statut familial, l'identité, le nom, l'honneur, la pudeur, l'intégrité physique, les droits moraux, intellectuels et artistiques, ou même économiques et sociaux, le droit d'autodétermination (liberté), la vie privée sociale et le développement personnel.

Pour ce qui est de la notion de vie privée au travail en particulier, les situations à risque portent généralement sur : la protection des données, les examens médicaux (alcool, drogue, analyses ou tests génétiques), les tests psychologiques, les profils de la personnalité, la surveillance des employés (téléphone, e-mail, activités électroniques) et le style de vie⁵⁵⁹. Chacun de ces éléments touche la dignité humaine, l'intégrité corporelle ou la sécurité du salarié.

En sus de la difficulté de définir cette notion, s'ajoute une autre difficulté, celle du domaine juridique. La vie privée relève tant du droit privé que du droit public. « Elle présente deux faces, l'une qui se déploie dans l'espace public et vaut principalement à l'encontre de l'Etat, l'autre qui occupe le terrain des relations privées et a engendré la liberté contractuelle. »⁵⁶⁰

⁵⁵⁵ WACHSMANN Patrick, *Le droit au secret de la vie privée*, in: SUDRE Frédéric (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2004 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Nemesis/Bruylant, Bruxelles 2005, p. 122.

⁵⁵⁶ HENDRICKX, p.45.

⁵⁵⁷ CRAIG, *Employment law*, p. 5.

⁵⁵⁸ Comme le relève VELU, p. 59 : « plutôt que de s'employer à rechercher une introuvable définition de la notion de droit au respect de la vie privée, plutôt que d'essayer de déterminer le ou les critères qui délimitent celui-ci, la doctrine s'est efforcée, de manière très pragmatique, d'établir une nomenclature des différents droits que cette notion recouvre dans l'ordre juridique interne des Etats. »; voir également CRAIG, *Employment law*, p. 15.

⁵⁵⁹ HENDRICKX, p. 45; CRAIG, *Impact*, p. 373 s.

⁵⁶⁰ RIGAUX, *Liberté*, p. 12.

Selon la pyramide de Kelsen sur la hiérarchie des normes, « la Constitution en tant que norme suprême a pour but de cristalliser les valeurs fondamentales que doit respecter le droit objectif, y compris la loi, œuvre de la volonté démocratique des assemblées parlementaires, et qui s'imposent à son respect par le biais du contrôle juridictionnel de constitutionnalité selon des modalités propres à chaque Etat »⁵⁶¹. Même si les pays, en l'occurrence, la France et la Suisse, n'ont pas le même système de contrôle constitutionnel et ne donnent pas le même sens à la Constitution, chaque pays est lié par son adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme et a accepté le contrôle juridictionnel supranational.

« Le développement de la jurisprudence constitutionnelle (pourtant plus limité en France que dans les pays voisins) et internationale atteste l'importance et l'influence déterminantes des droits fondamentaux en droit civil comme dans toutes les branches du droit. En effet, la considération des droits fondamentaux modifie en substance presque toutes les disciplines juridiques et les contraint de déplacer le centre de gravité des institutions qui les composent vers les personnes alors qu'il se situait plutôt dans l'analyse et le traitement plus ou moins neutre des opérations et des actes ou faits juridiques. Si la technique juridique en est affectée inévitablement, l'esprit et la finalité des règles et des dispositifs juridiques l'est plus encore. Recentré sur les personnes, le droit perd une bonne part de la neutralité que certains s'efforcent de lui préserver; il perd en sécurité et en prévisibilité ce qu'il gagne sur le terrain de la morale et de la justice. »⁵⁶²

Pour toutes ces raisons, le développement de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sera le fil conducteur qui devra montrer clairement vers quelle direction la notion de vie privée évoluera. Nous débiterons par le droit européen (A.) pour ensuite couvrir le droit français (B.) et le droit suisse (C.). A partir du droit public et des droits de l'homme, la prise de conscience s'est étendue au droit privé. Nous verrons ce que le législateur a mis en place afin de calmer les appréhensions d'atteintes à la vie privée.

A. *En droit européen*

La CEDH (1.) et le droit de l'Union européenne (2.), deux systèmes supplémentaires à l'ordre interne constitutionnel des Etats, feront l'objet d'une première analyse.

1. *Le système de la CEDH (art. 8 CEDH)*

Dans le système de la CEDH, la disposition pertinente est l'article 8 CEDH, disposition qui tire son inspiration de l'art. 12 de la DUDH⁵⁶³. Le droit au respect de la

⁵⁶¹ MEULDERS-KLEIN, p. 312 s.

⁵⁶² LABRUSSE-RIOU Catherine, *Droit des personnes et droit de la famille*, in: DELMAS-MARTY M. /LUCAS DE LEYSSAC C. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2^{ème} édition, Seuil, Paris 2002, p. 323.

⁵⁶³ L'art. 12 DUDH dispose : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. » ; cf. notamment RUSSO Carlo, *Article 8 §1*, in: PETTITI/DECAUX/IMBERT (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Economica, Paris 1999, p. 305; BREITENMOSER, p. 36; VELU/ERGEC, p. 528: les auteurs montrent bien les similitudes et les différences entre ces deux articles.

vie privée est avant tout un droit fondamental et un droit de l'homme. Comme mentionné plus haut, son développement a été influencé par la doctrine anglo-saxonne de la *privacy*⁵⁶⁴ :

« *The right to privacy is a fundamental human right. It is protected as such in the constitutions of most industrialized – or post-industrial – countries and in international legal instruments. This ‘fundamental rights’ nature of the right to privacy is essential, namely, it gives employee privacy a meaningful respect. It may be argued that, given that the right to privacy is a fundamental right, the protection of privacy should be dealt with along the lines of human rights protection mechanisms.* »⁵⁶⁵

Le Conseil de l'Europe a développé d'autres textes qui peuvent inspirer la définition de vie privée. Comme le sujet de notre étude est lié aux technologies, la définition de la Résolution 428 (1970) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe portant Déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme peut aussi nous être utile:

« Le droit au respect de la vie privée consiste essentiellement à pouvoir mener sa vie comme on l'entend avec un minimum d'ingérence. Il concerne la vie privée, la vie familiale et la vie au foyer, l'intégrité physique et morale, l'honneur et la réputation, le fait de ne pas être présenté sous un faux jour, la non-divulgence de faits inutiles et embarrassants, la publication sans autorisation de photographies privées, la protection contre l'espionnage et les indiscretions injustifiables ou inadmissibles, la protection contre l'utilisation abusive des communications privées, la protection contre la divulgation d'informations communiquées ou reçues confidentiellement par un particulier. »

Cette définition exprime le fait que la vie privée contient une diversité de droits couvrant un large champ d'activités individuelles⁵⁶⁶. Du côté de la jurisprudence, cette diversité est confirmée: la vie privée couvre l'intégrité physique et morale de la personne, l'identité physique et sociale d'un individu, l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur, enfin l'autonomie personnelle⁵⁶⁷. Ainsi, même si le contenu de l'art. 8 CEDH se réfère à la vie privée et familiale, au domicile et à la correspondance, une signification plus large est traditionnellement attribuée à la notion de vie privée.

⁵⁶⁴ ROGGE Kersten, *La protection de la vie privée et les défis technologiques*, in: RTDH 1994, p. 41. Voir également HALPERIN Jean-Louis, *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, Paris 2009, p. 41.

⁵⁶⁵ HENDRICKX, p. 48.

⁵⁶⁶ VELU Jacques, *The European Convention on Human Rights and the Right to Respect for Private Life, the Home and Communications*, in: ROBERTSON (ed.), *Privacy and Human Rights*, Bruxelles 1973, p. 12 et 92.

⁵⁶⁷ CourEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, req. n°2346/02, Rec. 2002-III, paragr. 61; cf. également SPIELMANN Dean, *Freedom of the press, protection of privacy and presumption of innocence*, 7th Annual Meeting of the Alliance of Independent Press Councils of Europe, Strasbourg/Luxembourg 2005, p. 22.

Si l'on essaie de résumer l'ensemble des définitions et éléments de la jurisprudence, comme certains publicistes l'ont fait, on peut établir une liste d'éléments constituant la notion large de vie privée: **l'identification de la personne** (domicile, nom, image, voix); **les éléments formant la partie de la vie personnelle** (famille, affection, opinions politiques, religion, préférences privées); **l'intimité de l'intégrité corporelle** (santé, sexualité); **la vie professionnelle**, jusqu'à un certain point; les informations concernant **les événements passés relatifs à une personne**.⁵⁶⁸

La notion de vie privée définie dans cette enceinte est une **notion large**. Pour les juges de Strasbourg, il n'existe pas de définition exhaustive⁵⁶⁹. Le noyau conceptuel prend appui sur la notion d'intimité et sur les droits de la personnalité⁵⁷⁰. Il s'agit toutefois d'un concept plus large que le droit à l'intimité puisqu'il s'identifie à: la vie privée personnelle qui comprend notamment la protection de son honneur, de son mode de vie, de son intégrité physique et psychologique et la vie privée sociale qui comprend le droit d'établir et de développer des relations avec autrui⁵⁷¹. Comme le souligne MARGUENAUD, « le droit à la vie privée n'est pas seulement le droit de rester chez soi pour exclure les autres; c'est aussi le droit de sortir de chez soi pour aller vers les autres »⁵⁷². Le concept ne vise pas uniquement la solitude de l'individu mais protège « les relations nouées dans le cadre de la famille, de l'association ou du travail »⁵⁷³. En élargissant la notion de vie privée aux relations sociales, les relations professionnelles se sont trouvées directement un des enjeux de la notion⁵⁷⁴.

Grâce à la rédaction de type clause générale de l'art. 8 CEDH⁵⁷⁵, le citoyen est protégé, non pas seulement contre une violation classique mais aussi dans des cas atypiques, ou contre des risques émergents. De tels cas peuvent, en effet, selon les critères de la vie privée, être subsumés de l'article 8. Ainsi, le caractère évolutif de la Convention est

⁵⁶⁸ SPIELMANN, Freedom, p. 23 et les auteurs cités: THEWES Marc, *La presse et la vie privée*, Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves, n°78, Luxembourg 1991, p. 18; MOSAR Laurent / GOERGEN Patrick, *Liberté d'expression dans les médias*, Ed. St-Paul, Luxembourg 2004, p. 234.

⁵⁶⁹ Sur la notion de vie privée: RIGAUX François, *La vie privée, une liberté parmi les autres?*, Larcier, Bruxelles 1992; voir également KILKELLY Ursula, *Le droit au respect de la vie privée et familiale*, Précis sur les droits de l'homme n°1, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg 2003; CourEDH, Costello-Roberts c. Royaume-Uni, 25 mars 1993, req. n°13134/87, série A vol. 247-C, paragr. 36; CourEDH, Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, req. n°13710/88, série A vol. 251-B, paragr. 29; voir également VELU/ERGEC, p. 536 ss; VILLIGER, p. 352 ss.

⁵⁷⁰ BURGORGUE-LARSEN, p. 72; cf. VELU/ERGEC, p. 536 s; voir également FAVOREU / GAÏA / GHEVONTIAN / MÉLIN-SOUCRAMANIEN / PFERSMANN / PINI / ROUX / SCOFFONI / TREMEAU, p. 382; selon LOUCAIDES L.G., *Personality and Privacy under the European Convention on Human Rights*, The British year book of international law, 1990, p. 190: «Protection of private life means protection of the personality»; cf. CourEDH (Dec), Hagmann-Hüsler c. Suisse, 15 décembre 1977, req. n°8042/77, D.R. 12, p. 202; CourEDH (Dec.), X. c. Allemagne, 10 mars 1981, req. n°8741/79, D.R. 24, p. 140.

⁵⁷¹ Cette distinction entre vie privée personnelle et vie privée sociale est présentée par: SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, Paris 2005, p. 404 ss; SUDRE, Vie privée, p. 15 ss; cf. CEDH Affaire Botta c. Italie, arrêt du 24.02.1998, req. n°21439/93, Rec. 1998-I, paragr. 32; CourEDH, Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, req. n°13710/88, série A vol. 251-B, paragr. 29; CourEDH (Dec.), McFeeley et al. c. Royaume-Uni, 15 mai 1980, req. n°8317/78, D.R. 20, p. 44; CourEDH (Dec.), X. c. Islande, 18 mai 1976, req. n°6825/74, D.R. 5, p. 88.

⁵⁷² MARGUENAUD Jean-Pierre, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris 2012, p. 92; CourEDH, Von Hannover c. Allemagne, 24 juin 2004, req. n°59320/00, Rec. 2004-VI.

⁵⁷³ DE SCHUTTER, Vie privée, p. 830.

⁵⁷⁴ SUDRE, Aléas, p. 689 et p. 701 ss.

⁵⁷⁵ On peut également parler de disposition normative ouverte.

sans doute renforcé. Même si cet avantage de flexibilité est caché par l'impossibilité d'une définition plus précise et un manque de prévisibilité, l'insécurité juridique diminue de plus en plus par la consolidation de la jurisprudence.

C'est d'ailleurs la technique qui a été utilisée par la CourEDH, une approche casuistique⁵⁷⁶. Il faut bien reconnaître qu'il n'existe pas encore beaucoup d'arrêts sur la vie privée au travail et que l'impact exact de l'article 8 CEDH dans le monde du travail reste une question ouverte⁵⁷⁷. La jurisprudence recouvrant le respect de la vie privée des salariés et l'usage des technologies est encore plus restreinte.

Nous avons choisi d'illustrer l'approche casuistique au travers de quatre problématiques traitées par la CourEDH: 1°) **la perquisition de lieux professionnels** ; 2°) **les tests de dépistage** ; 3°) **les relations intimes** et 4°) **l'apparence**.

1° Un des arrêts les plus importants en relation avec la **perquisition des lieux professionnels** est l'arrêt NIEMIETZ⁵⁷⁸. Dans cet arrêt datant de 1992, les faits relèvent d'une perquisition auprès d'un cabinet d'avocat sur des données concernant des clients. La Cour a dû déterminer si le domaine professionnel entre dans le champ d'application de la vie privée:

« La Cour 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. 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. Spécialement, les tâches d'un membre d'une profession libérale peuvent constituer un élément de sa vie à un si haut degré que l'on ne saurait dire en quelle qualité il agit à un moment donné. »⁵⁷⁹

La CourEDH admet que certaines relations personnelles nouées dans le cadre professionnel peuvent relever de la notion de vie privée. Cette jurisprudence établit que le droit au respect de la vie privée s'étend aux « activités professionnelles ou commerciales »⁵⁸⁰. Cette conception reconnaît une dimension

⁵⁷⁶ MOCK, p. 239; HAEFLIGER A., *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, Stämpfli, Berne 1993, p. 202; cf. également BREITENMOSER, p. 37.

⁵⁷⁷ FORD, p. 30 et p. 38.

⁵⁷⁸ CourEDH, Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, req. n°13710/88, série A vol. 251-B; MOULY Jean, *Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne*, in: Sudre Frédéric (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis/Bruylant, Bruxelles 2005, p. 279 ss.

⁵⁷⁹ CourEDH, Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, req. n°13710/88, série A vol. 251-B, paragr. 29

⁵⁸⁰ CourEDH, Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, req. n°13710/88, série A vol. 251-B, paragr. 29;

collective à la vie privée: un droit de développer nos relations avec les autres, à l'abri de toute ingérence extérieure⁵⁸¹. Traduit dans le milieu du travail, elle exige probablement des espaces privés au travail dans lesquels les travailleurs peuvent développer leurs relations les uns avec les autres, sans intrusion de l'employeur⁵⁸².

« Cette extension consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme est importante car elle signifie que non seulement les activités liées à l'exercice d'une profession – qu'elle soit libérale, commerciale ou autre – sont protégées mais également les locaux dans lesquels elles s'exercent ainsi que le secret de la correspondance qui s'y rattache. »⁵⁸³

Plus récemment, toujours sur le modèle de l'arrêt NIEMIETZ, la Cour a donné quelques précisions supplémentaires sur l'idée d'existence d'espace privé sur le lieu de travail dans une affaire relevant à nouveau d'une perquisition, mais cette fois auprès d'un expert criminologue. Le requérant était criminologue auprès du Bureau du Procureur. Une commission composée du chef du service administratif du Bureau du Procureur, du responsable de l'administration des services du Procureur général et de la secrétaire du Procureur en chef a inspecté le bureau du requérant. Elle a établi un inventaire très détaillé de ce qu'elle a trouvé: des médicaments, des disques compacts, du matériel personnel, des carnets de notes, des diplômes, des photographies personnelles, des livres et des documents personnels, y compris médicaux. La commission a également inspecté le contenu du disque dur de l'ordinateur du requérant.⁵⁸⁴

Même s'il ne s'agissait pas cette fois d'une perquisition policière mais plutôt d'une inspection entre employeur et employé, la Cour a considéré que, compte tenu de la similitude avec le cas NIEMIETZ, la présente affaire devait également entrer dans le champ d'application de la vie privée car il existait une “*reasonable expectation of privacy*”⁵⁸⁵. Tout employé s'attend à ce que son bureau ou ses dossiers soient protégés. « En outre, un tel arrangement est implicite dans toute relation habituelle employeur-employé et il n'y avait rien dans les circonstances particulières de l'affaire - par exemple un règlement ou une politique de l'employeur qui décourageait les employés de stocker des documents personnels

LAMBERT Pierre / RIGAUX François, *Perquisitions au cabinet d'un avocat et droit au respect de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, in : RTDH 1993, p. 470-481 ; Cette jurisprudence est notamment confirmée par: CourEDH, C. c. Belgique, 7 août 1996, req. n°21794/93, Rec.1996-III, paragr. 25; CourEDH, Vitiello c. Italie, 23 mars 2006, req. n° 77962/01, paragr. 47; CourEDH, Albanese c. Italie, 23 mars 2006, req. n°77924/01, paragr. 53; CourEDH, Karov c. Bulgarie, 16 novembre 2006, req. n° 45964/99, paragr. 85 ss; CourEDH, Xavier da Silveira c. France, 21 janvier 2010, req. n°43757/05 ; CourEDH, André et autre c. France, 24 juillet 2008, req. n°18603/03 (cet arrêt traite également du secret professionnel) ; voir également SUDRE, Droit européen, p. 528.

⁵⁸¹ Voir également : CourEDH, Bigaeva c. Grèce, 28 mai 2009, req. n°26713/05, paragr. 22 qui précise : « L'article 8 garantit ainsi la "vie privée" au sens large de l'expression, qui comprend le droit de mener une "vie privée sociale", à savoir la possibilité pour l'individu de développer son identité sociale. »; dans le même sens : CourEDH, Campagnano c. Italie, 23 mars 2006, req. n°77955/01, Rec. 2006-IV, paragr. 53.

⁵⁸² FORD, p. 30.

⁵⁸³ FAVOREU / GAÏA / GHEVONTAN / MELIN-SOUCRAMANIEN / PENA / PFERSMANN / PINI / ROUX / SCOFFONI / TREMEAU, p. 501.

⁵⁸⁴ Cf. CourEDH, Peev c. Bulgarie, 26 juillet 2007, req. n°64209/01, paragr. 14.

⁵⁸⁵ CourEDH, Peev c. Bulgarie, 26 juillet 2007, req. n°64209/01, paragr. 39.

et des effets personnels dans leur bureau ou leurs dossiers »⁵⁸⁶. Dans cet arrêt, apparaît l'idée de règlement d'entreprise qui pourrait prévoir un certain nombre de dispositions régissant la vie privée des employés. Cet instrument sera exposé plus en détails dans la deuxième partie consacrée à la mise en œuvre de la protection de la vie privée⁵⁸⁷.

- 2° Dans un autre contexte, la Cour a eu à se prononcer sur **les tests de dépistage** et leur impact sur la vie privée au travail, une première fois en 2002 et une seconde en 2004 avec une argumentation similaire. Non sans hésitation, la Cour a déclaré les deux requêtes en question irrecevables car manifestement mal fondées au titre de l'art. 35 ch. 3 CEDH⁵⁸⁸. « Dans les deux cas, il s'agissait de salariés qui se plaignaient d'avoir été soumis par leur employeur, dans le cadre de leur activité professionnelle, à des tests de dépistage de l'alcool et de la drogue qui auraient porté atteinte de manière excessive à leur droit au respect de la vie privée. Dans les deux cas, toutefois, la Cour a fait preuve d'une prudence pour le moins étonnante. »⁵⁸⁹

Dans la première affaire, le requérant était employé en tant qu'assistant pour les passagers dans une compagnie maritime danoise et à ce titre était membre de l'équipage à part entière. La compagnie avait publié une nouvelle série de règlements concernant sa politique du personnel sur l'alcool et les drogues, qui a notamment déclaré que, lors du service à bord, les employés étaient autorisés à un taux d'alcoolémie de 0,2 pour mille et lors du congé à bord de 0,4 pour mille. Lorsque les employés étaient à bord, ils n'étaient pas autorisés à être en possession de drogues ou de toutes autres substances toxiques. La compagnie a introduit un test obligatoire d'alcool et de drogues nécessitant à la personne concernée de fournir un échantillon d'urine.⁵⁹⁰

Le requérant s'est plaint, invoquant l'art. 8 CEDH, du fait que la compagnie exige de soumettre ses employés à des mesures de contrôle aléatoires par des échantillons d'urine.

Dans la deuxième affaire, la requérante était employée comme femme de ménage dans une centrale nucléaire en Suède. Assignée à nettoyer les bureaux de l'usine, elle ne travaillait pas dans les endroits à risque de radioactivité. Le programme politique en matière de drogues, figurant dans une instruction émise par la centrale, impliquait la prise d'échantillons d'urine de tous les employés. Les tests visaient à détecter l'utilisation de drogue et d'alcool. L'employé était informé une semaine avant l'épreuve, qui consistait à fournir un échantillon d'urine en privé. L'échantillon était pris en charge par une infirmière de la santé et envoyé à un laboratoire à l'hôpital pour analyse. L'employé devait indiquer sur un formulaire, entre autres, quel type de médicament, le cas échéant, il a pris au cours de la

⁵⁸⁶ CourEDH, *Peev c. Bulgarie*, 26 juillet 2007, req. n°64209/01, paragr. 39 (traduction)

⁵⁸⁷ Voir 2ème partie, Titre I, chapitre II.

⁵⁸⁸ CourEDH (Dec.), *Madsen c. Danemark*, 7 novembre 2002, req. n°58341/00, CourEDH (Dec.), *Wretlund c. Suède*, 9 mars 2004, req. n°46210/99.

⁵⁸⁹ MOULY, p. 284 s. ; DE SCHUTTER Olivier, *Les examens médicaux à l'embauche de la Commission européenne*, in : RTDH n°21 1995, p. 115-122.

⁵⁹⁰ CourEDH (Dec.) *Madsen c. Danemark*, 7 novembre 2002, req. n°58341/00, point A.

semaine précédente. Il signait encore un consentement au test qui donne la permission au laboratoire d'informer le service de médecine du travail du résultat. Selon le programme, un refus de subir le test est considéré comme un test positif. Le Tribunal du travail, dernière instance nationale, a estimé que la requérante était tenue de se soumettre au test de dépistage des drogues. Il a estimé, toutefois, qu'il existe une différence fondamentale entre l'usage de drogues et la consommation d'alcool. Le premier est illégal et la deuxième est légale et socialement acceptée. Comme un test positif conduirait à une enquête sur l'utilisation par l'individu de l'alcool - un sujet très sensible en termes de l'intégrité de la personne - le tribunal a conclu que la requérante ne pouvait pas être obligée de subir le test de l'alcool.⁵⁹¹

Devant la Cour, la requérante s'est plainte que l'obligation de se soumettre à un test anti-drogue, entravait son droit au respect de sa vie privée en vertu de l'art. 8 § 1 CEDH.

Ce qui est regrettable c'est que la CourEDH, dans deux décisions de recevabilité, a effectué une véritable analyse de fond. Il aurait été pertinent de déclarer les requêtes recevables et d'analyser ensuite le champ d'application puis les restrictions de l'art. 8 CEDH. Le manque de courage de la Cour réside probablement dans la volonté de ne pas entrer dans le débat de l'effet horizontal et de l'applicabilité de l'art. 8 CEDH dans les relations de travail subordonnées. Dans les deux affaires précitées, la CourEDH a considéré que, dans l'hypothèse où il y aurait eu ingérence d'une autorité publique au sens de l'art. 8 § 1 CEDH, elle examinerait si l'ingérence était justifiée en vertu de l'art. 8 § 2 CEDH. Elle a ensuite jugé, sur le fond, que les tests mis en œuvre par les employeurs ne portaient pas d'atteinte illicite au droit au respect de la vie privée invoquée par les salariés. La CourEDH a ainsi esquivé l'analyse de l'applicabilité de l'art. 8 CEDH. Cette démarche, consistant « à admettre l'applicabilité d'un article de la Convention européenne, sans dire expressément qu'il est applicable, tout en tirant d'ores et déjà les conséquences attachées à son applicabilité »⁵⁹², est très déstabilisante. Ces deux décisions d'irrecevabilité montrent toutefois de manière indirecte que le fait, pour un employeur, d'exercer des tests de dépistages auprès de ses salariés touche leur droit à la vie privée.

- 3° La vie privée couvre les **relations intimes** et les appartenances sexuelles. Ces dernières peuvent être mises à rude épreuve dans le monde du travail. Un arrêt illustre cette situation; il s'agit du cas de l'exclusion de l'armée de deux personnes homosexuelles. Les requérants ont soutenu qu'une enquête menée sur leur homosexualité avait conclu à leur révocation de l'armée de l'air britannique au seul motif qu'ils étaient homosexuels⁵⁹³. Ils ont invoqué l'art. 8 CEDH, considéré isolément et combiné avec l'art. 14 CEDH. Le passage clé de cette jurisprudence est reproduit ci-après:

⁵⁹¹ CourEDH (Dec.), Wretlund c. Suède, 9 mars 2004, req. n°46210/99, point A.

⁵⁹² MOULY, p. 285.

⁵⁹³ CourEDH, Smith et Grady c. Royaume-Uni, 27 septembre 1999, req. n°33985/96 et 33986/96, Rec. 1999-VI, paragr. 2.

« La Cour relève que le Gouvernement ne soutient pas que les requérants, en entrant dans l'armée, ont renoncé aux droits garantis par l'article 8 de la Convention. Elle remarque également que les intéressés n'ont pas été renvoyés pour ne pas avoir révélé leur homosexualité lors de la procédure de recrutement. En outre, elle estime, eu égard aux éléments du dossier, que Mme Smith n'a pris conscience de son homosexualité qu'après son recrutement. Dans ces conditions, la Cour est d'avis que les enquêtes menées par la police militaire sur l'homosexualité des requérants, lesquelles ont impliqué des interrogatoires détaillés de chacun d'entre eux et de tierces personnes sur des questions relatives à leurs préférences et pratiques sexuelles, ainsi que l'élaboration d'un rapport d'enquête final à l'intention des autorités militaires, ont porté directement atteinte au droit des requérants au respect de leur vie privée. La révocation administrative qui en a résulté, motivée uniquement par leur orientation sexuelle, a également constitué une ingérence dans l'exercice de ce droit. »⁵⁹⁴

Pour la notion de vie privée et son étendue, cette jurisprudence précise qu'un salarié en acceptant un emploi, quel qu'il soit, ne renonce pas aux droits garantis par la CEDH et en particulier pas au respect de la vie privée. Les droits fondamentaux ne sont pas laissés devant la porte du bureau. Quant aux questions relatives aux préférences et pratiques sexuelles des employés, cet arrêt confirme que le licenciement d'un collaborateur, motivé uniquement par l'orientation sexuelle de ce dernier, constitue une ingérence dans l'exercice du droit à la vie privée. En effet, lorsque les restrictions à l'art. 8 CEDH « concernent **un aspect des plus intimes de la vie privée**, il doit exister **des raisons particulièrement graves** pour que ces ingérences répondent aux exigences de l'article 8 § 2 de la Convention »⁵⁹⁵.

Dans le même esprit, le licenciement basé sur des procédures disciplinaires portant non seulement sur les agissements professionnels mais également sur les aspects de vie privée et familiale, tombe sous le coup de l'article 8 CEDH. En l'espèce, la révocation d'une juge suite à une enquête sur ses relations intimes avec autrui, son habillement et son maquillage a été jugé comme une violation de l'article 8 CEDH. Comme le relève un arrêt de 2011, une juge a été révoquée suite à une enquête, principalement basée sur des aspects de sa vie privée tels que : le fait d'entretenir des relations étroites avec ses semblables, porter une minijupe, se maquiller, vivre séparée de sa mère⁵⁹⁶. Dans cet arrêt, la Cour a rappelé sa jurisprudence NIEMETZ et a ajouté que **le droit d'une personne à sa réputation** est couvert par l'art. 8 CEDH⁵⁹⁷. Evidemment, un magistrat est soumis à des devoirs déontologiques qui peuvent empiéter sur sa vie privée s'il porte atteinte à l'image ou à la réputation de l'institution judiciaire⁵⁹⁸. Toutefois,

⁵⁹⁴ Idem, paragr. 71.

⁵⁹⁵ CourEDH, Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni, 27 septembre 1999, req. n°31417/96 et 32377/96, paragr. 82 ; voir également CourEDH, Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, req. n°7525/76, série A vol. 45, paragr. 52.

⁵⁹⁶ CourEDH, Özpınar c. Turquie, 19 octobre 2010, req. n°20999/04, paragr. 42-43.

⁵⁹⁷ CourEDH, Özpınar c. Turquie, 19 octobre 2010, req. n°20999/04, paragr. 47 ; voir également CourEDH, Haralambie c. Roumanie, 27 octobre 2009, req. n°21737/03, paragr. 79.

⁵⁹⁸ CourEDH, Özpınar c. Turquie, 19 octobre 2010, req. n°20999/04, paragr. 71.

la Cour examine toujours les circonstances de l'espèce de chaque affaire. Elle doit veiller au juste équilibre :

«La Cour peut comprendre que le fait d'adopter, dans la vie professionnelle ou dans la vie privée, une conduite qui ne rend pas le magistrat digne de la confiance et de la considération dont il doit jouir, peut avoir un certain effet sur la réputation du pouvoir judiciaire. Cependant, dans les affaires ayant trait à la vie privée d'un fonctionnaire, ce dernier doit pouvoir prévoir, dans une certaine mesure, les conséquences de ses agissements privés et, le cas échéant, bénéficier de garanties adéquates. De telles garanties sont d'autant plus nécessaires que la vie professionnelle chevauche très souvent la vie privée au sens strict du terme, de telle sorte qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer en quelle qualité l'individu agit à un moment donné. »⁵⁹⁹

Même s'il est courant d'opposer vie privée et vie professionnelle, ces deux notions ne sont pas séparées. Comme l'indique la jurisprudence, «la vie professionnelle fait partie de cette zone d'interaction entre l'individu et autrui qui, même dans un contexte public, peut relever de la vie privée »⁶⁰⁰. Les limites ne sont pas si claires :⁶⁰¹

«Il n'existe ni de limite claire ni de frontière étanche entre la vie professionnelle d'une part et la vie privée d'autre part. En réalité, si la première peut faire des incursions dans la seconde, cette dernière, tentaculaire, a également vocation à envahir la vie professionnelle, voire même, dans certains cas, à l'accaparer. Cette situation d'intrication se trouve de surcroît aggravée aujourd'hui par les évolutions récentes de certaines formes d'activités professionnelles. »⁶⁰²

Ces nouvelles formes de travail sont, par exemple, le télétravail, l'usage massif des communications électroniques pour le travail, l'usage d'Internet et des téléphones mobiles et la pression pour une disponibilité instantanée des employés⁶⁰³. « La ligne de partage ne saurait plus être tracée à la sortie des lieux

⁵⁹⁹ Idem, paragr. 76.

⁶⁰⁰ CourEDH, Bigaeva c. Grèce, 28 août 2009, req. n°26713/05, paragr. 23 ; CourEDH, Fernandez Martinez c. Espagne, 15 mai 2012, req. n°56030/07, paragr. 57 (Le 24.09.2012, l'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre à la demande du requérant); CourEDH (Dec.), Mólka c. Pologne, 11 avril 2006, req. n°56550/00.

⁶⁰¹ MOULY Jean, *Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne*, in: SUDRE Frédéric (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2004 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Nemesis/Bruylant, Bruxelles 2005, p. 279.

⁶⁰² MOULY, p. 281; cette limite incertaine et floue est illustrée par la pratique de bons nombres d'entreprises actives sur le marché d'Internet comme *Google* à Zürich qui repousse les frontières entre vie privée et vie professionnelle par son organisation de travail (restaurant gratuit, coiffeur et autres commodités dans l'entreprise, horaire de travail totalement flexible, familles présentes sur le site de travail,...).

⁶⁰³ SKYTE Peter, *The Protection of Privacy at Work*, in: Bulletin of comparative labour relations n°40, Kluwer Law International, La Haye 2002, p. 2; RAY Jean-Emmanuel, *Temps professionnel et temps personnels*, in: Revue Droit social n°1 2004, p.66; RAY / ROJOT, *Worker privacy in France*, in: Comparative Labor Law Journal, Vol. 7 n°1, 1995, p. 62; WAQUET, *Entreprise*, p. 112.

de travail et à l'expiration de l'horaire. L'entreprise suit ses salariés à leur domicile ou pendant leurs loisirs. Et réciproquement l'homme sous le salarié, reste un homme pendant ses heures de fonction et dans les locaux où il les exerce. Tout est devenu plus complexe et plus flou. »⁶⁰⁴

- 4° Enfin, et comme déjà esquissé précédemment, la vie privée au travail peut être touchée en raison de **l'apparence du salarié**. A cet égard, il est intéressant de mentionner une décision de la Commission qui a examiné l'effet de l'article 8 CEDH concernant les codes vestimentaires. Un employé portait des vêtements de femme au travail. Il a été chargé de renoncer. Dans ce cas-là, la Commission a admis que le choix du mode d'habillement est un aspect de la vie privée.⁶⁰⁵

Outre le choix d'un vêtement particulier, on peut également inclure dans la notion de vie privée, le droit de choisir son propre style de coiffure. Toutefois, les autorités nationales jouissent d'un grand pouvoir d'appréciation.⁶⁰⁶

La question de l'apparence, qu'elle soit vestimentaire ou autre peut être rattachée au mode de vie. L'art. 8 protège le droit à l'auto-détermination ou le droit de décider de son propre chef, sans entrave des autorités ou sans influence sur le processus de décision individuelle. « *Dem Individuum ist ein Freiraum für wesentliche Ausdrucksmöglichkeiten seiner Persönlichkeit zu gewähren.* »⁶⁰⁷ Dans ce domaine, la tolérance et l'ouverture d'esprit sont particulièrement importants⁶⁰⁸.

Au travers des divers cas de jurisprudence évoqués ci-dessus, on constate que le manque de définition précise et exhaustive de la vie privée n'empêche pas une protection légale dans des contextes variés⁶⁰⁹. Les lieux où s'exerce le droit fondamental à la vie privée sont nombreux. Parmi eux, le milieu professionnel en est un, et non des moindres puisque les citoyens passent la plus grande partie de leur vie sur leur lieu de travail. La vie professionnelle fait partie de la vie sociale et le droit à la protection de la vie privée est bien présent dans l'univers du travail⁶¹⁰.

La notion de vie privée utilisée dans l'article 8 CEDH est extensible et flexible. On parle souvent de **conception extensive**⁶¹¹ de la vie privée par opposition à conception restrictive⁶¹². « L'interprétation évolutive des instruments conventionnels a conduit les organes de protection à élargir progressivement le champ d'application de la notion de

⁶⁰⁴ LYON-CAEN Gérard, Libertés, p. 116.

⁶⁰⁵ CourEDH (Dec.), Kara c. Royaume-Uni, 22 octobre 1998, req. n°36528/97, FORD, p. 32.

⁶⁰⁶ VILLIGER Mark E., *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) : unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage*, 2ème version, Schulthess, Zürich 1999, p. 358.

⁶⁰⁷ VILLIGER, p. 358; BREITENMOSER, p. 40.

⁶⁰⁸ CourEDH, Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, req. n°7525/76, série A vol. 45, paragr. 53.

⁶⁰⁹ CRAIG John D.R., *Privacy in the Workplace and the Impact of European Convention Incorporation on United Kingdom Labour Law*, in: *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 19 n°3 1998, p. 382; DE SCHUTTER, Vie privée, p. 827 ss.

⁶¹⁰ MAINGAIN, p. 429.

⁶¹¹ Voir par ex. FAVOREU / GAÏA / GHEVONTAN / MELIN-SOUCRAMANIEN / PENA / PFERSMANN / PINI / ROUX / SCOFFONI / TREMEAU, p. 498.

⁶¹² CourEDH, van Vondel c. Pays-Bas, 25 octobre 2007, req. n°38258/03, paragr. 48: « *the term "private life" must not be interpreted restrictively* ».

vie privée. Ceci aboutit à une conception de la vie privée plus large que celle adoptée généralement par les juridictions constitutionnelles européennes. »⁶¹³ Cette flexibilité suscite des difficultés d'**interprétation**⁶¹⁴.

« C'est que les termes mêmes des textes fondamentaux sont sujets à interprétation et peuvent revêtir des sens multiples. Les notions mêmes de personne, de personnalité, de famille, de vie privée, de dignité, de respect, font l'objet de diverses significations et manquent de netteté. C'est un gage d'ouverture et d'évolution dans la précision progressive de leurs effets juridiques et donc de leurs frontières. Le rôle créateur du juge n'aura jamais été aussi important qu'en ce domaine. »⁶¹⁵

L'interprétation donnée par la CourEDH a une grande importance pour le droit national puisqu'elle peut prévaloir sur l'interprétation des juridictions nationales⁶¹⁶. Le contentieux de l'article 8 CEDH occupe une part non négligeable de la jurisprudence de la CourEDH et forme « un ensemble complexe et composite »⁶¹⁷.

« L'extension du champ d'applicabilité de la notion de vie privée est encouragée par la coexistence, au sein de la même disposition qui garantit le droit au respect de la vie privée, de la vie familiale, du domicile et du secret de la correspondance: cette coexistence permet à la Cour européenne des droits de l'homme et aux juridictions nationales des Etats parties de procéder par voie de combinaisons entre les différentes garanties, et ainsi de les étendre sous prétexte de recouvrir ces différentes garanties d'une interprétation qui les harmonise entre elles. »⁶¹⁸

Le principe général d'interprétation défini par la CourEDH est particulièrement pertinent concernant le droit au respect de la vie privée: « La Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelle. »⁶¹⁹ L'interprétation évolutive conduit la CourEDH à s'inspirer du droit en vigueur dans les Etats contractants ou même dans d'autres juridictions. La Cour a reconnu la protection de l'individu de manière étendue, ce qui a été réalisé par le biais d'un élargissement constant des dispositions pertinentes et de leur adaptation sociale progressiste à l'évolution des perceptions et des idées⁶²⁰. Il en résulte une extension de la protection

⁶¹³ FAVOREU / GAÏA / GHEVONTAN / MELIN-SOUCRAMANIEN / PENA / PFERSMANN / PINI / ROUX / SCOFFONI / TREMEAU, p. 498.

⁶¹⁴ VELU/ERGEC, p. 535.

⁶¹⁵ LABRUSSE-RIOU, p. 325 s.

⁶¹⁶ KAYSER Pierre, *La protection de la vie privée*, 3^{ème} édition, Economica / Presses universitaires d'Aix-Marseille, Paris/Aix-en-Provence 1995, p. 17 ss.

⁶¹⁷ LARRALDE Jean-Manuel, *L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle*, in: RTDH n°65 2000, p. 37.

⁶¹⁸ DE SCHUTTER, Vie privée, p. 833; l'auteur cite les exemples suivants: CourEDH, Lopez Ostra c. Espagne, 9 décembre 1994, req. n°16798/90, série A vol. 303-C, paragr. 51; CourEDH, C. c. Belgique, 7 août 1996 req. n°21794/93, Rec. 1996-III, paragr. 25; CourEDH, Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, req. n°13710/88, série A vol. 251-B, paragr. 33.

⁶¹⁹ CourEDH, Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, req. n°6833/74, série A vol. 31, paragr. 58; CourEDH, Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, req. n°5856/72, série A vol. 26, paragr. 31; voir également FAVOREU / GAÏA / GHEVONTIAN / MÉLIN-SOUCRAMANIEN / PFERSMANN / PINI / ROUX / SCOFFONI / TREMEAU, p. 382.

⁶²⁰ LOUCAIDES, p. 170.

de la vie privée à un large spectre de situations spécifiques⁶²¹. En effet, les exigences auxquelles elle est confrontée sont diverses : « personnelles pour l'individu lui-même, sociales pour lui-même par rapport aux autres, et même sécuritaires au regard des impératifs de l'ordre public »⁶²². De nouveaux droits dérivant de la notion de vie privée seront reconnus, à l'avenir, en fonction de ce qui sera requis par les conditions de vie sociale.

Toutefois, l'interprétation du champ d'application de la vie privée contient aussi des **limites** et des restrictions. La CourEDH a défendu cette position de limites implicites dans l'arrêt *GOLDER*: « S'agissant d'un droit que la Convention reconnaît sans le définir au sens étroit du mot, il y a place, en dehors des limites qui circonscrivent le contenu même de tout droit, pour des limitations implicitement admises. »⁶²³ Toute détermination du contenu du droit dépend du cas d'espèce et du degré de sévérité des conséquences⁶²⁴. La vie privée a des limitations qui sont liées à la publicité des comportements et aux droits et intérêts d'autrui⁶²⁵.

L'approche extensive présente des inconvénients liés à l'indétermination des frontières mais elle traduit surtout la vitalité des dispositions conventionnelles et l'originalité du caractère multiforme de l'art. 8 CEDH⁶²⁶. Dans une opinion personnelle, le juge PETTITI précisait qu' « on ne peut en effet donner une extension illimitée à la notion de vie privée. [...] La protection de la vie privée est la protection de l'intimité et de la dignité de la personne »⁶²⁷. La Cour a elle aussi imposé des limites ou frontières lorsqu'elle a traité de la notion de bien-être: « La notion de bien-être que la Cour place dans la vie privée et familiale signifie-t-elle que toutes les relations sociales d'un individu entrent dans l'article 8? La Cour a été obligée de répondre négativement au risque sinon d'étendre démesurément les obligations de l'Etat: le bien-être n'est une composante de l'autonomie personnelle que s'il a des liens étroits avec la localisation habituelle des activités de l'individu, mais la revendication d'un bien-être indéterminé en tous temps et en tous lieux ne fait pas partie de l'article 8 »⁶²⁸. Au vu de la

⁶²¹ Cette notion extensive est défendue notamment par: KAYSER, p. 28; JACQUE Jean-Paul, *Le respect de la vie privée et familiale dans la jurisprudence des organes de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Rapport aux Journées d'information sur la Convention européenne, Toulouse, 4 et 5 décembre 1980, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. XXIX, p. 125-146; EISSEN M.-A., *La Cour européenne des droits de l'homme*, in: RDP 1986, p. 1539; voir également MOCK, p. 237.

⁶²² RENUCCI Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme*, 2^{ème} édition, L.G.D.J., Paris 2012, p. 267.

⁶²³ CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, req. n°4451/70, série A vol. 18, paragr. 38.

⁶²⁴ LOUCAIDES, p. 193; cf. CourEDH (Dec.), *Stevens c. Royaume-Uni*, 3 mars 1986, req. n°11674/85, D.R. 46, p.248; CourEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, req. n°7525/76, série A vol. 45, paragr. 52; CourEDH, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999, req. n°33985/96 et 33986/96, Rec. 1999-VI, paragr. 89: « En conséquence, lorsque les restrictions dont il s'agit concernent "un aspect des plus intimes de la vie privée", il doit exister "des raisons particulièrement graves" pour que ces ingérences répondent aux exigences de l'article 8 § 2 de la Convention. »

⁶²⁵ COHEN-JONATHAN, *Respect*, p. 407 s; cf. JACQUÉ Jean-Paul, *Le respect de la vie privée dans la jurisprudence des organes de la CEDH*, Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1980, p. 180.

⁶²⁶ RENUCCI, p. 266 s.

⁶²⁷ Opinion concordante du juge PETTITI dans: CourEDH, *Laskey, Jaggard et Brouwn c. Royaume-Uni*, 19 février 1997, req. n°21627/93, 21826/93 et 21974/93, Rec. 1997-I.

⁶²⁸ CourEDH, *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, req. n°14967/89, Rec.1998-I, paragr. 60; CourEDH, *Botta c. Italie*, 24 février 1998, req. n°21439/93, Rec. 1998-I.

jurisprudence présentée précédemment, on constatera toutefois que les limites ou les frontières sont mouvantes, notamment en fonction de l'époque ou de la pression sociale⁶²⁹.

2. *Le droit de l'Union européenne (art. 7 de la Charte DFUE)*

Le développement de la notion de vie privée a été influencé par le dialogue entre les juridictions européennes que sont la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Ce dialogue a permis d'amener la vie privée sur des territoires neufs.⁶³⁰

L'art. 7 de la Charte DFUE énonce la même règle que l'art. 8 CEDH à un mot près: le mot « correspondance » fait place au mot « communications ». Cette modification est fidèle à la réalité d'aujourd'hui. En principe, la Cour luxembourgeoise se réfère et accorde une priorité à la Charte DFUE, dotée d'une force juridique contraignante depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2011. La CJUE interprète le droit de l'Union à la lumière de la Charte DFUE. Le développement de cette jurisprudence en est encore à ses prémices. Sans aucun doute, la Charte DFUE deviendra une source d'inspiration plus importante dans les années à venir⁶³¹.

Avant 2011, la CJUE a d'abord eu recours à la technique dite des principes généraux puis elle a intégré la CEDH dans sa jurisprudence. Très tôt, la Cour de justice a « affirmé que les droits fondamentaux faisaient partie du droit communautaire en tant que principes généraux du droit »⁶³². Ils s'imposent ainsi aux institutions européennes qui doivent les respecter avant l'adoption de nouveaux actes. Un acte communautaire qui serait contraire à l'un de ses droits pourrait être annulé par la CJCE⁶³³. La CJCE a ainsi dégagé un catalogue prétorien des droits fondamentaux dont la protection de la vie privée en 1980⁶³⁴. La Cour de justice s'est inspirée des traditions de ses Etats

⁶²⁹ RENUCCI, p. 267; MOCK, p. 237 s.

⁶³⁰ DE SCHUTTER, Vie privée, p. 834 s; l'auteur cite les arrêts suivants: CourEDH, Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, req. n°13710/88, série A vol. 251-B et CJCE, Hoechst AG c. Commission des Communautés européennes, 21 septembre 1989, aff. jointes C-46/87 et C-227/88, Rec. 1989, p. 02859 et CJCE, Roquette Frères SA c. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, en présence de la Commission des Communautés européennes, 22 octobre 2002, aff. C-94/00, Rec. 2002, p. I-09011; CourEDH, Burghartz c. Suisse, 22 février 1994, req. n°16213/90, série A vol. 280-B et CJCE, Christos Konstantinidis c. Stadt Altensteig - Standesamt et Landratsamt Calw - Ordnungsamt, 30 mars 1993, aff. C-168/91, rec. 1993, p. I-01191.

⁶³¹ RENUCCI, p. 787 ss.

⁶³² MICHEAU Claire / MASSON Antoine, *La Cour de justice des Communautés européennes, moteur de l'intégration européenne*, in : DEVAUX / LEBOUTTE / POIRIER (dir.), *Le Traité de Rome : histoires pluridisciplinaires : l'apport du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne*, Peter Lang, Bruxelles 2009, p. 120 ; CJCE, Erich Stauder c. Ville d'Ulm - Sozialamt, 12 novembre 1969, aff. C-29/69, Rec. 1969, p. 00419.

⁶³³ Le contentieux des droits de l'Homme dans l'ordre communautaire, p. <http://www.studility.com/?q=node/254&page=2>, (consulté le 31.08.2013)

⁶³⁴ CJCE, National Panasonic (UK) Limited c. Commission des Communautés européennes, 26 juin 1980, aff. C-136/79, Rec. 1980, p. 02033. Ont suivi les arrêts suivants : CJCE, Commission c. Royaume-Uni, 8 novembre 1983, 165/82, Rec. p. 3431; CJCE, X c. Commission des Communautés européennes, 5 octobre 1984, aff. C-404/92P, Rec. 1992, p. I-04737; CJCE, Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne, 8 avril 1992, aff. C-62/90, Rec. 1992, p. I-02575; CJCE, Pietro Scaramuzza c. Commission des Communautés européennes, 20 octobre 1994, aff. C-76/938, Rec. 1994, p. I-05173.

membres. Puis, elle a progressivement évoqué la CEDH⁶³⁵, pour y faire ensuite expressément référence⁶³⁶ et enfin l'intégrer dans sa jurisprudence. Toutefois, la CEDH n'est pas une source du droit communautaire ; elle n'est qu'une référence parmi d'autres⁶³⁷.

L'arrêt de 1980 traite d'une vérification des documents d'une société. Dans l'analyse d'éventuelle violation de droits fondamentaux, la CJCE relève « que l'article 8 de la Convention européenne, pour autant qu'il s'applique à des personnes morales, tout en énonçant le principe de la non-ingérence des autorités publiques dans l'exercice des droits visés au premier paragraphe, admet, au deuxième paragraphe, qu'une telle ingérence est possible pour autant qu'elle « est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection des droits et libertés d'autrui »⁶³⁸. La CJCE analyse en détail le principe de proportionnalité. Elle opère de façon similaire à la CEDH.

En analysant la jurisprudence de Luxembourg post-1980, on constate que la notion de vie privée qui y est développée n'est pas si différente de celle de la CourEDH. Souvent, ce sont la motivation, l'argumentation ou le fondement juridique qui diffèrent mais le résultat est le même⁶³⁹. Un socle commun se dessine au fur et à mesure⁶⁴⁰.

Prenons quelques exemples de situations similaires de celles examinées par la CEDH dans le chapitre précédent: 1°) **les tests de dépistage** et 2°) **les relations intimes**.

1° Un arrêt concernant la santé et les **tests à l'embauche** datant de 1994 est particulièrement intéressant. La Commission a refusé d'engager le requérant pour un emploi de dactylo et pour une durée de six mois en raison de son inaptitude

⁶³⁵ CJCE, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes, 14 mai 1974, aff. C-4/73, Rec. 1975, p. 00985, cet arrêt se réfère au droit de propriété ainsi qu'au droit au libre exercice de ses activités professionnelles, « protégés par la loi fondamentale de la république fédérale d'Allemagne, autant que par les Constitutions d'autres États membres, et divers instruments internationaux, notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, du 4 novembre 1950 » (consid. 12 et voir également consid. 13 ss).

⁶³⁶ CJCE, Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur, 28 octobre 1975, aff. C-36/75, Rec. 1975, p. 1219, consid. 32.

⁶³⁷ CJCE, Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz, 13 décembre 1979, aff. C-44/79, Rec. 1979, p. 03727, consid. 14 qui reprend un arrêt phare : « Ainsi que la Cour l'a affirmé dans son arrêt du 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft (Recueil 1970, p. 1125), la question relative à une atteinte éventuelle aux droits fondamentaux par un acte institutionnel des Communautés ne peut pas être appréciée autrement que dans le cadre du droit communautaire lui-même. ».

⁶³⁸ CJCE, National Panasonic (UK) Limited c. Commission des Communautés européennes, 26 juin 1980, aff. C-136/79, Rec. 1980, p. 02033, consid. 19.

⁶³⁹ A titre d'exemple, on peut comparer plusieurs arrêts portant sur la vie privée et familiale : CJUE, Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm), 8 mars 2011, aff. C-34/09, Rec. 2011, p. I-01177 et CourEDH (Dec.), Chorfi c. Belgique, 27 juin 1994, req. n°21794/93, CourEDH, Amrollahi c. Danemark, 11 juillet 2002, req. n°56811/00.

⁶⁴⁰ Toutefois, l'interprétation extensible de l'art. 8 CEDH faite par la Cour de Strasbourg n'est pas partagée par la Cour de Luxembourg. Cf. RENUCCI, p. 733 s. Le domaine où les convergences de vues sont les plus fortes est celui de la protection des données: CJCE, Rechnungshof et autres et Christa Neukomm et Joseph Lauer mann c. Österreichischer Rundfunk, 20 mai 2003, aff. jointes C-465/00, C-138/01, C-139/01, Rec. 2003, p. I-04989.

physique suite à un test VIH positif⁶⁴¹.

Dans cette affaire, la CJCE reconnaît que le droit au respect de la vie privée, « consacré par l'article 8 de la CEDH et qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres, constitue l'un des droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire (voir arrêt du 8 avril 1992, Commission/Allemagne, aff. C-62/90, Rec. 1992, p. I-02575, point 23). Il comporte notamment le droit d'une personne de tenir son état de santé secret »⁶⁴². Tout comme la CEDH, la CJCE estime que des restrictions peuvent être apportées aux droits fondamentaux, « à condition qu'elles répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général et qu'elles ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit protégé »⁶⁴³. Dans le cas d'un examen médical à l'embauche, le futur employé doit être capable d'accomplir ses tâches mais il n'y a pas d'intérêt qui justifie qu'un test soit effectué contre la volonté de l'intéressé⁶⁴⁴. « Le droit au respect de la vie privée exige que le refus de l'intéressé soit respecté dans sa totalité. Dès lors que le requérant avait expressément refusé de se soumettre à un test de dépistage du sida, ce droit s'opposait à ce que l'administration procède à tout test susceptible d'aboutir à soupçonner ou à constater l'existence de cette maladie, dont il avait refusé la révélation. »⁶⁴⁵

Cet arrêt est important à plusieurs titres. Il montre que le droit au respect de la vie privée englobe **le droit de garder son état de santé secret**, le « droit que des tests ne soient pas effectués contre sa volonté »⁶⁴⁶ et le droit « de ne pas savoir et rester préservé d'informations médicales négatives »⁶⁴⁷. Dans la relation de travail ou à l'embauche, le caractère sensible dépend du test lui-même et pas forcément de son contenu. La CJCE donne, dans cet état de fait, une direction plus claire que la CEDH.

- 2° Que ce soit à propos des relations intimes, de la religion, des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, l'UE dispose d'une directive, la Directive 2000/78/CE en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁶⁴⁸. Cette directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination. Ainsi, la

⁶⁴¹ CJCE, X c. Commission des Communautés européennes, 5 octobre 1984, aff. C-404/92P, Rec. 1992, p. I-04737.

⁶⁴² CJCE, X c. Commission des Communautés européennes, 5 octobre 1984, aff. C-404/92P, Rec. 1992, p. I-04737, consid. 17; voir à ce propos: TEYSSIE, p. 15.

⁶⁴³ CJCE, X c. Commission des Communautés européennes, 5 octobre 1984, aff. C-404/92P, Rec. 1992, p. I-04737, consid. 18.

⁶⁴⁴ CONTRA : RENUCCI, p. 732. L'auteur estime que la position de la CJCE est sévère car, selon lui, il est légitime que tout candidat à un poste de fonctionnaire se soumette à un examen médical.

⁶⁴⁵ CJCE, X c. Commission des Communautés européennes, 5 octobre 1984, aff. C-404/92P, Rec. 1992, p. I-04737, consid. 18.

⁶⁴⁶ DE HERT Paul, *Le droit fondamental à la vie privée et le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel*, Titre 1 in : DE HERT (ed.), *Manuel sur la vie privée et la protection des données*, Ed. Politéia, Bruxelles 2002, p. 61.

⁶⁴⁷ DE HERT, p. 61.

⁶⁴⁸ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303 du 2.12.2000, p. 16-22.

jurisprudence porte principalement sur l'égalité de traitement et non pas sur le droit à la vie privée lorsque ces questions sont touchées. Le champ d'application de cette directive concerne l'accès à l'emploi, l'accès à la formation professionnelle, les conditions d'emploi et de travail⁶⁴⁹. L'affaire la plus récente est celle concernant un cas de discrimination à l'embauche lors d'un recrutement d'un footballeur présenté comme étant homosexuel⁶⁵⁰. Dans cette affaire, il s'agissait de déclarations d'une personne se présentant comme le dirigeant du club qui avait avoué dans une interview préférer engager un junior plutôt qu'un footballeur homosexuel. Dans une autre affaire, le fait pour un employeur d'avoir « déclaré publiquement qu'il ne recrutera pas de salariés ayant une certaine origine ethnique ou raciale constitue une discrimination directe à l'embauche au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, de telles déclarations étant de nature à dissuader sérieusement certains candidats de déposer leur candidature et, partant, à faire obstacle à leur accès au marché du travail »⁶⁵¹.

Au-delà de la jurisprudence qui concerne des situations qui peuvent se présenter en relation avec l'usage des techniques ou sans l'usage de celles-ci, se pose la **question de procédure en cas de violation de la vie privée lors de l'usage d'internet**. Il s'agit d'une affaire opposant un comédien français à un journal anglophone, qui avait diffusé en ligne un article se rapportant à sa vie privée. La CJUE a interprété qu'« en cas d'atteinte alléguée aux droits de la personnalité au moyen de contenus mis en ligne sur un site internet, la personne qui s'estime lésée a la faculté de saisir d'une action en responsabilité, au titre de l'intégralité du dommage causé, soit les juridictions de l'Etat membre du lieu d'établissement de l'émetteur de ces contenus, soit les juridictions de l'Etat membre dans lequel se trouve le centre de ses intérêts »⁶⁵².

La CJUE a constaté qu'avec internet, les contenus peuvent être consultés simultanément par de nombreux lecteurs. Selon elle, les critères de rattachement doivent être adaptés pour que la victime sur internet d'une atteinte à un droit de la personnalité puisse saisir un tribunal. Ce type d'affaires est pertinent pour les atteintes à la vie privée effectuées par le biais d'Internet, que ce soit dans le milieu du travail ou pas. Il permet de déterminer le droit applicable aux services de la société d'information. Le lieu déterminant est celui d'où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire.

⁶⁴⁹ Article 3 de la Directive 2000/78/CE.

⁶⁵⁰ CJUE, *Asociația ACCEPT c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, 25 avril 2013, aff. C-81/12, non publié.

⁶⁵¹ CJCE, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, 10 juillet 2008, aff. C-54/07, Rec. 2008, p. I-05187, consid. 41.

⁶⁵² CJUE, *Date Advertising GmbH c. X et Martinez c. MNG Limited*, 25 octobre 2011, aff. jointes. C-509/09 et C-161/10, Rec. 2011, p. I-10269, consid. 69.

B. En droit français

Afin de présenter la notion de vie privée en droit français, nous procéderons d'abord par les sources légales générales du droit français (1.) puis par les sources légales spéciales du droit du travail (2.). Ensuite, nous nous arrêterons sur une distinction typique du droit français relative à la notion de vie personnelle (3.). Enfin, nous analyserons plusieurs aspects protégés par la notion de vie privée ayant fait l'objet de décisions de justice (4.).

1. Les sources légales générales

La doctrine française n'a guère été attirée par la défense de la sphère privée des individus au XIX^{ème} siècle⁶⁵³. Ce n'est que vers la moitié du siècle dernier que des définitions sont apparues. « La solidarité de la vie dans une société industrielle contraint à partager avec des professionnels de plus en plus nombreux des éléments confidentiels d'ordre personnel, familial ou même commerciaux. Il est normal que ces personnes, mises dans le secret, soient tenues à une obligation de discrétion. »⁶⁵⁴

Les premières définitions de la vie privée données par la doctrine française n'étaient pas très précises. Certains auteurs la définissaient comme étant « la vie familiale, personnelle de l'homme, sa vie intérieure, spirituelle, celle qu'il mène lorsqu'il vit derrière sa porte fermée »⁶⁵⁵ ; d'autres parlaient de « droit à l'intimité »⁶⁵⁶. Pour CARBONNIER, il s'agissait d'une liberté morale; pour lui, la vie privée était le droit pour l'individu d'avoir « une sphère secrète de vie d'où il a le pouvoir d'écarter les tiers »⁶⁵⁷, « le droit à faire respecter le caractère privé de sa personne »⁶⁵⁸, « le droit à être laissé tranquille »⁶⁵⁹ (l'influence du *right to privacy* était encore bien présente). Les difficultés de l'époque à définir cette notion ont amené à différencier la vie privée de la vie publique⁶⁶⁰. Dans cette différenciation, les critères étaient aussi assez flous et les auteurs étaient en désaccord, à l'image de deux d'entre eux. Pour MARTIN, la vie publique était « la vie sociale de l'homme, celle qui le met normalement en contact avec ses semblables: vie professionnelle, vie mondaine, en un mot, vie extérieure »⁶⁶¹. Pour LINDON, par contre, la vie professionnelle faisait partie non pas de la vie publique mais de la vie privée du simple particulier⁶⁶². Ces désaccords montrent combien la définition de la vie privée était complexe à l'époque déjà.

En 1966, un arrêt de la Cour d'appel de Paris affirmait : « chaque individu a droit au secret de sa vie privée et est fondé à en obtenir la protection »⁶⁶³. Ensuite, il a fallu

⁶⁵³ BAUDOIN J.-L., *Secret professionnel et droit au secret de la preuve. Etude de droit québécois comparé au droit français et à la common law*, in : RIDC vol. 18 1966, p. 516.

⁶⁵⁴ BAUDOIN, p. 516.

⁶⁵⁵ MARTIN L., *Le secret de la vie privée*, in: RTDC 1959, p. 230.

⁶⁵⁶ NERSON Roger, *La protection de l'intimité*, in : Journal (belge) des tribunaux, 1959, p. 713.

⁶⁵⁷ CARBONNIER Jean, *Droit civil*, tome 1^{er}, 1965, p. 239.

⁶⁵⁸ Idem.

⁶⁵⁹ Idem.

⁶⁶⁰ VELU, p. 55 ss.

⁶⁶¹ MARTIN, p. 230.

⁶⁶² LINDON Raymond, *La presse et la vie privée*, in : JCP 1965, n°1887.

⁶⁶³ Cour d'appel de Paris, arrêt du 17 mars 1966, D. 1966, p. 749.

attendre 1970⁶⁶⁴ pour voir consacrer dans le Code civil le droit au respect de la vie privée. La vie privée est protégée par l'article 9 du Code civil⁶⁶⁵, mais il n'en est point question dans la Constitution de 1958. Le Code civil ne définit toutefois pas la vie privée; le concept a été développé par la jurisprudence⁶⁶⁶. « Avant la loi du 17 juillet 1970⁶⁶⁷, les atteintes à la vie privée étaient considérées, par la jurisprudence civile, comme des fautes engageant la responsabilité de leurs auteurs sur la base de l'article 1382 du Code civil. »⁶⁶⁸ « Le législateur français a usé d'une méthode éclectique pour assurer la protection de la vie privée et il a eu recours à plusieurs procédés techniques »⁶⁶⁹ (un mélange de droit civil et de droit pénal).

En 1993, le doyen Georges VEDEL, président du Comité consultatif pour la révision de la Constitution « avait proposé, sans succès, de pallier le déficit du texte de la Constitution de 1958 en introduisant une nouvelle disposition attachée spécifiquement au respect de la vie privée »⁶⁷⁰. Cette proposition n'a pas abouti⁶⁷¹. La vie privée a été reconnue constitutionnellement par une décision très tardive de 1995, dans laquelle le Conseil constitutionnel énonce que « la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle »⁶⁷². Le droit constitutionnel français ne connaît pas l'expression de droits de la personnalité mais plutôt celle de liberté personnelle ou individuelle⁶⁷³. Ce n'est que depuis une vingtaine d'années que le Conseil constitutionnel a vraiment levé l'incertitude « en affirmant la valeur constitutionnelle autonome du droit au respect de la vie privée »⁶⁷⁴. A partir de 1999, l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 est

⁶⁶⁴ La loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tend à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens (cf. D. 1970, L. 199 et s. ; J.C.P. 1970.III.36850). Cette loi n'a toutefois pas créé de toutes pièces un système protecteur de la vie personnelle. Elle est basée notamment sur la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Voir : NERSON, p. 740 s.

⁶⁶⁵ Cet article dispose: « Chacun a droit au respect de la vie privée. »; à propos de la valeur de l'art. 9 CC, voir: PUIG Pascal, *La hiérarchie des normes : Du système au principe*, in : RTDC 2001 ; BEIGNIER Bernard, *La protection de la vie privée*, in: CABRILLAC/FRISON-ROCHE/REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 17^{ème} édition, Dalloz, Paris 2011, p. 199 ss.

⁶⁶⁶ DUPRÉ Catherine, *The Protection of Private Life against Freedom of Expression in French Law*, in: EHRLR Issue 6, 2000, p. 627.

⁶⁶⁷ La loi de 1970 est la source de l'art. 9 CC.

⁶⁶⁸ RIVERO / MOUTOUH, *Libertés publiques*, tome 2, 9^{ème} édition, Paris 2003, p. 90 ; voir également : NERSON, p. 741.

⁶⁶⁹ NERSON, p. 741.

⁶⁷⁰ PENA Annabelle, *Personnalité*, in: CHAGNOLLAUD / DRAGO (dir), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris 2010, p. 577; Rapport remis au Président de la République par le Comité consultatif pour la révision de la constitution le 15 février 1993, JORF, 16 février 1993, p. 2548 (aussi appelé Rapport VEDEL: « Chacun a droit au respect de sa vie privée et de la dignité de sa personne »); voir également BEIGNIER, p. 176; FAVOREU Louis, *La révision de la constitution*, Economica, Paris 1993.

⁶⁷¹ Dans d'autres pays, le droit au respect de la vie privée figure dans la Constitution comme par exemple en Allemagne, Espagne, Portugal, Andorre ou Suisse.

⁶⁷² Cconst, 18 janvier 1995, *Vidéosurveillance*, n°94-352 DC, Rec., p. 170, RJC, p. I-612.

⁶⁷³ BURGORGUE-LARSEN, p. 84 et p. 99; cf. Cconst, 25 juillet 1991, *Accords de Schengen*, n°91-924 DC, Rec. p. 91; JO du 27.07.1991, p. 10001 ; Cconst, 20 janvier 1993, *Prévention de la corruption*, n°93-316 DC, Rec., p. 14, RJC, p. I-516; Cconst, 23 juillet 1999, *Couverture maladie universelle*, n°99-416 DC, JO 28 juillet 1999, p. 11250; à propos de la notion et de la diffusion des droits de la personnalité, voir: PENA, p. 564 ss.

⁶⁷⁴ PENA, p. 576.

devenu le fondement constitutionnel de la protection de la vie privée⁶⁷⁵. Ce rattachement a renforcé la protection et en a confié « le soin tant aux juridictions de l'ordre judiciaire qu'à celles de l'ordre administratif »⁶⁷⁶.

Toutefois, la notion de vie privée en droit français reste complexe:

« Contrairement à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui place sous un même régime juridique la protection de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, la protection constitutionnelle du droit au respect de la vie privée se caractérise, en France, par son manque d'uniformité. La protection du droit au respect de la vie privée reste en effet délicate à appréhender, dans son ensemble, pour plusieurs raisons. »⁶⁷⁷

Cet auteur évoque 3 raisons : 1) la double exigence de secret et de liberté; 2) la diversité des situations concernées; 3) la dualité des ordres de juridictions⁶⁷⁸. « Les juges français s'en font une conception très large. Elle comprend notamment le droit à l'intimité, à l'image et au domicile, le droit au secret de la correspondance, y compris téléphonique, et à la protection contre l'informatique. »⁶⁷⁹

Afin de faciliter la compréhension de la notion, une catégorisation est possible ; le Dictionnaire des droits fondamentaux la présente comme suit: le droit d'être laissé tranquille (protection des lieux privés, protection des correspondances, protection des données personnelles, protection contre intrusion et divulgation) et le droit d'être soi-même (liberté de la vie sexuelle, libre choix de son modèle familial, vie et mort, autodétermination dans la vie professionnelle)⁶⁸⁰. Le droit d'être laissé seul fait plutôt référence à l'exigence de secret, tandis que le droit d'être soi-même se réfère à la liberté. C'est sous cette deuxième catégorie que l'on comprend la faculté d'autodétermination, la possibilité de faire ses propres choix de vie sans craindre le jugement d'autrui, le droit d'être différent et d'être respecté par la société⁶⁸¹. De plus en plus, le droit à la vie privée est compris comme un *droit à l'indépendance, à l'individualisme, à la différence*⁶⁸². En droit européen, tant la protection du secret que la reconnaissance de l'existence de vie privée, font partie de la notion, alors qu'en droit français, la notion s'est plutôt concentrée sur la nécessité de la protection de la vie privée⁶⁸³.

⁶⁷⁵ Cconst, 23 juillet 1999, *Couverture maladie universelle*, n°99-416 DC, JO 28 juillet 1999, p. 11250, Rec. p. 100; Cconst, 9 novembre 1999, *Pacte civil de solidarité*, n°99-419 DC, Rec. p. 116; Cconst, 16 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, n°99-422 DC, Rec. p. 143.

⁶⁷⁶ TURPIN Dominique, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Editions du Seuil, Paris 2004, p. 470.

⁶⁷⁷ PENA, p. 576.

⁶⁷⁸ PENA, p. 576 s.

⁶⁷⁹ TURPIN, p. 469; voir également MORANGE Jean, *Droits de l'homme et libertés publiques*, 5^{ème} édition, PUF, Paris 2007, p. 158 ss; cf. TERRÉ François / FENOUILLET Dominique, *Droit civil, Les personnes, Personnalité – Les incapacités*, 8^{ème} édition, Dalloz, Paris 2012, p. 109 s.

⁶⁸⁰ PENA, p. 578 ss; certains auteurs élargissent la notion de secret de la vie privée qui comprendrait tant le droit d'être laissé tranquille que le droit à l'autodétermination: cf. LEPAGE Agathe, *Le secret de la vie privée sous influences*, in: *Droit et Patrimoine* n°102 2002, p. 61 ss.

⁶⁸¹ PENA, p. 588.

⁶⁸² BEIGNIER, p. 185; Ass. Plén., 11.12.1992, BAP n°13; DEBET, p. 286 s.

⁶⁸³ TERRÉ / FENOUILLET, p. 106.

2. *Les sources légales spéciales*

L'art. 9 CCfr. s'applique dans les rapports de travail⁶⁸⁴ mais le droit du travail français a prévu des dispositions spécifiques en ce qui concerne la vie privée. Le Code du travail français ne mentionne pas le terme de « vie privée » mais la législation protège la vie privée en droit du travail, notamment par les articles L1121-1⁶⁸⁵ (anc. art. L120-2) et L1321-3⁶⁸⁶ (anc. art. L122-35) du Code du travail.

L'article L1121-1 du Code du travail assure le respect des « droits des personnes et les libertés collectives et individuelles » dans l'emploi. Cette disposition se nourrit très logiquement de l'article 8 CEDH et de l'art. 9 CCfr. Chaque peut être amené un jour à devoir justifier du respect ou du non-respect des droits de l'homme dans son entreprise. « Les droits de la personne sont donc opposables au pouvoir patronal, y compris aux temps et lieu de travail. L'employeur est toutefois autorisé à y apporter des restrictions mais doit être en mesure d'expliquer sa décision et peut être contraint de soumettre ses raisons d'agir au contrôle d'un juge. »⁶⁸⁷ L'article L1121-1 du Code du travail importe les droits de l'homme dans l'emploi et dans le monde du travail⁶⁸⁸; c'est une des grandes richesses de la protection des droits fondamentaux dans le droit du travail français et un exemple à suivre. Cette disposition interdit les restrictions qui ne sont pas « justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Elle fait ainsi directement référence au principe de proportionnalité. Cet article devrait « constituer le pivot de toute la jurisprudence sur les libertés quelle que soit leur place dans la hiérarchie des droits. Il permet d'affirmer tout à la fois que ces libertés – sans distinction – subsistent dans la relation de travail et qu'elles peuvent néanmoins être réduites, spécialement par l'employeur, mais seulement dans la mesure du strict

⁶⁸⁴ Réalité qui déplaît à un certain nombre de travaillistes qui pensent que la notion civiliste de vie privée pourrait devenir une grille de lecture déformante de certaines règles de droit du travail: cf. notamment LEPAGE Agathe, *La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail*, in: Dr. soc. 2006, p. 364 ss; RAY Jean-Emmanuel, *Une loi macédonienne? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles »*, in: Dr. soc. 1993, p. 103 et p. 111.

⁶⁸⁵ Article L1121-1 du Code du travail:
« 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. »

⁶⁸⁶ Article L1321-3 du Code du travail :
« Le règlement intérieur ne peut contenir :
1° Des dispositions contraires aux lois et règlements ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement ;
2° Des dispositions apportant 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 recherché ;
3° Des dispositions discriminant les salariés dans leur emploi ou leur travail, à capacité professionnelle égale, en raison de leur origine, de leur sexe, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur situation de famille ou de leur grossesse, de leurs caractéristiques génétiques, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales ou mutualistes, de leurs convictions religieuses, de leur apparence physique, de leur nom de famille ou en raison de leur état de santé ou de leur handicap. »

⁶⁸⁷ MATHIEU-GENIAUT Chantal, *L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question*, in: Droit social n°9/10 2006, p. 849; GUIOMARD Frédéric, *La justification des mesures de gestion du personnel*, thèse, L.G.D.J, Paris 2004 (voir : <http://droitsocialx.free.fr/organisation/these.pdf>)

⁶⁸⁸ CRAIG, *Employment Law*, p. 92.

nécessaire »⁶⁸⁹.

L'article L1321-3 du Code du travail vise le règlement d'entreprise et prévoit un certain contrôle du pouvoir réglementaire de l'employeur⁶⁹⁰. Le règlement intérieur⁶⁹¹, acte unilatéral de l'employeur, ne peut pas comporter de clause contraire aux normes hiérarchiquement supérieures (lois, règlements et conventions collectives)⁶⁹², doit respecter le principe de non-discrimination et ne peut pas 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 recherché »⁶⁹³. Le contenu de l'article L1321-3 du Code du travail s'applique aussi lorsque l'employeur donne des instructions au salarié. Ces ordres ne doivent donc pas porter atteinte sans nécessité aux libertés du travailleur. « Qu'elles soient prévues par un règlement intérieur ou imposées directement par le supérieur hiérarchique du travailleur, les restrictions aux libertés, qui caractérisent la subordination du travailleur salarié, ne sont justifiées que dans la mesure où elles sont nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise. »⁶⁹⁴ Ainsi, une interdiction faite par l'employeur, qu'elle soit inscrite dans le règlement ou imposée, doit être traitée de la même manière car les conditions de licéité sont identiques; seule la procédure change⁶⁹⁵. La jurisprudence va même jusqu'à prétendre que les règles qui risquent de porter atteinte aux droits et libertés des salariés devraient être consignées dans le règlement intérieur. De cette manière, le juge administratif peut les examiner⁶⁹⁶. A titre d'exemple, on peut mentionner la surveillance des salariés par télésurveillance ou autocommutateurs téléphoniques, la fouille des salariés et la tenue vestimentaire des employés⁶⁹⁷.

Ces deux dispositions sont, en quelque sorte, les garantes de l'article 8 CEDH dans le droit du travail français et les « remparts de protection des droits et libertés du salarié »⁶⁹⁸. A partir de ces bases légales spéciales, il est permis de conclure que:

« La vie privée ne s'arrête pas aux grilles de l'usine et se poursuit dans l'enceinte de l'entreprise. [...] Il faut tenir compte de la spécificité de la situation et notamment des pouvoirs légitimes du chef d'entreprise. On ne peut refuser toute surveillance ni tout contrôle de l'employeur sur l'activité de ses salariés dans son entreprise: la question est alors bien entendu de situer le point d'équilibre entre ce pouvoir nécessaire et le

⁶⁸⁹ WAQUET Philippe, *Le bermuda ou l'emploi*, in: Droit Social n° 9/10 2003, p. 812; du même avis: PELISSIER Jean / JEAMMAUD Antoine/ LYON-CAEN Antoine / DOCKES Emmanuel, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4ème édition, Dalloz, Paris 2008, p. 330.

⁶⁹⁰ GAUDU François, *Les droits sociaux*, in: CABRILLAC / FRISON-ROCHE / REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 17^{ème} édition, Dalloz, Paris 2011, p. 833 ss.

⁶⁹¹ Les règles régissant le règlement intérieur et son fonctionnement seront exposés de manière plus approfondie dans la deuxième partie.

⁶⁹² GAUDU, p. 833 ss.

⁶⁹³ Art. L1321-3 ch. 2 du Code du travail.

⁶⁹⁴ SAVATIER Jean, *La liberté dans le travail*, in: Droit Social n°1 1990, p. 55.

⁶⁹⁵ Idem.

⁶⁹⁶ GUIOMARD, p. 104.

⁶⁹⁷ GUIOMARD, p. 104 ; voir également COUTURIER Gérard, *Droit du travail, Les relations collectives du travail*, tome 2, 2^{ème} édition, PUF 1993, n°22.

⁶⁹⁸ LYON-CAEN Gérard, *Libertés*, p. 138.

respect minimal de la vie privée. »⁶⁹⁹

Les relations de travail exigent ainsi informations, transparence mais aussi discrétion, confidentialité et respect de la personne⁷⁰⁰. Le conflit d'intérêts entre le pouvoir du chef d'entreprise et le respect des droits et libertés peut être concilié par un minimum de transparence assuré entre le salarié et son employeur⁷⁰¹.

3. *Les distinctions entre vie privée, vie personnelle et vie professionnelle*

Depuis 1997, le droit du travail français fait la distinction entre vie privée et vie personnelle⁷⁰². La Cour de cassation a voulu « étendre les éléments relevant de la vie extra-professionnelle et méritant à ce titre d'être protégés »⁷⁰³. Ainsi, la vie personnelle concerne tant la vie extra-professionnelle que la vie professionnelle⁷⁰⁴. « L'expression permet d'intégrer des éléments de la vie privée *stricto sensu* mais également les libertés publiques et civiles et, plus largement, tous les choix et conduites du salarié »⁷⁰⁵. Cette notion est fortement liée au principe de subordination: « tous les faits qui, extérieurs à la vie professionnelle, doivent rester hors de l'emprise de la relation de subordination juridique du salarié ne relèvent pas nécessairement de sa vie privée »⁷⁰⁶. La notion de vie personnelle, propre au droit du travail, évoque « la mesure de l'autonomie du salarié à l'égard de l'employeur »⁷⁰⁷. « Le flou de la notion de vie privée et les incertitudes sur ses contours et son contenu exacts ont conduit la jurisprudence sociale à lui préférer la notion de « vie personnelle »⁷⁰⁸, plus large que celle de vie privée qu'elle englobe. Il n'en reste pas moins que c'est la notion de vie privée qui sous-tend celle de vie personnelle. »⁷⁰⁹

⁶⁹⁹ KERNALÉGUEN Francis, *Brèves remarques sur la vie privée du salarié*, in: Mélanges en l'honneur de Henry BLAISE, Economica, Paris, p.73.

⁷⁰⁰ ADOM Jules, *Réflexions sur les rapports entre le secret et les droits fondamentaux dans les relations de travail*, in: Petites affiches n°28, 7 février 2003, p. 4; cf. notamment art. L1221-6; L1221-9; L1225-1 du Code du travail.

⁷⁰¹ ADOM, p. 4.

⁷⁰² Cf. Liaisons sociales, juillet 2002, p. 67: la notion de vie personnelle n'est pas connue du droit des libertés publiques; cf. CASS. soc., 14 mai 1997, n°94-45.473, Bull. 1997 V n° 175 p. 126; WAQUET, *Entreprise*, p. 111 ss: l'auteur présente le développement historique et l'évolution de la jurisprudence qui consacre la notion de vie personnelle; voir notamment les arrêts suivants: CASS. soc., 16 décembre 1997, n°95-41.326, Bull. 1997 V n° 441 p. 315; CASS. soc., 26 février 2003, n°01-40.255.

⁷⁰³ Cf. Liaisons sociales, juillet 2002, p. 67.

⁷⁰⁴ WAQUET, *Entreprise*, p. 124.

⁷⁰⁵ MATHIEU-GENIAUT, p. 849.

⁷⁰⁶ LEPAGE, *Notion civiliste*, p. 372.

⁷⁰⁷ LEPAGE, *Notion civiliste*, p. 372; voir également WAQUET, *La vie personnelle du salarié*, in: Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER, Dalloz, Paris 2001, p. 514; WAQUET, *Le pouvoir de direction et les libertés des salariés*, in: Dr. soc. 2000, p. 1052.

⁷⁰⁸ Pour une définition de la notion française de vie personnelle, cf. WAQUET Philippe, *Les libertés dans l'entreprise*, in: RJS 2000, p. 340: « La vie personnelle, qui inclut l'intimité de la vie privée, englobe d'autres aspects de la vie du salarié, et notamment ses démarches publiques: les lieux publics qu'il fréquente, les associations ou partis politiques auxquels il adhère, ses activités culturelles ou sportives, ses lectures ou les opinions qu'il exprime. D'une manière générale, l'ensemble des faits et gestes du salarié en dehors du temps et du lieu de travail appartient à sa vie personnelle. »; cf. également WAQUET, *Entreprise*, p. 121; MOLFESSIS Nicolas, *Vie professionnelle, vie personnelle et responsabilité des commettants du fait de leurs préposés*, in: Dr. soc.1 2004, p. 31.

⁷⁰⁹ ADOM, p. 5.

Le droit français est sans équivoque : a priori, l'employeur ne peut pas intervenir dans la vie privée de ses employés en dehors du temps de travail. De la même manière, il ne peut généralement pas utiliser des événements de la vie privée du travailleur comme bases d'éventuelles conséquences disciplinaires. Mais la Cour de cassation, dans les années 90, ne manquait pas de rappeler que le principe de non-ingérence n'empêche pas l'employeur d'imposer des sanctions lorsque le comportement privé de l'employé a un impact négatif évident sur l'entreprise. Le trouble doit être caractérisé et être absolument évident de manière à prévaloir sur le principe de non-ingérence.⁷¹⁰ Ainsi, depuis plusieurs années, la Cour de cassation distingue « deux cas principaux de rattachement de la vie personnelle à la vie professionnelle: l'obligation de loyauté et le trouble caractérisé »⁷¹¹. Toutefois, quelques exceptions à ce principe sont apparues avec des cas de rattachement atypiques, comme le rattachement « direct »⁷¹², le devoir de sécurité ou le lien avec la fonction⁷¹³.

Au-delà de la distinction entre vie privée et vie personnelle, il est aussi important d'identifier dans quelle mesure « la vie professionnelle relève de la vie privée »⁷¹⁴. « En d'autres termes ces deux vies sont-elles exclusives l'une de l'autre ou, au contraire, existe-t-il dans leurs rapports des zones dans lesquelles il convient de procéder à une conciliation? »⁷¹⁵

La vie professionnelle se rapporte directement au contrat de travail, « que ce soit en tant que cocontractant de l'employeur ou de membre du personnel de l'entreprise »⁷¹⁶. Afin de répondre à la question ci-dessus, des critères spatio-temporels pourraient être utilisés pour distinguer les sphères de la vie professionnelle et celles de la vie privée. Or, ces critères apparemment simples et objectifs ne sont pas pertinents puisque tant le Conseil d'Etat que la Cour de cassation ont reconnu qu'il peut y avoir des espaces de vie privée aux temps et lieux de travail. « Inversement, le salarié reste tenu par des obligations professionnelles en dehors du temps et du lieu de travail. »⁷¹⁷

⁷¹⁰ RAY / ROJOT, *Worker privacy in France*, in: Comparative Labor Law Journal, Vol. 7 n°1, 1995, p. 66 s.

⁷¹¹ FLAMENT Lucien, *A propos de la notion de vie personnelle*, in: Semaine sociale Lamy n°1275 2006, p. 4; CASS. soc., 29 novembre 1990, n°87-40.184; CASS. soc., 17 avril 1991, n°90-42.636, Bull. 1991 V n° 201 p. 122; CASS. soc., 20 novembre 1991, n°89-44.605, Bull. 1991 V N° 512 p. 318; CASS. soc., 22 janvier 1992, n°90-42.517, Bull. 1992 V n° 30, p. 18; CASS. Soc., 1er avril 1992, n°89-43.391; CASS. soc., 30 juin 1992, n°89-43.840; CASS. soc., 16 décembre 1997, n°95-41.326, Bull. 1997 V n° 441 p. 315; CASS. soc., 16 décembre 1998, n°96-43.540, Bull. 1998 V n° 559 p. 417; CASS. soc., 10 mai 2001, n°99-40.584, Bull. 2001 V N° 159 p. 126; CASS. soc., 3 décembre 2002, Bull. 2002 V n°361; CASS. soc., 16 mars 2004, n°01-45.062; CASS. Soc., 25 janvier 2006, n°04-44.918, Bull. 2006 V n° 26 p. 25.

⁷¹² CASS. soc., 24 juin 1998, n° 96-40.150, Bull. 1998 V n° 338 p. 255; CASS. soc., 6 février 2002, n°99-45.418; CASS. soc., 21 mai 2002, n°00-41.128; cette exception est souvent mentionnée dans les cas où les moyens fournis par l'entreprise sont utilisés pour commettre une escroquerie envers un tiers.

⁷¹³ HALLER Marie-Christine, *Des faits se rattachant à la vie personnelle d'un salarié peuvent dans certains cas justifier un licenciement*, in: Jurisprudence Sociale Lamy n°137-5, 2004, p.15; CASS. soc., 2 décembre 2003, n°01-43.227, Bull. 2003 V n° 304, p.307: cas d'un chauffeur professionnel sous l'emprise de l'alcool en dehors de son temps de travail.

⁷¹⁴ TERRÉ / FENOUILLET, p. 112.

⁷¹⁵ Idem.

⁷¹⁶ MATHIEU-GENIAUT, p. 849; il peut s'agir d'une obligation née du contrat de travail ou liée à l'intérêt de l'entreprise.

⁷¹⁷ MATHIEU-GENIAUT, p. 849.

L'emprise du contrat de travail sur les éléments de la personne n'est pas négligeable. « La protection de la "vie extra-professionnelle"⁷¹⁸, appelée "vie personnelle"⁷¹⁹, est loin d'épouser le clivage temps de travail/temps de non-travail. Sans doute l'employeur doit-il, avant tout, ne pas s'immiscer dans la partie de la vie du salarié qui se déroule en dehors du temps de travail: il ne saurait invoquer telle ou telle information de la vie extra-professionnelle au soutien d'une décision à caractère professionnel⁷²⁰, ne pouvant sanctionner qu'un manquement professionnel, mais même s'il est d'origine extra-professionnelle (scènes de ménage sur les lieux de travail; absence du poste de travail pour participer à une fête religieuse,...)⁷²¹. »⁷²² Cela ne veut pas dire que pendant le temps de travail, l'employeur peut s'immiscer dans tous les aspects de la vie privée du salarié. Tant que leur prise en compte n'a pas de pertinence avec une finalité professionnelle directe, ces aspects ne peuvent être atteints.

La jurisprudence trace les critères qui permettent de résoudre le conflit entre liberté contractuelle et vie privée. En 1992, par un arrêt ROSSARD, la Cour de cassation s'est exprimée comme suit: « Chacun a droit au respect de sa vie privée; il en résulte qu'il ne peut être procédé à un licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié que si le comportement de celui-ci, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière. »⁷²³ Ce qui ressort principalement de cet arrêt c'est le fait qu'en acceptant un contrat de travail, le salarié ne renonce pas à sa liberté personnelle pour ce qui est étranger à l'exécution de la prestation⁷²⁴. Cette jurisprudence protectrice de la vie privée du salarié, qui interdit le licenciement disciplinaire d'un salarié pour un fait relevant de sa vie personnelle, a été quelque peu assouplie dans un arrêt du 2 décembre 2003⁷²⁵. Il a été reconnu que « le fait pour un salarié affecté, en exécution de son contrat de travail, à la conduite de véhicules automobiles, de se voir retirer son permis de conduire pour des faits de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, même commis en dehors de son temps de travail, se rattache à sa vie professionnelle »⁷²⁶. Le fait incriminé n'a pas eu lieu dans l'entreprise, mais il est directement lié à la fonction de chauffeur⁷²⁷. Ces exemples mettent en lumière la difficile distinction entre vie privée et vie professionnelle⁷²⁸.

⁷¹⁸ DESPAX Michel, *La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail*, in: JCP 1963, p. 1776.

⁷¹⁹ CASS. soc., 16 décembre 1997, n°95-41.326, Bull. 1997 V n° 441 p. 315.

⁷²⁰ Voir art. L1132-1 (anc. art. L122-45) du Code du travail.

⁷²¹ CASS. soc., 22 janvier 1992, n°90-42.517, Bull. 1992 V n° 30, p. 18.

⁷²² REVET, Thierry, *La dignité de la personne humaine en droit du travail*, in: PAVIA / REVET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, Paris 1999, p. 145.

⁷²³ CASS. soc., 22 janvier 1992, n°90-42.517, Bull. 1992 V n° 30, p. 18.

⁷²⁴ SAVATIER Jean, *La protection de la vie privée des salariés*, in : Dr. Soc. 1990, p. 331.

⁷²⁵ CASS. soc., 2 décembre 2003, n°01-43.227, Bull. 2003 V n° 304, p. 307.

⁷²⁶ CASS. soc., 2 décembre 2003, n°01-43.227, Bull. 2003 V n° 304, p. 307.

⁷²⁷ JEAN Sandrine, *Droit du travail: les arrêts marquants 2003/2004*, Ed. Liaisons, Paris 2005, p. 73; cette décision est un tournant par rapport à une autre affaire où il a été jugé que le fait relevait de la vie personnelle: CASS. soc., 26 septembre 2001, n°99-43.636.

⁷²⁸ Cf. MOULY, p. 279 ss.

4. *Les aspects protégés*

L'usage des technologies rend la distinction entre vie professionnelle et vie privée encore plus délicate et plus floue. Les technologies peuvent soit avoir un impact direct sur la vie privée du salarié, soit un impact indirect; tout dépend de leur usage. Par exemple, via un site Internet ou l'usage des e-mails, des actions peuvent avoir un effet sur la vie privée des salariés. Les états de fait présentés peuvent être aggravés par l'usage des technologies. Il s'agit de la 1°) **la liberté vestimentaire ou l'apparence du salarié**; 2) **la non-discrimination**; 3) **la consommation d'alcool ou d'autres substances et la protection de la santé**. Certains de ces états de fait sont similaires à ceux développés par la jurisprudence européenne citée ci-dessus.

1° **L'aspect vestimentaire ou l'apparence du salarié** peut être observé par le biais des nouvelles technologies. Par exemple, un employeur pourrait, par Internet ou par des systèmes de surveillance, faire des recherches à propos de l'apparence ou de l'aspect vestimentaire de son employé ou de son éventuel futur employé (cette observation peut avoir lieu sur le lieu de travail ou en vue d'un emploi). Dans la jurisprudence, la *liberté vestimentaire* est particulièrement développée dans l'affaire dite du « bermuda ». Il s'agissait d'un agent technique qui avait décidé de se rendre au travail en bermuda, vêtement qu'il portait sous la blouse imposée par le règlement intérieur de l'entreprise. Dans cette affaire, la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que « la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales »⁷²⁹. La formule utilisée est ambiguë. Le raisonnement de la Cour fait allusion à des notions différentes: a) celle de restrictions aux droits et libertés en référence à l'art. L1121-1 (anc. art. L120-2) du Code du travail et b) celle de libertés fondamentales⁷³⁰. L'arrêt a retenu l'application de l'anc. art. L120-2 du Code du travail et a admis, « implicitement, la validité de la restriction apportée par l'employeur à la liberté du salarié, en observant que: la tenue vestimentaire de M. Monribot était incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail »⁷³¹. « Le choix d'un habillement, l'apparence de la personne (chevelure, barbe, moustache) sont des attributs de la liberté individuelle. »⁷³² Cette liberté peut être limitée par des « pouvoirs accordés par la loi aux employeurs et leur permettant de restreindre, pendant l'exécution du contrat de travail, l'exercice des droits et libertés »⁷³³. La restriction doit être justifiée et nécessaire en raison de la nature de la tâche à accomplir⁷³⁴. Par exemple, la jurisprudence a défini qu'une prescription imposant aux femmes de ne pas travailler les seins nus sous un chemisier

⁷²⁹ CASS. soc., 28 mai 2003, n°02-40.273, Bull. 2003 V n° 178 p. 174.

⁷³⁰ WAQUET, Bermuda, p. 808 ss; LYON-CAEN Pierre, *L'atteinte portée à la liberté de se vêtir constitue-t-elle un trouble manifestement illicite?*, in: Droit ouvrier 2003, p. 221-224. Pour ces auteurs, il était inutile de se prononcer sur la qualification de la liberté de se vêtir, à partir du moment où on argumentait selon l'art. L1121-1 (anc. art. L120-2) du Code du travail.

⁷³¹ WAQUET, Bermuda, p. 809; CASS. soc., 28 mai 2003, n°02-40.273, Bull. 2003 V n° 178 p. 174.

⁷³² WAQUET, Bermuda, p. 809.

⁷³³ WAQUET, Bermuda, p. 809; cf. art. L1321-3 (anc. art. L122-35) et art. L1121-1 (anc. art. L120-2) du Code du travail.

⁷³⁴ CASS. soc., 18 février 1998, n° 95-43.491, Bull. 1998 V N° 90 p. 65; CA Paris, 7 juin 1990, JCP 1990 ed. E, II, 208, obs. Chevillard.

transparent est justifiée pour des motifs de décence⁷³⁵. La jurisprudence française a jugé que « l'employeur peut imposer des contraintes vestimentaires pour des raisons d'hygiène, de sécurité ou de décence »⁷³⁶. La jurisprudence a jugé excessive la clause d'un règlement intérieur qui imposait au personnel d'une entreprise d'ambulances le port d'une cravate et prohibait les jeans et les baskets⁷³⁷. Dans le cas de surveillants d'une résidence, licenciés pour avoir refusé de porter un uniforme, la Cour a considéré que « le contrat de travail ne pouvait comporter des restrictions plus importantes aux libertés individuelles que celles prévues par la convention collective [...] qui n'imposent le port d'un uniforme qu'au personnel d'une catégorie [...] à laquelle n'appartenaient pas les deux salariés concernés »⁷³⁸.

En plus des critères évoqués ci-dessus, le critère du « contact avec la clientèle » a été évoqué à plusieurs reprises⁷³⁹. Par exemple, l'interdiction de porter un survêtement est justifiée dès lors que la salariée travaille en contact avec la clientèle⁷⁴⁰. Ce critère devrait toutefois être utilisé avec prudence et ne pas être déconnecté de l'analyse du trouble qui doit être caractérisé au sein de l'entreprise. « Le contact en soi avec la clientèle n'est pas suffisant à justifier une restriction à une liberté fondamentale. »⁷⁴¹

La Chambre sociale a ainsi, de manière constante, rangé au nombre des libertés individuelles, la liberté de se vêtir en vérifiant, dans chaque situation, si la restriction était proportionnée. Elle ne range par contre pas cette liberté dans la catégorie des droits fondamentaux, ce qui implique que la sanction de la nullité n'est pas acceptée. En faisant cette distinction entre liberté fondamentale et liberté « ordinaire », la Cour de Cassation n'exige pas la même sanction en cas de violation.⁷⁴²

- 2° La jurisprudence montre qu'il existe une *frontière délicate entre la liberté de se vêtir et la liberté religieuse* (art. 9 CEDH⁷⁴³ et art. L1132-1 (anc. art. L. 122-45))

⁷³⁵ Cf. Nancy, 29.11.1982, D. 1985, 354.

⁷³⁶ LYON-CAEN Pierre, p. 222; voir également BOUGHANMI-PAPI Patricia, *Le port du voile islamique dans l'entreprise*, in: Jurisprudence Sociale Lamy n°150-151, 2004, p. 15.

⁷³⁷ CASS. soc., 19 mai 1998, n°96-41.123.

⁷³⁸ CASS. soc., 16 janvier 2001, n°98-44.252, Bull. 2001 V n° 7 p. 5; à propos du port d'un uniforme, voir aussi: CA Toulouse, 7 juin 2001, n°00-4707, Cau c. Sàrl Escaliers Dumas.

⁷³⁹ On peut évoquer par exemple une Circulaire ministérielle n°91/17 du 10.09.1991.

⁷⁴⁰ CASS. soc., 6 novembre 2001, n°99-43.988, Bull. 2001 V N° 337 p. 269.

⁷⁴¹ BOUGHANMI-PAPI Patricia, *Le port du voile islamique dans l'entreprise*, in: Jurisprudence Sociale Lamy n°150-151, 2004 p. 16.

⁷⁴² PELISSIER / JEAMMAUD / LYON-CAEN / DOCKES, p. 330 ss.

⁷⁴³ Art. 9 CEDH Liberté de pensée, de conscience et de religion:

« 1. 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 conviction, 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.

2. 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 publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

du Code du travail⁷⁴⁴). Les deux libertés n'ont pas la même force et ne sont pas régies par les mêmes textes⁷⁴⁵. Par exemple, le port du foulard par une salariée ne peut pas être analysé du seul point de vue de la liberté de se vêtir mais doit être analysé du point de vue des convictions religieuses. L'aspect vestimentaire n'est pas séparable du comportement religieux⁷⁴⁶. Selon la distinction opérée par la Cour de cassation entre liberté fondamentale et liberté ordinaire, la jurisprudence développée dans le domaine de la liberté de se vêtir ne devrait pas s'appliquer aux cas relatifs au port du voile qui relèvent de la liberté religieuse⁷⁴⁷. Or, cette distinction peut être questionnée puisque l'art. L1132-1 du Code du travail contient les termes « apparence physique » dans la liste des discriminations⁷⁴⁸; si la liberté de se vêtir était interprétée comme apparence physique, l'art. L1132-1 s'appliquerait. Ainsi, une conjugaison des anc. art. L.120-2 et L.122-45 pourrait rendre la nullité comme sanction accessible.

Revenons à la liberté religieuse. Le fait de prohiber, dans un magasin de mode féminine, le port d'une tenue islamique couvrant la salariée de la tête aux pieds a, par exemple, été jugé justifié⁷⁴⁹. Dans une autre affaire, « la Cour de cassation a décidé que le refus de se soumettre à une visite médicale obligatoire en invoquant des motifs religieux justifiait le licenciement du salarié. »⁷⁵⁰ La Cour de Paris a elle estimé « qu'en quittant son travail le vendredi soir avant l'heure normale pour respecter une obligation impérative de sa religion, après avoir refusé un aménagement d'horaire proposé par l'employeur, le salarié commettait, non une faute grave, mais une faute justifiant son licenciement. »⁷⁵¹

Par contre, cette même Cour d'appel de Paris a, en 2003⁷⁵², dans un cas de port du foulard, examiné les raisons avancées par l'employeur pour justifier sa mesure au regard de l'anc. art. L. 122-45 du Code du travail. Dans cette affaire, l'employeur

⁷⁴⁴ Art. L1132-1 (anc. art. L.122-45) du Code du travail:

« 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, notamment en matière de rémunération, au sens de l'Article L3221 3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation 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 ou en raison de son état de santé ou de son handicap. »

⁷⁴⁵ HALLER Marie-Christine, *Refus d'une salariée de « renoncer » au port du foulard islamique*, in: Jurisprudence Lamy n°131, 2003, p. 12.

⁷⁴⁶ CA Paris, 19 juin 2003, n° 03-30212, JSL, 07.10.03, n°131-3.

⁷⁴⁷ BOUGHANMI-PAPI, p. 15.

⁷⁴⁸ BOUGHANMI-PAPI, p. 15.

⁷⁴⁹ CA St-Denis de la Réunion, 9 septembre 1997, D.1998, 546; dans une autre affaire, la Cour d'appel a déclaré bien fondé le licenciement reposant sur le refus d'une vendeuse d'abandonner le port du foulard qu'elle avait adopté sept ans après son embauche : CA Paris, 16 mars 2001, JSL, 18 octobre 2001, n°88-6, RJS 11/2001, n°1252.

⁷⁵⁰ CASS. soc., 29 mai 1986, n°83-45.409, Bull. 1986 V n° 262 p. 201.

⁷⁵¹ SAVATIER Jean, *La liberté dans le travail*, in: Dr. Soc. 1990, p. 55 s; CA Paris, 10 janvier 1989, RJS Fr. Lefebvre 4/89, n° 310.

⁷⁵² CA Paris, 19 juin 2003.

avait accepté le port du voile de la salariée dès son embauche. Après le licenciement, l'employeur n'est pas parvenu à prouver que sa décision était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.⁷⁵³

Comme le précise SAVATIER, la question des restrictions apportées à la liberté vestimentaire à signification religieuse « devrait être résolue au regard de la tâche à accomplir, et de la proportionnalité au but recherché »⁷⁵⁴ et l'on pourrait ajouter *in concreto*.

Sur le principe, nous soutenons l'approche qui défend que « l'interdiction du port du voile dans l'entreprise est antinomique avec la liberté religieuse et la liberté d'expression et que le port du voile est compatible avec le fonctionnement de l'entreprise »⁷⁵⁵. « L'entreprise est un espace privé où le salarié doit pouvoir exprimer sa liberté d'opinion et de croyance sans risquer un traitement discriminatoire ou l'éviction. »⁷⁵⁶ En revanche, les restrictions qui seraient imposées pour des motifs de sécurité ou de santé au travail sont légitimes.

Dans un autre contexte mais toujours en relation avec l'art. L1132-1 du Code du travail, « l'expression des opinions politiques ou religieuses dans des conversations privées sur les lieux de travail constitue une liberté qui ne saurait être entravée par une clause du règlement intérieur, ni entraîner de sanctions disciplinaires. Mais la liberté d'opinion politique des salariés ne les autorise pas à mener à l'intérieur de l'entreprise une action de propagande politique ou à y tenir des réunions politiques. »⁷⁵⁷

- 3° **La consommation d'alcool ou d'autres substances** peut être détectée par des tests effectués sur le lieu de travail. Il arrive même que, via la consultation de réseaux sociaux, des employeurs constatent la consommation de leurs salariés en dehors du temps de travail. « La jurisprudence considère que l'éthylisme pendant le temps de travail constitue une faute grave s'il a une répercussion sur la qualité du travail ou lorsqu'il fait courir des risques au salarié lui-même ou à d'autres personnes »⁷⁵⁸. Les critères de la sécurité au travail et de la qualité du travail sont ceux pris en compte par la jurisprudence⁷⁵⁹.

En parallèle, il existe aussi des dispositions du Code du travail visant à protéger la **santé des travailleurs**; ces bases légales se trouvent aux art. L4121 et ss du Code du travail. L'employeur a de véritables obligations de protéger la santé de ses salariés. « Lorsque c'est l'état de santé du salarié qui est en cause, l'accès aux informations n'est bien entendu pas reconnu à l'employeur. C'est le médecin du travail qui est habilité à déterminer l'aptitude à l'emploi et à proposer des mesures

⁷⁵³ HALLER, Refus, p. 12.

⁷⁵⁴ SAVATIER Jean, *Liberté religieuse et relations de travail*, in : Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER, Dalloz 2001.

⁷⁵⁵ BOUGHANMI-PAPI, p. 11.

⁷⁵⁶ Idem, p. 14.

⁷⁵⁷ SAVATIER, Liberté, p. 55; cf. également SAVATIER Jean, *Les activités politiques dans l'entreprise*, in: Dr. Soc. 1977, p. 231.

⁷⁵⁸ HALLER, Vie personnelle, p. 16.

⁷⁵⁹ CASS. soc., 6 mars 1986, n°83-41.789, Bull. 1986 V n° 84 p. 66; CASS. soc., 8 janvier 1987, n°84-42.826; CASS. soc., 6 décembre 2000, n°98-45.785; CASS. soc., 22 octobre 2003, n°01-41.321.

individuelles telles que mutations ou transformations de postes justifiées par l'état de santé du travailleur (art. L241-10-1). Les mesures sont proposées à l'employeur sans que celui-ci puisse recevoir aucune information sur l'affection du salarié concerné: c'est dire combien le regard porté est mesuré, limité qu'il est aux conséquences d'un état dont la cause doit demeurer secrète et ignorée. »⁷⁶⁰

La santé est une affaire privée du salarié. Dans certains cas, il peut toutefois exister des contre-visites médicales. La jurisprudence⁷⁶¹ a admis « la licéité des contre-visites médicales, pratiquées par un médecin désigné par l'employeur, pour vérifier si l'état de santé du travailleur exigeait l'arrêt de travail ouvrant droit à des indemnités de maladie versées par l'entreprise »⁷⁶². Cette pratique a été dénoncée par certains auteurs comme étant une atteinte à la liberté du travailleur de suivre les prescriptions de son médecin traitant⁷⁶³. Ces critiques se sont apaisées. En effet, la contre-visite médicale ne vise qu'à lutter contre des fraudes ; le salarié conserve le droit de ne pas se laisser examiner par le médecin patronal⁷⁶⁴.

La sécurité et l'intégrité physique font également partie de la vie privée. Selon l'article L4131-1 (anc. art. L231-8) du Code du travail⁷⁶⁵, le salarié a le droit de se retirer d'une situation de travail qui présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé. Dans ces cas, le droit du salarié à son intégrité physique prime sur la subordination à l'employeur. « La loi reconnaît alors au salarié le droit de se soustraire à l'autorité de l'employeur pour protéger sa sécurité personnelle. »⁷⁶⁶ La subordination laisse ainsi « subsister un noyau non négociable de droits liés à la personne même »⁷⁶⁷.

Finalement, au vu de la jurisprudence ci-dessus, le principe de la proportionnalité prévaut dans toutes les circonstances. Par exemple, une entreprise peut certainement imposer à ses employés qui sont en contact avec de la clientèle de porter un uniforme ou un badge. Par contre, il serait injustifié de demander à ceux qui n'ont pas la même tâche administrative de suivre les mêmes règles. La même règle s'applique pour les

⁷⁶⁰ KERNALEGUEN, p. 74.

⁷⁶¹ Voir par exemple: CASS. soc, 13 février 2013, n°11-26.913; CASS. soc, 13 juin 2012, n°11-12.152.

⁷⁶² SAVATIER, Liberté, p. 57.

⁷⁶³ JAVILLIER Jean-Claude, *Une illustration du conflit des logiques: le contrôle médical patronal des absences en cas de maladie du salarié*, in: Dr. soc. 1976, p. 265; SAINT-JOURS Y., *Le contrôle médical des arrêts de travail organisé par les employeurs est-il opposable aux salariés en l'absence d'une procédure d'arbitrage garantissant les droits de la défense?*, in : D. 1975, Chron. p. 91.

⁷⁶⁴ SAVATIER, Liberté, p. 57. En refusant, le contrôle du médecin patronal, le salarié prend le risque de renoncer aux indemnités maladie à la charge de l'employeur.

⁷⁶⁵ Art. L4131-1 du Code du travail:

« Le travailleur alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection.

Il peut se retirer d'une telle situation.

L'employeur ne peut demander au travailleur qui a fait usage de son droit de retrait de reprendre son activité dans une situation de travail où persiste un danger grave et imminent résultant notamment d'une défectuosité du système de protection. »

⁷⁶⁶ SAVATIER, Liberté, p. 57.

⁷⁶⁷ LYON-CAEN Gérard, Libertés, p. 158.

équipements de sécurité. Porter un équipement de sécurité peut être légalement imposé pour les employés exposés à un certain risque, tout comme le fait d'interdire de porter un vêtement qui pourrait impliquer certains risques. Toutes ces mesures doivent toutefois être limitées au strict nécessaire. Par exemple, une entreprise ne pourrait pas obliger le port de l'uniforme pour la seule image de l'entreprise. La même règle s'applique pour les tests d'alcool ou de drogue. L'employeur peut légitimement imposer des tests pour des opérateurs qui travaillent sur des machines ou des chauffeurs, s'il existe un doute, mais ne peut pas généraliser ces tests à tous les employés, à n'importe quel moment.⁷⁶⁸

Ainsi, les éléments de la vie personnelle extériorisés par le salarié (par ex. ses convictions, son habillement) « ne peuvent être appréhendés par l'employeur qu'en cas de nécessité professionnelle et dans le respect du principe de proportionnalité »⁷⁶⁹. Les raisons particulières doivent être liées à l'activité professionnelle (par exemple: tâche spécifique à accomplir, hygiène, sécurité, discipline) et doivent consister en des mesures équilibrées. D'ailleurs, le lien avec les aptitudes professionnelles est clairement exigé par les art. L1221-6⁷⁷⁰ et L1222-2⁷⁷¹ (anc. art. L121-6) du Code du travail qui traitent des candidats à l'emploi et du salarié.

Les conditions sont similaires pour un candidat ou pour un salarié. Lors des pourparlers précontractuels ou dans la phase de recrutement, « l'entreprise a le droit et le devoir de recueillir tous les renseignements liés aux caractéristiques de l'emploi à pourvoir et aux compétences qu'il requiert: tous ces renseignements et rien que ces renseignements »⁷⁷². Il peut résider toutefois des difficultés pour déterminer les renseignements utiles et pertinents. Pour apprécier les aptitudes professionnelles, il faut très souvent analyser l'ensemble de la personnalité du candidat à l'emploi.⁷⁷³

C. *En droit suisse*

D'abord, nous nous intéresserons aux sources légales générales du droit suisse (1.) puis aux sources légales spéciales du droit du travail (2.). Nous nous arrêterons ensuite sur une distinction entre droit de la personnalité et devoir de fidélité (3.). Enfin, nous aborderons plusieurs aspects protégés par la notion de vie privée et qui ont fait l'objet

⁷⁶⁸ RAY Jean-Emmanuel / ROJOT Jacques, *Worker privacy in France*, in: Comparative Labor Law Journal, Vol. 7 n°1, 1995, p. 65.

⁷⁶⁹ REVET, p. 145. Voir les articles L1121-1 (anc. art. L120-2) et L1321-3 (anc. art. L122-35) du Code du travail.

⁷⁷⁰ Article L1221-6 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.

Le candidat est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations. »

⁷⁷¹ Article L1222-2 du Code du travail :

« Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, à **un salarié** ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier ses aptitudes professionnelles.

Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'évaluation de ses aptitudes.

Le salarié est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations. »

⁷⁷² LYON-CAEN Gérard, Libertés, p. 65.

⁷⁷³ SAVATIER, Protection, p. 332.

de cas de jurisprudence (4.).

1. Les sources légales générales

En droit suisse tout comme en droit français, la notion de vie privée est souvent confondue avec celle de personnalité. Toutefois, « si la vie privée fait partie de la personnalité, il faut prendre garde à ne pas réduire celle-ci à celle-là »⁷⁷⁴. L'origine des droits de la personnalité est germanique⁷⁷⁵. Vers le milieu du XIX^{ème} siècle et suivant la doctrine allemande, la doctrine suisse a élaboré une théorie des droits de la personnalité, de pur droit privé. Le Tribunal fédéral a développé une large jurisprudence sur la protection de la personnalité et s'est exprimé tant sur la protection de la sphère privée que sur la libre disposition de ses propres données personnelles⁷⁷⁶.

En droit privé suisse, la protection de la personnalité est garantie par les articles 27 et 28 du Code civil (CC)⁷⁷⁷. Elle « porte notamment sur la considération professionnelle et sociale »⁷⁷⁸. La protection de droit privé est antérieure à la reconnaissance constitutionnelle:

*« Weil der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz teilweise älter ist als der verfassungsrechtliche, gelten die Normen des ZGB nicht nur als Konkretisierung der grundrechtlichen persönlichen Freiheit, sondern gleichzeitig auch als Orientierungs- und Bezugspunkt des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. »*⁷⁷⁹

Dans le cas de la protection de la personnalité et contrairement à la tendance classique où les droits fondamentaux influencent la loi, nous sommes ici dans un cas d'influence réciproque, voir d'influence inverse du droit privé sur le droit constitutionnel.⁷⁸⁰

⁷⁷⁴ BEIGNIER, p. 197.

⁷⁷⁵ Idem, p. 199.

⁷⁷⁶ ATF 107 Ia 52, consid. 3 ; ATF 107 Ia 138, consid. 5 ; ATF 107 Ia 148, consid. 2 ; ATF 109 Ia 146, consid. 4b ; ATF 113 Ia 1, consid. 4 ; ATF 122 I 360, consid. 5 ; ATF 113 Ia 257, consid. 4c ; ATF 122 I 153, consid. 6.

⁷⁷⁷ Article 27 CC:

« Nul ne peut, même partiellement, renoncer à la jouissance ou à l'exercice des droits civils.

Nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois et aux mœurs. »

Article 28 CC:

« Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe.

Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi. »

Parmi la doctrine abondante sur le sujet, voir les différents auteurs suivants: BUCHER Andreas, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5^{ème} édition, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2009 ; DESCHENAUX Henri / STEINAUER Paul-Henri, *Personnes physiques et tutelle*, 4^{ème} édition, Stämpfli, Berne 2001 ; TERCIER Pierre, *Le nouveau droit de la personnalité*, Schulthess, Zürich 1984.

⁷⁷⁸ TF 4A_325/2008 du 6 octobre 2008, consid. 4; ATF 134 III 193, consid. 4.5.

⁷⁷⁹ BELSER / WALDMANN, *Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte*, Schulthess, Zürich/Bâle/Genève 2012, p. 45. Comme la protection de droit privé est antérieure à la protection constitutionnelle, les dispositions du CC ne sont pas seulement une concrétisation de la liberté personnelle mais elles valent comme orientation de la protection constitutionnelle.

⁷⁸⁰ BELSER / WALDMANN, p. 45

La protection de la sphère privée a d'abord été constitutionnalisée en 1874 lors de la consécration du secret des postes et des télégraphes (art. 36 al. 4 Cst. de 1874). En 1963, la jurisprudence du TF a reconnu le droit fondamental non écrit à la liberté personnelle⁷⁸¹. Avant que la notion de vie privée soit constitutionnalisée en 1999, elle faisait partie intégrante de la liberté personnelle⁷⁸². Elle est maintenant protégée par l'article 13 Cst⁷⁸³. Le 1^{er} alinéa de cette disposition est similaire à l'art. 8 §1 CEDH avec un ajout qui suit le terme de correspondance comprenant les relations établies par la poste et les télécommunications. L'art. 13 al. 2 Cst. consacre la protection des données. En conséquence, l'art. 13 Cst. protège la sphère privée, ce qui englobe « la vie intime, c'est-à-dire les faits et gestes que chacun veut garder pour soi-même, ainsi que la vie privée, c'est-à-dire les événements que chacun choisit de partager avec un cercle plus ou moins étroit de personnes, qu'ils soient ou non en relation avec la vie professionnelle »⁷⁸⁴. En d'autres termes, la sphère n'englobe pas uniquement l'espace privé mais également d'autres espaces réels ou virtuels, tels que les bureaux ou les réseaux sociaux⁷⁸⁵.

2. *Les sources légales spéciales*

En droit du travail suisse, la personnalité du travailleur est protégée par les art. 328 et 328b CO⁷⁸⁶. L'art. 328 CO⁷⁸⁷ est une concrétisation des art. 27 et 28 CC en droit du travail. Cette notion est apparue dans la législation protectrice du droit du travail en 1971⁷⁸⁸. Il s'agit d'une disposition de portée très large. Les termes généraux qui composent cette disposition « permettent d'adapter la protection de la personnalité en fonction de l'évolution des rapports de travail »⁷⁸⁹. « L'employeur doit non seulement respecter la personnalité du travailleur, mais doit encore la protéger, c'est-à-dire prendre des mesures adéquates si elle fait l'objet, dans le cadre des rapports de travail, d'atteintes de la part de supérieurs hiérarchiques, de membres du personnel ou de

⁷⁸¹ ATF 89 I 93, consid. 3. Voir également BELSER / WALDMANN, p. 26 ss.

⁷⁸² BELSER / WALDMANN, p. 74.

⁷⁸³ Pour une présentation détaillée, voir: AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Les droits fondamentaux, p. 145. L'article 13 Cst. est libellé comme suit:

« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications.

Toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent. »

⁷⁸⁴ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2; voir également DESCHENAUX / STEINAUER, 2001, p. 179 ss, n 560 ss.

⁷⁸⁵ BELSER / WALDMANN, p. 75.

⁷⁸⁶ L'art. 328b CO sera traité en relation avec la protection des données (voir Chapitre I, Section 1, §2).

⁷⁸⁷ Art. 328 CO:

« L'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. En particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes.

Il prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui. »

⁷⁸⁸ Cf. Message 1967, p. 35 ; RO 1971 1461.

⁷⁸⁹ WAEBER Jean-Bernard, *Travail et protection de la personnalité*, in: Plaidoyer 2/02, p. 46; cf. également Message du CF du 25.08.1967, FF 1967 II 353 ; voir également BRUNNER / BÜHLER / WAEBER / BRUCHEZ, N 1 ad art. 328 CO, p. 140 s.

tiers. »⁷⁹⁰ La jurisprudence précise que « ce principe revêt une importance particulière dans les rapports de travail, en raison de la subordination du travailleur à l'égard de l'employeur »⁷⁹¹.

L'art. 328 CO « s'abstient de toute énumération des biens protégés, car il s'agit de toute la personne du travailleur »⁷⁹². La protection de la personnalité englobe de nombreux aspects, notamment: la préservation de l'honneur personnel et professionnel, un devoir d'aide et d'assistance, l'interdiction du *mobbing*, l'interdiction des pressions psychologiques, l'interdiction du harcèlement sexuel, l'interdiction de discriminations salariales, l'égalité de traitement, la protection des données personnelles, la liberté d'opinion, la protection des *whistleblowers*, le droit à l'image, et enfin la protection plus large de la vie, de la santé et de l'intégrité personnelle⁷⁹³. « La protection de la personnalité recouvre l'ensemble des valeurs essentielles, physiques, affectives et sociales liées à la personne humaine (cf. art. 10 al. 2 Cst. qui consacre le droit à la liberté personnelle) et s'exerce notamment en ce sens que le travailleur a le droit de ne pas subir d'atteinte dans sa sphère privée (cf. art. 13 Cst.). »⁷⁹⁴

La protection de l'art. 328 CO n'est pas limitée à la durée du contrat de travail, mais peut s'étendre, dans certains cas (notamment des situations liées au certificat de travail ou à la réputation du collaborateur), au-delà de la fin des rapports de travail⁷⁹⁵. Les droits et obligations de cette disposition peuvent aussi s'appliquer lors des pourparlers précontractuels⁷⁹⁶:

« Dans la mesure où, lors d'un entretien d'embauche, l'employeur pose des questions au sujet de la situation personnelle du travailleur sans rapport avec le travail pour lequel le candidat se présente, il contrevient à l'art. 328 CO. Ainsi, des questions relatives à une éventuelle séropositivité, aux opinions politiques, à la volonté future d'une femme d'avoir des enfants, à la situation familiale, au cercle d'amis et de fréquentations du candidat ou à ses tendances sexuelles sont par exemple inadmissibles. Ceci vaut également sous l'art. 328b CO (traitement des données personnelles), qui interdit à l'employeur, avant d'engager un candidat, de lui poser des questions qui n'ont pas trait au poste de travail ou à l'activité à exercer et qui portent atteinte à sa sphère privée. »⁷⁹⁷

⁷⁹⁰ CARRUZZO Philippe, *Le contrat individuel de travail*, Schulthess, Zürich/Bâle/Genève 2009, p. 273; TF 1C_245/2008 du 2 mars 2009; cf. également HAUSHERR Heinz / AEBI-MÜLLER Regina, *Das Personenrecht des Schweizerisches Zivilgesetzbuches*, Stämpfli, Berne 2005, p. 205 qui précise que l'effet de protection vise deux directions: la protection vis-à-vis d'atteintes de tiers et le devoir lié à l'organisation du travail.

⁷⁹¹ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2.

⁷⁹² Message du CF du 25.08.1967, FF 1967 II 353.

⁷⁹³ CARRUZZO, p. 273 et ss; cf. également WAEBER, *Travail*, p. 47.

⁷⁹⁴ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2.

⁷⁹⁵ CARRUZZO, p. 278; ATF 130 III 699; ATF 131 III 535; TF 4A_325/2008 du 6 octobre 2008; TF 4C_379/2002 du 22 avril 2002; Genève, CA, arrêt du 14.10.96, in: JU-TRAV 1197, p. 34; Zürich, Tribunal des prud'hommes, jugement du 13.09.95, in: JU-TRAV 1997, p. 39; Genève, CAPH, arrêt du 21.05.2003, in: JAR 2004, p. 481; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^{ème} édition, Schulthess, Zürich/Bâle/Genève 2012, n. 21 ad art. 328 CO, p. 570.

⁷⁹⁶ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2; voir également WYLER Rémy, *Droit du travail*, 2^{ème} édition, Stämpfli, Berne 2008, p. 314.

⁷⁹⁷ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2; ATF 122 V 267; WYLER, p. 314 ss; STREIFF / VON KAENEL,

Dans les sources légales pertinentes en ce qui concerne la vie privée des travailleurs, on mentionne également le droit de l'employeur à donner des directives⁷⁹⁸. Les directives de l'employeur sont réglées par l'art. 321d CO⁷⁹⁹. « Selon l'art. 321d CO, l'employeur peut donner à ses collaborateurs des instructions particulières afin de structurer l'organisation du travail dans l'entreprise, de veiller à l'insertion de ses collaborateurs, dans l'intérêt de celle-là et également pour garantir des conditions de travail optimales et respectueuses de la personnalité des travailleurs. »⁸⁰⁰ Alors que l'art. 328 CO est de nature relativement impérative⁸⁰¹, l'art. 321d CO est de nature dispositif. « La protection de la personnalité limite le droit de l'employeur de donner des directives. »⁸⁰²

« Pour autant qu'elles ne soient ni illicites, ni contraire aux mœurs, le travailleur doit se conformer aux directives et instructions reçues, même s'il les juge inappropriées. Cela suppose toutefois qu'elles soient formulées en des termes suffisamment précis, à défaut de quoi l'employeur ne peut se prévaloir de la désobéissance du travailleur. »⁸⁰³ En effet, les directives doivent être communiquées clairement et avec précision, afin d'être valablement opposables aux travailleurs⁸⁰⁴.

Lorsque les directives portent sur la conduite des travailleurs, elles peuvent se référer au comportement « au sein de l'entreprise, tant par rapport aux relations personnelles que dans l'observation des mesures de prévention et de sécurité »⁸⁰⁵. A titre

Arbeitsvertrag, 6^{ème} édition, Schulthess, Zürich/Bâle/Genève 2006, n. 4 et 5 ad art. 328b CO, p. 377 s; VON KAENEL Adrian, *Medizinische Untersuchungen und Tests im Arbeitsverhältnis*, in: ArbR 2006, p. 93 ss; AUBERT Gabriel, *La protection des données dans les rapports de travail*, in: AUBERT, Journée 1995 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zürich 1999, p. 153 ss.

⁷⁹⁸ Les directives peuvent être orales ou écrites. Lorsqu'elles sont écrites, elles peuvent prendre différentes formes: règlement du personnel, règlement d'entreprise (selon les conditions de la LTr), directives ad hoc. Elles peuvent être communiquées par divers moyens. Voir DUNAND / MAHON (éd.), *Commentaire du contrat de travail*, Stämpfli, Berne 2013, n. 11 ad art. 321d CO, p. 108; CHAPPUIS Fernand, *Règlement d'organisation du conseil d'administration et directives de l'employeur – Propos croisés à partir des art. 716b et 321d CO*, in: GesKR 2007, p. 69; STÄHELIN Adrian, *Der Arbeitsvertrag. Art. 319-330a OR*, Zürcher Kommentar, Obligationrecht, 4^{ème} édition, Schulthess, Zürich/Bâle/Genève 2006, n. 12 ad art. 321d CO, p. 130.

⁷⁹⁹ Art. 321d CO:

« L'employeur peut établir des directives générales sur l'exécution du travail et la conduite des travailleurs dans son exploitation ou son ménage et leur donner des instructions particulières.

Le travailleur observe selon les règles de la bonne foi les directives générales de l'employeur et les instructions particulières qui lui ont été données. »

⁸⁰⁰ TF 4C 186/2006 du 5 septembre 2006, consid. 2.3; WYLER, p. 133 s.; BRUNNER / BÜHLER / WAEBER / BRUCHEZ, n. 1 ad art. 321d CO, p. 72; DUNAND / MAHON, n. 5 ad art. 321d CO, p. 106; PORTMANN Wolfgang, *Kommentar zu den Art. 319-362 OR*, in: HONSELL/VOGT NEDIM/WIEGAND (éd.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 5^{ème} édition, Bâle 2011, n. 4 ad art. 321d CO, p. 1844.

⁸⁰¹ Cf. art. 362 CO; il ne peut pas y être dérogé au détriment du travailleur.

⁸⁰² TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, consid. 4.2.

⁸⁰³ CARRUZZO, n. 1 ad art. 321d CO, p. 79; voir également: DUNAND / MAHON, n. 26 ad art. 321d CO, p. 112 s.; WYLER, p. 134; TF 4A_236/2012 du 2 août 2012, consid. 2.3; ATF 132 III 115, consid. 5.2; BRUNNER / BÜHLER / WAEBER / BRUCHEZ, n. 15 ad art. 328 CO, p. 149; PORTMANN, n. 9 ad art. 321d CO, p. 1846; STÄHELIN, n. 14 ad art. 321d CO, p. 131 et n. 22 ad art. 321d CO, p. 135; TERCIER / FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4^{ème} édition, Genève/Zürich/Bâle 2009, n. 3363, p. 494

⁸⁰⁴ DUNAND / MAHON, n. 12 ad art. 321d CO, p. 108; Jura, TC, arrêt du 7.03.1996, consid. 2a, in: JAR 1998, p. 162

⁸⁰⁵ DUNAND / MAHON, n. 17 ad art. 321d CO, p. 109; BRUNNER / BÜHLER / WAEBER / BRUCHEZ, n. 1 ad art. 321d CO, p. 72.

exceptionnel, elles peuvent porter sur le comportement en dehors du temps de travail, si cela est nécessaire à la bonne exécution du contrat⁸⁰⁶.

Si des directives vont à l'encontre des droits fondamentaux de l'employé, sans que la restriction soit justifiée par le contrat de travail, le travailleur n'a pas besoin de les suivre⁸⁰⁷. Cela ne ressort pas clairement de la disposition mais plutôt de la doctrine et de la jurisprudence⁸⁰⁸. Des directives qui imposeraient des changements incompatibles avec la situation personnelle, familiale ou sociale du travailleur ne sont pas acceptables⁸⁰⁹. Il en va de même pour des instructions qui seraient discriminatoires⁸¹⁰.

Dans le cas particulier de l'usage d'Internet sur le lieu de travail à des fins privées, la doctrine différencie l'existence ou l'absence de directives dans l'entreprise⁸¹¹. Selon qu'il existe des directives, la vie privée peut être restreinte. En l'absence de telles directives, l'employé peut présumer qu'il a droit à un espace de vie privée au travail⁸¹². Par le biais du règlement, l'employeur peut poser certaines limites à la vie privée des employés: « *Die Grenze des Persönlichkeitsschutz liegt dort, wo die Interessen des Arbeitgebers aufgrund des spezifischen Zwecks des Arbeitsverhältnisses diejenigen des Arbeitnehmers überwiegen.* »⁸¹³

En 1990, la cour de justice du canton de Genève a relevé que : « Le travailleur doit accepter les instructions que lui donnera l'employeur et se soumettre de ce fait à une relation de subordination, tant du point de vue organisationnel et temporel que personnel. »⁸¹⁴ La doctrine reste partagée sur ce point; il est encore admis que le travailleur, en acceptant son contrat de travail, renonce à son droit de la personnalité et même que le lien de subordination à lui seul n'est pas une intervention dans le droit de la personnalité ou des droits fondamentaux du travailleur⁸¹⁵. L'article 328 CO interprété de cette manière est loin d'être une véritable protection de la vie privée des travailleurs.

⁸⁰⁶ Il est par exemple admis que des directives interdisent la consommation d'alcool aux chauffeurs avant d'entrer en service ; cf. DUNAND / MAHON, n. 19 ad art. 321d CO, p. 110. Un régime particulier peut aussi être admis pour les employés des « entreprises de tendance » ; cf. ATF 130 III 699, consid. 4.1. ; PORTMANN, n. 7 ad art. 321d CO, p. 1845.

⁸⁰⁷ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2 ; Glaris, ZivG, arrêt du 13.08.1982, in : JAR 1983, p. 91 ; CAMASTRAL, p. 51 ; WYLER, p. 136.

⁸⁰⁸ Le droit de l'employeur à donner des directives est limité par la protection de la personnalité; cf. ATF 110 II 172.

⁸⁰⁹ DUNAND / MAHON, n. 24 ad art. 321d CO, p. 112; TF du 7 avril 1989, in : JAR 1991, p.114; Bâle-Ville, Gewerbliches Schiedsgericht, arrêt du 2.05.1998, in: JAR 1990, p. 131; Genève, CAPH, arrêt du 16.06.1983, in: JU-TRAV 1985, p. 12.

⁸¹⁰ BRUNNER / BÜHLER / WAEBER / BRUCHEZ, n. 3 ad art. 328 CO, p. 141 et n. 8 ad art. 328 CO, p. 145; DANTE Marie-Gisèle, *Les limites qu'instaure l'art. 328 CO au droit de l'employeur de donner des directives et de contrôler l'activité du travailleur*, in : WYLER Rémy (éd.), *Panorama en droit du travail – Recueil d'études réalisées par des praticiens*, Stämpfli, Berne 2009, p. 168 ; STÄHELIN, n. 20 ad art. 321d CO, p. 134.

⁸¹¹ DUNAND Jean-Philippe, *L'usage de l'Internet sur le lieu de travail au vu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral*, in: *Internet au lieu de travail: travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne*, CEDIDAC, Lausanne 2004, p. 1-35; HOLENSTEIN Christoph, *Die Benutzung von elektronischen Kommunikationsmitteln (Internet und Intranet) im Arbeitsverhältnis*, thèse, Stämpfli, Berne 2002, p. 81 ss.

⁸¹² HOLENSTEIN, p. 82; voir également DUNAND / MAHON, n. 72 ad art. 321a CO, p. 72; DUNAND, *Internet*, p. 6 ss; EGLI Urs, *Soziale Netzwerke und Arbeitsverhältnis*, in: Jusletter du 17.01.2011.

⁸¹³ HAUSHERR / AEBI-MÜLLER, p. 205.

⁸¹⁴ SJ 1990 185.

⁸¹⁵ CAMASTRAL, p. 48.

Certains⁸¹⁶ prétendent qu'il est tout à fait légal d'interdire tout usage des outils de l'entreprise à des fins privées mais d'autres défendent toutefois que l'article 328 CO ne permet pas une interdiction absolue⁸¹⁷. Un bon nombre de règlements prévoit une exception à l'interdiction totale, celle de l'urgence⁸¹⁸. Cette exception est, à notre sens, trop restrictive. La jurisprudence précise que « la protection de la personnalité a notamment pour conséquence pratique d'apporter des limites au droit de l'employeur de donner des instructions aux travailleurs »⁸¹⁹. Ainsi, les « directives et instructions particulières doivent être en relation immédiate avec l'exécution du contrat de travail, ne pas sortir de ce qui est usuel et respecter la personnalité du travailleur »⁸²⁰. Aujourd'hui, de plus en plus d'entreprises mettent en place un règlement d'utilisation d'Internet en précisant les droits et obligations des salariés ainsi que les sanctions possibles⁸²¹. Le respect de la sphère privée peut être garanti en établissant de telles règles.

L'article 328 CO est donc une véritable porte ouverte, à travers laquelle l'interprétation et l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux peuvent influencer le droit privé⁸²².

3. *L'équilibre entre protection de la personnalité et devoir de fidélité*

La protection de la personnalité est le pendant du devoir de fidélité du travailleur⁸²³. Ce dernier est garanti par l'art. 321a CO^{824, 825}. Cette disposition est une norme centrale

⁸¹⁶ Comme le Prof. Gabriel AUBERT, par exemple, opposé à HOLENSTEIN dans un article de presse (Le Temps, 9 janvier 2004, p. 3).

⁸¹⁷ DUNAND, Internet, p. 10; DUNAND / MAHON, n. 73 ad art. 321a CO, p. 72; GEISER Thomas, *Die Beaufsichtigung des Internetbenutzers im Arbeitsrecht*, Medialex 4/2001, p. 209. Une étude australienne menée en 2009 et citée dans la Tribune de Genève du 10.06.2009 ainsi que dans le journal de la FER n°7 de juillet 2009, p. 5 constate que surfer au travail à titre professionnel améliorerait l'efficacité professionnelle et la productivité. Il faut nuancer les résultats de l'étude qui ne mentionne que des pauses personnelles et non pas un usage constant d'Internet à des fins privées.

⁸¹⁸ HOLENSTEIN, p. 89; DUNAND / MAHON, n. 73 ad art. 321a CO, p. 72; BRUNNER / BÜHLER / WAEBER / BRUCHEZ, n. 5 ad art. 328 CO, p. 142; MEIER Philippe, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Stämpfli, Berne 2011, n. 2198, p. 710; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, n. 17 ad art. 328b CO, p. 619; voir PFPDT, *Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'internet et du courrier électronique au lieu de travail*, p. 13 (<http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00763/00983/00988/index.html?lang=fr>). Ce constat relève également de la pratique: en analysant un certain nombre de directives d'entreprise, cette exception a pu être notée à plusieurs reprises. Je remercie d'ailleurs le Centre patronal de Berne et plus particulièrement M. Peter Schüpbach, de nous avoir permis de consulter des exemplaires de directives d'entreprises.

⁸¹⁹ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2; voir également Glaris, Cour civile, arrêt du 13.08.1982, in: JAR 1983, p. 91.

⁸²⁰ CARRUZZO, p. 80.

⁸²¹ DUNAND, Internet, p. 14 ss; DUNAND / MAHON, n. 73 ad art. 321a CO, p. 72; EGLI Urs, *Netzwerke*, n. 43 ss.

⁸²² CAMASTRAL, p. 56 s.

⁸²³ Dit autrement: « *Die Fürsorgepflichten bilden das Korrelat der Treuepflicht des Arbeitnehmers* » (TF 4A_63/2009 du 23 mars 2009; TF 4A_28/2009 du 26 mars 2009). En effet, on peut déduire de l'art. 328 CO un devoir d'assistance de l'employeur. Voir également PORTMANN, n. 2 ad art. 321a CO, p. 1830; SUBILIA Olivier / DUC Jean-Louis, *Droit du travail – Eléments de droit suisse*, 2^{ème} édition, Lausanne 2010, n. 1 ad art. 321a CO, p. 118.

⁸²⁴ Art. 321a CO:

« Le travailleur exécute avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur.

Il est tenu d'utiliser selon les règles en la matière les machines, les instruments de travail, les appareils et les

« puisque la mise en œuvre de la responsabilité civile du travailleur (art. 321e CO) ou son licenciement immédiat (art. 337 CO) présupposent une violation du devoir de diligence et/ou de fidélité »⁸²⁶.

L'obligation de fidélité impose au travailleur de sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur⁸²⁷. Ce devoir se mesure et se détermine par le contrat⁸²⁸. Il comporte un aspect positif et un aspect négatif : le travailleur doit se consacrer à l'exécution de sa tâche et informer l'employeur en cas de dommage prévisible ; il doit s'abstenir de léser les intérêts de l'employeur et ne pas lui causer de dommage économique⁸²⁹.

Il arrive souvent que le travailleur oppose la protection de sa personnalité au devoir de fidélité. Dans ces cas, une pesée des intérêts doit être effectuée⁸³⁰. Toutefois, le devoir de fidélité trouve ses limites « dans la préservation légitime des droits personnels du travailleur »⁸³¹. Parmi l'abondante jurisprudence traitant des obligations de fidélité et de diligence, nous retiendrons uniquement quelques affaires qui peuvent avoir une pertinence en cas d'usage des nouvelles technologies: l'interdiction de travailler pour un tiers durant le temps de travail⁸³², durant les vacances⁸³³ ou durant une incapacité de travail⁸³⁴; l'interdiction de divulguer des secrets⁸³⁵; l'interdiction de porter atteinte aux droits de la personnalité de ses collègues⁸³⁶ et le délicat équilibre entre liberté d'expression et devoir de fidélité du travailleur⁸³⁷.

En relation avec l'interdiction de divulguer des secrets d'entreprise, concrétisation du

installations techniques ainsi que les véhicules de l'employeur, et de les traiter avec soin, de même que le matériel mis à sa disposition pour l'exécution de son travail.

Pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas accomplir du travail rémunéré pour un tiers dans la mesure où il lèse son devoir de fidélité et, notamment, fait concurrence à l'employeur.

Pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication et d'affaires dont il a pris connaissance au service de l'employeur; il est tenu de garder le secret même après la fin du contrat en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur. »

⁸²⁵ Message du CF du 9 mai 1984, in : FF 1984 II 623; voir également arrêt du TF du 13 janvier 1992, publié in : SJ 1993 p. 357, consid. 1.

⁸²⁶ DUNAND / MAHON, n. 1 ad art. 321a CO, p. 54.

⁸²⁷ ATF 127 III 86, consid. 2c.

⁸²⁸ WYLER, p. 107.

⁸²⁹ DUNAND / MAHON, n. 12-14 ad art. 321a CO, p. 56 s.; ATF 117 II 72, consid. 2a; TF 4C.442/1996 du 30 avril 1997, consid. 3b.

⁸³⁰ WYLER, p. 108; RICKENBACH Matthias, *Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses*, thèse, Berne 2000, p. 21; BRÜHWILER Jürg, *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, Zentralverband schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen, 2ème édition, Berne/Stuttgart/Vienne 1996, n. 2c) ad art. 321a CO, p. 63.

⁸³¹ FAVRE / MUNOZ / TOBLER, *Le contrat de travail: code des obligations (art. 319-362 CO), loi fédérale sur l'égalité, loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, code annoté de la jurisprudence fédérale & cantonale*, Bis & Ter, Lausanne 2010, ad art. 321a CO pt. 1.3; ATF 117 II 72 consid. 4a; TF 4C.350/1994 du 14 décembre 1994 ; arrêt TF du 30.04.97, 1997, p. 382 avec autodestruction d'un programme informatique.

⁸³² TF, arrêt du 17 août 1998, in : JAR 1999, p. 292.

⁸³³ TF, arrêt du 18 décembre 1996, in : SARB 1/99, n°68, p. 419 (d).

⁸³⁴ TF, arrêt du 2 avril 1998, in: JAR 1999, p. 289 (f).

⁸³⁵ ATF 64 II 162; ATF 127 III 310.

⁸³⁶ ATF 127 III 351

⁸³⁷ Parmi les droits de la personnalité, il existe le droit d'émettre de bonne foi des critiques envers l'entreprise (cf. STÄHELIN, n. 9 ad art. 328 CO, p. 377). Ce droit est tempéré par le devoir de fidélité : TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, consid. 4.2.

devoir de fidélité, une jurisprudence zürichoise de 1990 relevait : « Lorsqu'un travailleur transcrit une liste d'adresses dans son ordinateur personnel, il n'y a pas encore de ce seul fait utilisation à son profit ou communication de secrets d'entreprise. Il n'y a pas non plus violation du secret professionnel ou des devoirs du travailleur en général. Ces devoirs ne sont violés que si le matériel "piraté" est rendu accessible à des tiers ou rentabilisé d'une manière ou d'une autre. »⁸³⁸

Ainsi, l'usage de l'ordinateur peut permettre, de différentes façons, de violer le devoir de fidélité. S'ajoute à cela une autre obligation : celle de traiter avec soin le matériel mis à disposition prévue à l'art. 321a al. 2 CO. Le matériel informatique est devenu l'instrument de travail privilégié⁸³⁹. Le travailleur est tenu d'utiliser ce matériel selon les règles établies par l'employeur. Par exemple, il doit « s'abstenir de toute activité qui contreviendrait aux prescriptions sur la protection et la sécurité des données ou à celles du droit d'auteur, ou qui exposerait l'entreprise à un risque d'endommagement ou de paralysie de son réseau informatique »⁸⁴⁰.

4. Les aspects protégés

En Suisse, on constate que l'article 8 CEDH est l'une des dispositions européennes qui fait l'objet du plus grand nombre de décisions judiciaires⁸⁴¹. La jurisprudence joue ainsi un rôle très important⁸⁴² dans l'interprétation de l'art. 328 CO étant donné qu'il s'agit d'une clause générale. Lorsque l'art. 328 CO est en jeu, la référence à la CEDH ou à la Cst n'est pas systématique. La référence aux art. 27 et 28 CC est par contre beaucoup plus courante. Les premiers arrêts du TF qui ont appliqué l'art. 328 CO datent de 1984⁸⁴³.

La protection de la personnalité des travailleurs n'est pas illimitée⁸⁴⁴. Dans les arrêts qui seront présentés ci-après, le TF tiendra compte de l'ensemble des circonstances et notamment des intérêts légitimes de l'employeur et des exigences du travail à effectuer⁸⁴⁵.

Comme exposé ci-dessus, la protection de la personnalité englobe un grand nombre d'aspects. Nous n'allons pas les détailler de manière exhaustive mais plutôt choisir les éléments qui paraissent utiles au traitement et à l'usage des nouvelles technologies, tels que: 1°) **l'atteinte à l'honneur** ; 2°) **la liberté d'opinion** ; 3°) **les pourparlers précontractuels** ; 4°) **le *mobbing*** ; 5°) **la protection de la santé (la consommation d'alcool et les tests médicaux)** et 6°) **l'usage du matériel informatique**.

⁸³⁸ FAVRE / MUNOZ / TOBLER, ad. art. 321a CO, pt. 4.3; Zürich, Tribunal des prud'hommes, arrêt du 08.05.90 in : JU-TRAV 1991, p. 14.

⁸³⁹ DUNAND / MAHON, n. 24 ad art. 321a CO, p. 60.

⁸⁴⁰ DUNAND / MAHON, n. 24 ad art. 321a CO, p. 60; DUNAND, Internet, p. 10 ss; PORTMANN, n. 8 ad art. 321a CO, p. 1831.

⁸⁴¹ MOCK, p. 237; MALINVERNI / HOTTELIER, *La pratique suisse relative aux droits de l'homme 1996*, in: Revue suisse de droit international et de droit européen, 1997, p. 499 ss.

⁸⁴² CAMASTRAL, p. 48.

⁸⁴³ WAEBER, Travail, p.46.

⁸⁴⁴ DUNAND / MAHON, n.12, ad art. 328 CO, p. 274.

⁸⁴⁵ DUNAND / MAHON, n.12, ad art. 328 CO, p. 274; GLOOR, p. 8; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, n. 7 ad art. 328 CO, p. 522; TERCIER / FAVRE, n. 3523, p. 521.

- 1° Un mauvais usage des technologies peut porter **atteinte à l'honneur personnel et/ou professionnel**, à la position et à la considération dans l'entreprise, de même qu'à la réputation du travailleur sur le marché du travail⁸⁴⁶. Dans une affaire de 2006, le TF a exposé très clairement ce qui est entendu par honneur personnel et professionnel en se basant sur l'art 28 CC:

« Cette disposition protège le sentiment qu'une personne a de sa propre dignité ("honneur interne") ainsi que toutes les qualités nécessaires à une personne pour être respectée dans son milieu social ("honneur externe"). L'honneur externe comprend non seulement le droit d'une personne à la considération morale, c'est-à-dire le droit à sa réputation d'honnête homme pour son comportement dans la vie privée et publique, mais également le droit à la considération sociale, à savoir notamment le droit à l'estime professionnelle, économique ou sociale. L'honneur dépend ainsi de deux facteurs assez fortement variables: la position sociale de la personne touchée et les conceptions du milieu où elle évolue. »⁸⁴⁷

Cet arrêt portait sur une constatation de caractère illicite de l'atteinte portée à la personnalité d'un directeur de banque dans une interview donnée par son supérieur hiérarchique et un ancien cadre de la banque⁸⁴⁸. Un autre arrêt intéressant mérite d'être mentionné en relation avec la protection de l'honneur professionnel: le cas d'un employeur qui a donné des renseignements défavorables et erronés sur un ancien employé⁸⁴⁹. Cette attitude peut également être jugée contraire à l'avenir économique du travailleur qui constitue un droit de la personnalité⁸⁵⁰. « Il y a atteinte à l'avenir économique d'un travailleur lorsque l'employeur donne des informations négatives sur la qualité du travail ou la conduite de l'employé à un autre employeur, qui ne sont pas conformes à la vérité et qui n'ont pas un intérêt justifié pour l'employeur les demandant. »⁸⁵¹ La réputation sur le marché du travail, aspect également protégé, n'a pas été respecté dans un arrêt concernant un licenciement abusif. Un cadre a été licencié, alors qu'aucun reproche ne pouvait lui être formulé, afin de sauvegarder l'image de l'employeur ternie par des actes illicites commis par un collaborateur occupé dans le service dirigé par le cadre congédié⁸⁵². Dans ce cas, l'employeur, pour protéger

⁸⁴⁶ CARRUZZO, p. 273 s. Voir par exemple le cas d'un employé de Skype rattrapé par sa mauvaise réputation sur le Net qui a décidé de démissionner (article de presse du 20.08.2010 dans 20 Minutes, p. 13, www.20minutes.ch).

⁸⁴⁷ TF 5C.254/2005 du 20 mars 2006, consid. 2.1 ; voir également TF 4C.46/2006 du 12 avril 2006, consid. 3.1.

⁸⁴⁸ Voir également le cas d'un footballeur professionnel traité publiquement par voie de presse de « traître et d'imbécile » : ATF 137 III 303, consid. 2.2.2.

⁸⁴⁹ TF 4C.379/2002 du 22 avril 2003, consid. 1.1. Le fait de fournir des renseignements faux et attentatoires à l'honneur viole l'art. 328 CO. « De même, le refus arbitraire de l'ancien employeur de communiquer des références sur un ancien employé à un employeur intéressé constitue une violation de l'obligation contractuelle de diligence susceptible de donner naissance à une prétention en dommages-intérêts. » (TF 4A_592/2008 du 22 avril 2009, consid. 3.2.). WYLER, p. 312 s.

⁸⁵⁰ Genève, CAPH, arrêt du 12.12.01, C/1215/1999; voir également ATF 130 III 699 (considération sociale et professionnelle du travailleur qui projette de se mettre à son compte).

⁸⁵¹ Genève, CAPH, arrêt du 12.12.01, C/1215/1999 ; voir également TF 4A_99/2012 du 30 avril 2012 consid. 2.2.1.

⁸⁵² ATF 131 III 535.

son image, n'a pas hésité à « ternir de manière imméritée la réputation personnelle et professionnelle de ce cadre auprès d'autres employeurs potentiels »⁸⁵³. Lors du départ d'un collaborateur, l'employeur est en droit d'en informer l'entourage mais il doit s'abstenir d'en divulguer les motifs. En effet, dans une affaire zürichoise, un employeur a communiqué en interne, via e-mail, les raisons qui l'avaient conduit à se séparer du collaborateur⁸⁵⁴. Cette manière de faire a blessé la dignité de l'ancien collaborateur qui n'avait aucun moyen de se défendre.

Les exemples ci-dessus mentionnent les obligations de l'employeur vis-à-vis de l'honneur personnel ou professionnel d'un collaborateur. Il est important de préciser que les travailleurs eux-mêmes ont aussi l'obligation, envers l'employeur, de respecter la personnalité de leurs collègues⁸⁵⁵.

- 2° Le **droit de donner son avis ou d'exprimer des critiques** fait partie de la vie privée au sens de l'art. 328 CO⁸⁵⁶. Toutefois, le devoir de fidélité est également protégé par l'art. 321a CO. Ainsi, un cadre qui, après quelques mois d'activité, fait état de ses dissensions avec la direction auprès de ses subordonnés, tout en annonçant à son employeur qu'il s'oppose à travailler avec la nouvelle direction et qu'il projette de quitter son emploi, rompt le lien de confiance et viole son devoir de fidélité. Un congé est considéré abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO lorsque le congé est « donné par une partie pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise »⁸⁵⁷. Lorsque la raison du licenciement « présente un lien avec le rapport de travail, en particulier avec l'obligation de travailler et le devoir de fidélité du travailleur »⁸⁵⁸, il n'y a pas abus.
- 3° Lors des **pourparlers précontractuels**, c'est « la nature de l'activité qui permet de faire la pesée des intérêts entre l'intérêt légitime de l'employeur à être renseigné et l'intérêt légitime du salarié à préserver sa vie privée »⁸⁵⁹. La pondération des intérêts devra être ainsi appréciée dans chaque cas. Par exemple, un employeur ne peut s'enquérir de l'affiliation syndicale d'un travailleur, à l'exception des entreprises de tendance (*Tendenzbetrieb*)⁸⁶⁰, ou de la maternité

⁸⁵³ ATF 131 III 535, consid. 4.3.

⁸⁵⁴ Zürich, Tribunal des prud'hommes, arrêt du 26.01.2009, in : *Employeur Suisse* n° 20, 2009, p. 47.

⁸⁵⁵ TF 4C.431/2005 du 31 janvier 2006.

⁸⁵⁶ TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, consid. 4.2.

⁸⁵⁷ ATF 127 III 86, consid. 2a.

⁸⁵⁸ ATF 127 III 86, consid. 2c.

⁸⁵⁹ WAEBER, *Travail*, p. 48 ; HAUNREITER Diego, *Zulässige und unzulässige Fragen beim Anstellungsgespräch*, in: *Wirtschaft, Recht und Gesellschaft*, Berne 2010, p. 288 ; MEIER, n. 2088, p. 668 ; PORTMANN, n. 10 ad art. 320 CO, p. 1814.

⁸⁶⁰ Selon l'ATF 130 III 699, consid. 4.1: « "Tendenzbetriebe", terme par lequel on désigne les entreprises dont le but n'est pas essentiellement lucratif et qui exercent une activité à caractère spirituel ou intellectuel, c'est-à-dire politique, confessionnel, syndical, scientifique, artistique, caritatif ou similaire. La personne qui conclut un contrat de travail avec une telle entreprise accepte un devoir de fidélité plus exigeant; même en dehors de son activité professionnelle, elle doit éviter tout comportement qui pourrait nuire à l'image souhaitée par l'entreprise. » ; ATF 123 III 129, consid. 3b/cc ; Genève, Tribunal des prud'hommes, jugement du 17.07.1986, consid. B/4, in : *JAR* 1989, p.158 ; cf. REHBINDER, p. 40 ; DUNAND / MAHON, n. 48 ad art.

d'une travailleuse⁸⁶¹. La protection de la personnalité d'un candidat à un emploi doit être considérée⁸⁶². Le refus d'une candidate à un emploi de remplir un questionnaire dont certains points portent atteinte à sa sphère privée, ne constitue pas une violation⁸⁶³. Le pouvoir de questionner de l'employeur est limité. Selon la jurisprudence, « les droits et obligations découlant des art. 328 et 328b CO s'appliquent déjà lors des pourparlers précontractuels »⁸⁶⁴. La plupart des auteurs s'accordent sur le fait que le candidat doit donner des informations sur ce qui porte à l'emploi et sur ses aptitudes spécifiques⁸⁶⁵. Selon REHBINDER⁸⁶⁶, le candidat n'a pas besoin de répondre aux questions non liées au travail; il pourrait même répondre de manière erronée lorsque les questions portent atteinte à la confidentialité. Certains auteurs revendiquent d'ailleurs le droit de mentir⁸⁶⁷. Ce droit « est considéré comme un cas d'application de la légitime défense prévue à l'art. 52 al. 1 CO »⁸⁶⁸.

Toujours en relation avec le processus de l'embauche, et à mettre en lien avec la possibilité actuelle pour tout employeur de vérifier l'origine ou le faciès d'un futur employé⁸⁶⁹, il a été reconnu que « le refus de l'embauche en raison de la couleur de la peau est manifestement contraire au devoir de la protection de la personnalité du travailleur »⁸⁷⁰. Ce jugement fut le premier en matière de discrimination à l'embauche. Le tribunal a rappelé que « l'art. 328 CO impose à l'employeur de protéger la personnalité de l'employé et proscrit des comportements discriminatoires qui seraient fondés sur la race. Il concrétise pour l'employeur un devoir de respect et de protection de la personne du travailleur, ce devoir s'appliquant déjà lors des pourparlers précontractuels »⁸⁷¹. Le tribunal s'est basé sur l'art. 328 CO et n'a pas suivi la demanderesse lorsqu'elle s'est prévaluée d'une violation du droit constitutionnel (art. 8 Cst.). Le tribunal s'est appuyé sur la doctrine qui précise qu'il n'y a pas d'effet horizontal direct des libertés fondamentales. Il s'agit là d'une décision de plus qui montre qu'en Suisse, l'effet horizontal de la protection de la vie privée ne peut s'exercer que par le biais de

328b CO, p. 331; HAUNREITER, p. 299.

⁸⁶¹ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2. Ce principe vaut tout autant lors des relations contractuelles: cf. TF 4A_495/2007, 4A_497/2007, 4A_415/2008, 4A_431/2008 du 12 janvier 2009.

⁸⁶² DUNAND / MAHON, n. 44 ad art. 328b CO, p. 330;

⁸⁶³ ATF 122 V 267.

⁸⁶⁴ DUNAND / MAHON, n. 5 ad art. 328b CO, p. 320; TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2. ; Lausanne, Tribunal des prud'hommes, jugement du 1.06.05, cause T304.021563, consid. A, in : JAR 2006, p. 531.

⁸⁶⁵ STREIFF / VON KAENEL, n. 10 ad art. 320 CO.

⁸⁶⁶ REHBINDER, p. 39.

⁸⁶⁷ BRUNNER / BÜHLER / WAEBER / BRUCHEZ, n. 9 ad art. 320 CO, p. 48; CARRUZZO, p. 321; MEIER, n. 2102, p. 675 s.; WYLER, p. 315 s. CONTRA: SUBILIA / DUC, n. 3 ss ad art. 320 CO, p. 91 ss.

⁸⁶⁸ DUNAND / MAHON, n. 50 ad art. 328b CO, p. 332; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, n. 19 ad art. 328b CO, p. 624.

⁸⁶⁹ La recherche d'informations générales sur un candidat via Internet est devenue une pratique courante. Il s'agit du *screening*. Cf. DUNAND / MAHON, n. 59 ad art. 328b CO, p. 335; EGLI Urs, Netzwerke, n. 63 ss. Cet acte n'est a priori pas une atteinte à la personnalité étant donné que la personne a rendu ses données accessibles (art. 12 al. 3 LPD). Or, que ce soit par *Facebook* ou par *Google*, la personne n'est pas toujours en mesure de contrôler les informations qui la concernent.

⁸⁷⁰ DOLIVO Jean-Michel / PETIT Rodolphe, *Discrimination raciale à l'embauche*, in: Plaidoyer 6/05, p. 73; Lausanne, Tribunal des prud'hommes, jugement du 1.06.05, cause T304.021563, in : JAR 2006, p. 531.

⁸⁷¹ Idem.

l'art. 328 CO dans le droit du travail. Dans cette affaire, l'employeur s'est prévalu de la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst. et de la liberté contractuelle, or ces deux libertés ne sont pas absolues.

- 4° **Le *mobbing* ou harcèlement psychologique**⁸⁷² peut être exercé au travers de moyens informatiques. Il se caractérise par des réprimandes répétitives, un vocabulaire insultant ou grossier, des menaces⁸⁷³, des calomnies, des rumeurs⁸⁷⁴, etc⁸⁷⁵.

« Il se définit comme un enchaînement de propos ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, marginaliser ou exclure une personne sur son lieu de travail. Il n'y a toutefois pas harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles ou qu'il règne une mauvaise ambiance de travail, ni du fait qu'un membre du personnel serait invité – même de façon pressante, répétée, le cas échéant sous la menace de sanctions disciplinaires ou d'une procédure de licenciement – à se conformer à ses obligations résultant d'un rapport de travail, ou encore du fait qu'un supérieur hiérarchique n'aura pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l'égard de ses collaborateurs. »⁸⁷⁶

Les actes de harcèlement violent les règles de droit privé sur la protection de la personnalité (art. 28 ss CC et art. 328 CO) et les règles publiques de protection de la santé (art. 6 LTr et art. 2 OLT3)⁸⁷⁷.

Lorsque le *mobbing* est exercé entre collaborateurs⁸⁷⁸, l'inaction de l'employeur, « contraire aux obligations issues de l'art. 328 CO, ne saurait alors être utilisée pour minimiser la gravité de l'atteinte à la personnalité subie par l'employé »⁸⁷⁹. « Les actes de *mobbing* sont prohibés par l'art. 328 CO, qui dispose, à son al. 1er *in initio*, que l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la

⁸⁷² Voir les différentes études suivantes : WAEBER Jean-Bernard, *Le mobbing ou harcèlement psychologique au travail, quelles solutions?*, in: AJP 1998, p. 792 ss ; DEVEAUD-PLEDRAN Marie, *Le harcèlement dans les relations de travail*, Genève/Zürich/Bâle 2011 ; DUNAND Jean-Philippe, *Les devoirs et la responsabilité de l'employeur en matière de protection de la personnalité et de la santé psychique des travailleurs*, in : GUILLOD Olivier (éd.), *Santé et travail*, Berne 2008, p. 99 ss ; DUNAND Jean-Philippe, *La « prédisposition constitutionnelle » de la victime d'un harcèlement psychologique (mobbing)*, in : DTA 2007, p. 15 ss ; DUNAND Jean-Philippe, *Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail*, in : RJN 2006, p. 13 ss ; WENNUBST Gabriela, *Mobbing, le harcèlement psychologique analysé sur le lieu de travail*, Lausanne 1999.

⁸⁷³ ATF 127 III 351.

⁸⁷⁴ TF 4C.128/1999 du 25 juin 1999.

⁸⁷⁵ WAEBER, *Travail*, p. 49; Genève, Tribunal des prud'hommes, jugement du 20.07.98, cause C/22644/97-6; Genève, CAPH, arrêt du 23.06.97, cause VIII/1073/95.

⁸⁷⁶ TF 4A_325/2008 du 6 octobre 2008, consid. 2.1; voir également TF 4A_107/2009 du 5 mai 2009; TF 4C.109/2005 du 31 mai 2005, consid. 4; TF 4C.276/2004 du 12 octobre 2004, consid. 4.1; TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, consid. 3.1; TF 4C.404/2005 du 10 mars 2006, consid. 3.2 ; TF 4A_245/2009 du 6 avril 2009, consid. 4.2.

⁸⁷⁷ DUNAND / MAHON, n. 31 ad art. 328 CO, p. 281; DUNAND, *Harcèlement*, p. 18.

⁸⁷⁸ On parle alors de *mobbing* horizontal. DUNAND / MAHON, n. 33 ad art. 328 CO, p. 282; cf. DEVEAUD-PLEDRAN, p. 24; WENNUBST, p. 23 ss.

⁸⁷⁹ ATF 127 III 351.

personnalité du travailleur, manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. L'employeur qui ne protège pas son employé du harcèlement psychologique enfreint la norme précitée. »⁸⁸⁰

- 5° La **consommation d'alcool au travail** peut être détectée via des moyens technologiques ou des tests ; ces situations sont également traitées par la jurisprudence suisse⁸⁸¹. Cette problématique se rapproche de la **protection de la santé**. Un des arrêts choisis est celui d'un employé de l'administration fédérale qui a consommé de façon illicite de l'alcool durant les heures de travail⁸⁸². Son employeur a mis en place un suivi thérapeutique par le biais d'une convention qu'il a conclue avec son employé. En cas de non-respect de l'une des conditions fixées dans la convention, l'employé s'expose à une résiliation du contrat de travail. Cette convention prévoit notamment que l'employé doit se soumettre à un alcootest tous les jours et doit en informer son employeur. Dans ce cas précis, le recourant se plaint d'une insuffisance de politique de prévention en matière d'alcool; ce qui n'est pas retenu pas le TF, étant donné le catalogue de mesures mises en place⁸⁸³. En effet, l'art. 328 CO demande à l'employeur d'avoir les égards voulus pour la santé du travailleur et pour protéger la santé, de prendre « les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique »⁸⁸⁴. Toutefois, cette obligation ne permet pas à l'employeur d'avoir accès au dossier médical du salarié⁸⁸⁵.

Les tests médicaux sensibles ou analyses génétiques pour un candidat ou un travailleur sont en principe interdits⁸⁸⁶. Le prélèvement d'ADN, et bien pire encore son enregistrement sont des atteintes aux droits fondamentaux. L'établissement de profils ADN et « la sauvegarde de ces données dans un système d'informations constituent une atteinte à des droits tels que la liberté personnelle et la protection de la sphère privée »⁸⁸⁷. Il existe des exceptions s'il s'agit de prévenir des maladies professionnelles^{888 889}.

⁸⁸⁰ TF 4C.404/2005 du 10 mars 2006, consid. 3.2; ATF 125 III 70, consid. 2a. A propos de la responsabilité contractuelle de l'employeur, voir : DUNAND / MAHON, n. 41 ad art. 328 CO, p. 285 et TF 4A_128/2007, du 9 juillet 2007.

⁸⁸¹ Le dépistage généralisé de drogue auprès de tous les apprentis n'est par exemple pas admis : Jugement de la Commission fédérale de la protection des données du 29.08.2003, in : JAAC 68 (2004) n°68, consid. 3.

⁸⁸² TF 1C_515/2008 du 26 janvier 2009, consid. 5.2.

⁸⁸³ TF 1C_515/2008 du 26 janvier 2009, consid. 5.2; voir encore le cas d'un employé allergique à la fumée: TF 4C.354/2005 du 8 février 2006.

⁸⁸⁴ Art 328 al. 2 CO; TF 4C.209/2006 du 27 juillet 2006.

⁸⁸⁵ Ces données sont considérées comme sensibles au sens de l'art. 3 let. c, ch. 2 LPD. Voir ATF 131 V298, consid. 6.

⁸⁸⁶ Art. 21 LAGH :

« Lors de l'engagement ou durant les rapports de travail, un employeur ou son médecin-conseil ne peuvent pas:

- a. exiger une analyse génétique présymptomatique;
- b. exiger les résultats d'analyses génétiques présymptomatiques déjà effectuées ni utiliser les résultats de telles analyses;
- c. exiger une analyse génétique ayant pour but de déterminer des caractéristiques personnelles du travailleur qui n'ont pas de rapport avec sa santé. »

⁸⁸⁷ CN, Motion Darbellay 12.3909, 28.09.2012.

⁸⁸⁸ Art. 22 LAGH.

6° **L'usage, pendant le temps de travail, du matériel informatique** est traité en relation avec les art. 321a CO et 321d CO. Dans la jurisprudence choisie, il s'agit d'un employé auquel il est reproché d'avoir passé des heures entières à effectuer des jeux de cartes sur son ordinateur. Le TF analyse le principe de proportionnalité entre la protection de la vie privée et le devoir de diligence:

« En consacrant une partie de son temps de travail à des activités récréatives au détriment de ses tâches professionnelles, le demandeur a adopté une attitude contraire à l'art. 321a al.1 CO, qui commande au salarié de sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de son employeur. On peut également admettre qu'en laissant ou en réinstallant des jeux sur son propre ordinateur, alors que son employeur l'avait prié de les faire enlever sur tous les postes de travail de l'entreprise, celui-ci a également contrevenu à l'art. 321d al.2 CO, d'après lequel le travailleur doit observer, selon les règles de la bonne foi, les directives générales et les instructions particulières qui lui ont été données. »⁸⁹⁰

Dans ce cas précis, il a été jugé qu'une résiliation immédiate pour juste motif n'était pas acceptable; le manquement de l'employé, étant un manquement de moindre gravité. De plus, l'employé n'avait reçu aucun avertissement préalable. Selon DUNAND, le TF fait preuve d'une certaine clémence envers les travailleurs dans les arrêts portant sur l'usage d'Internet ou d'autres moyens de communication⁸⁹¹. Cette clémence porte principalement sur les licenciements immédiats jugés injustifiés. D'autres arrêts en sont la preuve. En 2003, la Haute Cour a considéré le licenciement immédiat d'un salarié qui utilisait le matériel informatique de l'entreprise à des fins privées comme abusif. Pourtant, dans ce cas, les règles internes édictées par l'employeur prescrivaient que les appels téléphoniques privés ou l'usage privé de la messagerie étaient interdits⁸⁹². Même dans des cas où le collaborateur visite des sites à connotation sexuelle, voir pornographique, le TF est extrêmement restrictif envers l'employeur. Il précise que la consultation privée assidue de sites Internet sur le lieu de travail peut constituer une circonstance de licenciement, mais que l'employeur est soumis à des conditions restrictives. Il ne devrait, par exemple, pas connaître au préalable une telle circonstance⁸⁹³. Ce sur quoi le TF insiste, c'est une cascade d'avertissements nécessaires. En effet, si le travailleur consulte des sites web à titre privé pendant les heures de travail de manière sporadique, il ne mérite pas un licenciement immédiat⁸⁹⁴. Une série d'avertissements doit être mise en place avant la sanction ultime.

⁸⁸⁹ GUILLOD Olivier, *Les développements en droit de la santé*, in : GUILLOD Olivier (éd.), Santé et travail, Berne 2008, p. 11 s.

⁸⁹⁰ TF 4C.106/2001 du 14 février 2002, consid. 3c.

⁸⁹¹ DUNAND / MAHON, n. 74 ad art. 321a CO, p. 72 s; DUNAND, Internet, p. 20 s.

⁸⁹² TF 4C.173/2003 du 21 octobre 2003, consid. A.

⁸⁹³ TF 4C.349/2002 du 26 juin 2003, consid. 5 ; voir également ATF 127 III 310, consid. 4a.

⁸⁹⁴ TF 4C.349/2002 du 25 juin 2003, consid. 5.

Enfin, dans l'ensemble de la jurisprudence citée, le TF a effectué une pesée des intérêts en présence tout en se référant, le cas échéant aux règles de la bonne foi (art. 2 et 3 CC et art. 321d al. 2 CO)⁸⁹⁵.

§ 2. *Le cas particulier de la protection des données*

Dans la littérature, les termes de protection des données et de vie privée sont souvent utilisés de manière interchangeable. Or, il s'agit de deux notions distinctes. La protection des données fait partie de la vie privée mais cette dernière recouvre d'autres aspects spécifiques. La protection des données, en tant que partie intégrante de la vie privée, sera analysée ci-dessous, comme un droit qui tend à se développer pour lui-même⁸⁹⁶.

Les données sont de différentes natures et contiennent toutes des informations bien spécifiques. Le terme « donnée » comprend « *jede Ausprägung gespeicherter Information, ungeachtet, auf welchem Träger sie sich befindet* »⁸⁹⁷. La nature des données s'est diversifiée à l'infini : voix, image, empreintes digitales, génome humain, sons. « La quantité d'informations recueillies sur chaque individu, le nombre de traitements dont elles sont susceptibles de faire l'objet, dépassent ce qu'il est susceptible d'appréhender. »⁸⁹⁸ En effet, avec l'évolution technique, le nombre de données personnelles qui peuvent être recueillies ou traitées tend vers l'infini, et cela souvent à l'insu des personnes concernées. Les données personnelles sont disséminées partout : le web, les blogs, les réseaux sociaux, etc. Pour toutes ces raisons, une liste exhaustive des données à caractère personnel susceptibles d'être trouvées sur le lieu de travail est très difficile à réaliser.

Une des définitions des données personnelles les plus intéressantes et les plus pertinentes à notre sens est la suivante :

« *Personal information consists of those facts, communications, or opinions which relate to the individual and which it would be reasonable to expect him to regard as intimate or sensitive and therefore to want to withhold or at least to restrict their collection, use or circulation.* »⁸⁹⁹

Cette définition est particulièrement actuelle. En effet, aujourd'hui, la vie privée a évolué d'une manière telle que certaines données jugées sensibles ou intimes il y a dix ans ne le sont plus. La perception que chaque individu a de ses propres données est devenue primordiale.

Dans le domaine professionnel, il existe plusieurs raisons qui amènent un employeur à

⁸⁹⁵ DUNAND / MAHON, n. 12 ad art. 328 CO, p. 274.

⁸⁹⁶ Depuis le début des années 70, la protection des données est devenue une question importante.

⁸⁹⁷ MARBACHER Lukas, *Datenschutz, Informatik und Aufbewahrung*, in: Congrès de la Chambre 1993, p. 317.

⁸⁹⁸ BRAIBANT Guy, *Données personnelles et société de l'information*, Rapport au Premier Ministre sur la transposition en droit français de la directive no 95/46, 1998, p. 2.

⁸⁹⁹ GOLDBERG Menachem, *Privacy of the employee as a human right*, in: BLANPAIN (ed.), *Labour Law, Human Rights and Social Justice*, Kluwer Law International, 2001, p. 164; citation de: WACKS R., *Privacy and the Law*, Clarendon Press, Oxford 1989, p.10.

collecter des données : la loi, la sélection à l'emploi ou à l'embauche, le service clients, le contrôle de la qualité, la protection de la propriété ou l'organisation du travail⁹⁰⁰.

Le réseau Intranet d'une entreprise est constitué en grande partie d'informations sur les salariés. Par des outils tels que la messagerie électronique, le site web ou le forum, les responsables informatiques des entreprises ont accès à un bon nombre de données sur les employés. Les principales sont: le nom, le domicile, l'identité physique mais aussi les mœurs, l'identité sexuelle et les opinions personnelles. Il est également possible de récolter des données sur les relations de l'employé avec sa famille ou ses amis.⁹⁰¹

Parallèlement à l'Intranet, les entreprises utilisent également Internet. En se connectant, l'internaute communique généralement son adresse électronique, remplit un formulaire en ligne ou s'exprime dans un forum. Ainsi, chaque contact personnalisé avec un utilisateur permet à un site internet de collecter des informations. Toute opération laisse des traces et peut permettre de constituer des « banques de données très précises en informations de caractère personnel »⁹⁰².

Nous allons analyser la notion de protection des données selon les différents systèmes juridiques afin d'identifier les points communs et les différences qui résident actuellement dans le droit. Nous devons également garder en mémoire que diverses révisions législatives sont en cours tant en Europe que sur le plan international⁹⁰³.

Nous présenterons d'abord le droit européen (A.) puis les droits nationaux (B. et C.)

A. *En droit européen*

Nous débutons avec le système de la CEDH (1.) pour ensuite nous attarder sur le droit de l'Union européenne (2.).

1. *Le système de la CEDH*

La protection des données, comprise dans le champ d'application de l'article 8 CEDH, est de plus en plus considérée comme un droit fondamental à part entière. Le Conseil de l'Europe a développé une réglementation en la matière: **la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel** (ci-après: la Convention 108), ouverte à signature le 28 janvier 1981. Il s'agit du premier texte international contraignant pour les pays qui le ratifient. Cette convention est ouverte aux Etats membres du Conseil de l'Europe mais également aux Etats non membres⁹⁰⁴. La France fut l'un des premiers pays à ratifier

⁹⁰⁰ GOLDBERG, p. 166; voir également BIT, *Protection des données personnelles des travailleurs*, Recueil de directives pratiques du BIT, Bureau international du Travail, Genève 1997. Ce recueil a été adopté par la Réunion d'experts sur la protection de la vie privée des travailleurs en 1996, conformément à la décision prise par le Conseil d'administration du BIT à sa 264^{ème} session en novembre 1995.

⁹⁰¹ FENOLL-TROUSSEAU Marie-Pierre / HAAS Gérard, *La cybersurveillance dans l'entreprise et le droit*, Litec, Paris 2002, p. 49 ss.

⁹⁰² RENUCCI, p. 282 ; CADOUX L. / TABOTONI P., *Les défis d'Internet à la protection de la vie privée*, in : TABOTONI (dir.), *La protection de la vie privée dans la société d'information*, PUF, Tome 1, Paris 2000, p. 18 s.

⁹⁰³ Voir 2^{ème} partie, Titre I, Chapitre I.

⁹⁰⁴ Cette convention reste à ce jour, dans ce domaine, le seul instrument juridique contraignant sur le plan international, à vocation universelle.

cette convention qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985. La Suisse l'a fait en 1997 et son entrée en vigueur a eu lieu le 1^{er} février 1998⁹⁰⁵.

A cette convention s'ajoute une **recommandation du Comité des Ministres sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi** (ci-après: la recommandation 89)⁹⁰⁶. Cette recommandation 89 a ouvert la voie à une réglementation sectorielle sur l'emploi. Dans l'exposé des motifs qui accompagne la recommandation 89, il est spécifié que « le secteur de l'emploi constitue un contexte approprié pour l'élaboration de lignes directrices spécifiques. [...] le secteur de l'emploi met en jeu à la fois des intérêts individuels et des intérêts collectifs. [...] Enfin, un nombre croissant d'employeurs ont recours à la technologie pour faciliter l'organisation et la gestion du travail. Si l'on ne peut nier les avantages incontestables de la technologie sur les lieux de travail, il est important de veiller à ce que son introduction et son utilisation ne portent pas atteinte à la vie privée de certains employés ou à celle du personnel en général. »

Le paragraphe 2 de la recommandation 89 mérite notre attention car il mêle respect de la vie privée et dignité humaine de l'employé: « Le respect de la vie privée et de la dignité humaine de l'employé, en particulier la possibilité de relations sociales et individuelles sur le lieu de travail, devrait être préservé lors de la collecte et de l'utilisation de données à caractère personnel à des fins d'emploi. » Cette disposition ne se retrouve dans aucune autre base légale. Elle est intéressante car elle vise à préserver les relations sociales et individuelles sur le lieu de travail. Selon l'exposé des motifs, « la mention dans le texte de la "dignité humaine" tient compte du fait que les employés pourraient aisément devenir une "population captive" se trouvant en permanence sous la surveillance de procédés technologiques s'il n'était pas rappelé que les employés sont avant tout des personnes ayant besoin d'entretenir des contacts sociaux avec leurs collègues sur leur lieu de travail. La technologie ne devrait pas être utilisée de manière à empêcher les relations sociales entre employés. Sous un autre aspect, le respect de la dignité humaine a trait à la nécessité d'éviter la déshumanisation statistique qui porte atteinte à l'identité des employés au moyen de techniques de traitement des données permettant d'établir le profil des employés ou la prise de décisions fondée sur un traitement automatique les concernant. »

La jurisprudence de la CourEDH ne fait que timidement référence à la Convention 108 ou à la recommandation 89 ; la Cour traite de la protection des données principalement sous l'angle de l'art. 8 CEDH. Quelques arrêts phares et qui peuvent avoir une importance particulière pour le respect des données dans le monde du travail méritent d'être analysés.

1^o L'arrêt LEANDER⁹⁰⁷ présente la problématique de la **mémorisation et/ou de la communication de données**. Sur la base d'un fichier secret de la police, M. Leander s'est vu refuser un emploi important dans la sécurité nationale. Il a demandé à pouvoir prendre connaissance des informations consignées qui le

⁹⁰⁵ RO 2002 2845; FF 1997 I 701.

⁹⁰⁶ Recommandation N° R(89) 2 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 18 janvier 1989.

⁹⁰⁷ CourEDH, Leander c. Suède, 26 mars 1987, req. n°9248/81, série A vol. 116.

considéraient dangereux pour la sécurité, mais toute communication lui a été refusée. Dans cette affaire, nous nous trouvons dans une relation de travail entre un privé et l'Etat. Cette jurisprudence révèle que la procédure de contrôle à l'égard de M. Leander et le fichier sur les données confidentielles portent atteinte à l'art. 8 CEDH⁹⁰⁸. La CourEDH reconnaît une grande marge d'appréciation à l'Etat défendeur dans l'intérêt de la sécurité nationale⁹⁰⁹ et conclut à une non-violation de l'art. 8 CEDH.

Outre le fait que la mémorisation et la communication de données à caractère personnel constituent une atteinte à la vie privée⁹¹⁰, une autorisation de collecter des informations à caractère personnel en vue de protéger la sécurité nationale peut être admise. Les autorités peuvent faire usage de telles informations lors de l'évaluation des candidats à des postes importants⁹¹¹. Le rôle de la CourEDH est de « se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus car un système de surveillance secrète destiné à protéger la sécurité nationale crée un risque de saper, voir de détruire, la démocratie au motif de la défendre »⁹¹². Les Etats doivent donc mettre en place des garanties procédurales suffisantes afin d'empêcher les abus⁹¹³.

Il est intéressant, à ce stade, de s'interroger sur la différence de traitement entre le secteur public et le secteur privé. Les traitements sur les données peuvent être effectués par des personnes privées ou des autorités publiques⁹¹⁴. Un employeur, tel que l'Etat, peut limiter la vie privée d'un de ses employés s'il s'agit de protéger la sécurité nationale. Si l'on transpose cette affirmation au cas d'une entreprise privée qui limiterait la vie privée de ses employés en vue de protéger sa sécurité, on pourrait tout à fait admettre, que pour des raisons de sécurité informatique, système vital de l'entreprise, l'employeur pose des limites à la vie privée des employés. Il devrait toutefois poser des garanties procédurales à son action. Ces garanties pourraient prendre la forme d'un règlement interne.

- 2° Un autre arrêt célèbre en matière de protection des données est l'arrêt GASKIN⁹¹⁵. Il ne vise pas spécialement la collecte d'informations à caractère personnel mais **l'accès ou le droit d'accès à ces données**. L'arrêt GASKIN concerne le droit d'accès à son dossier personnel. Cette jurisprudence ne donne pas un droit général d'accès à des données personnelles, car il est du devoir de la CourEDH d'analyser chaque situation pour elle-même. Un tel accès peut être obtenu, si et seulement si, l'intérêt de l'individu est primordial⁹¹⁶. La CourEDH a fait preuve de grande prudence dans cette affaire⁹¹⁷. Il faut toutefois noter que, malgré la non-

⁹⁰⁸ CourEDH, Leander c. Suède, 26 mars 1987, req. n°9248/81, série A vol. 116, paragr. 48.

⁹⁰⁹ Idem, paragr. 59.

⁹¹⁰ SUDRE, Droit européen, p. 531.

⁹¹¹ KILKELLY, p. 37.

⁹¹² CourEDH, Leander c. Suède, 26 mars 1987, série A vol. 116, paragr. 60.

⁹¹³ KILKELLY, p. 37.

⁹¹⁴ DE TERWANGNE Cécile, *Le rapport de la vie privée à l'information*, in : Cahiers du CRID n°16, Bruylant, Paris 2000, p. 138.

⁹¹⁵ CourEDH, Gaskin c. Royaume Uni, 7 juillet 1989, série A vol. 160.

⁹¹⁶ SUDRE, Droit européen, p. 409.

⁹¹⁷ SUDRE /MARGUÉNAUD /ANDRIANTSIMBAZOVINA/GOUTTENOIRE/LEVINET, p. 479.

reconnaissance d'un droit général d'accès, elle a confirmé sa jurisprudence dans un arrêt ultérieur⁹¹⁸. La jurisprudence GASKIN va plus loin que l'arrêt LEANDER; la nature du dossier diffère, il ne s'agit plus d'obligations négatives de l'Etat mais bien d'obligations positives⁹¹⁹.

- 3° La collecte de données peut se faire par l'intermédiaire des technologies, par la **vidéo-surveillance** par exemple. La CourEDH a eu l'occasion de se prononcer sur ce phénomène au travers de l'arrêt PECK⁹²⁰. Elle juge qu'une vidéo-surveillance de lieux publics constitue une ingérence dans la vie privée lorsque les données sont enregistrées, mémorisées et font l'objet d'une divulgation publique⁹²¹. On peut imaginer qu'une vidéo-surveillance sur le lieu de travail, effectuée dans les mêmes conditions, pourrait également amener à une violation de la vie privée.
- 4° Enfin, dans une jurisprudence plus récente, la CourEDH s'est penchée sur **l'utilisation de fichiers nationaux automatisés** en matière pénale. Dans ces deux arrêts, la Cour s'est appuyée sur la Convention 108, ainsi que sur la recommandation sectorielle pertinente, en l'occurrence en matière de police. La CourEDH a rappelé que « la protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention. La législation interne doit donc ménager des garanties appropriées pour empêcher toute utilisation de données à caractère personnel qui ne serait pas conforme aux garanties prévues par cet article »⁹²². Elle a du même coup rappelé une autre jurisprudence importante en matière de traitement automatique, celle de l'arrêt S. ET MARPER contre Royaume-Uni⁹²³. « La Cour est d'avis que la nécessité de disposer de telles garanties se fait d'autant plus sentir lorsqu'il s'agit de protéger les données à caractère personnel soumises à un traitement automatique, en particulier lorsque ces données sont utilisées à des fins policières. Le droit interne doit notamment assurer que ces données sont pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées, et qu'elles sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées (voir paragraphes 21 et 22, notamment le préambule et l'article 5 de la Convention sur la protection des données et le principe 7 de la recommandation R (87) 15 du Comité des Ministres visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police). Le droit interne doit aussi contenir des garanties aptes à protéger efficacement les données à caractère personnel enregistrées contre les usages impropres et abusifs

⁹¹⁸ CourEDH, M. G. c. Royaume-Uni, 24 septembre 2002, req. n°39393/98.

⁹¹⁹ CourEDH, Gaskin c. Royaume Uni, 7 juillet 1989, série A vol. 160, paragr. 40.

⁹²⁰ CourEDH, Peck c. Royaume-Uni, 28 janvier 2003, req. n°44647/98, Rec. 2003-I; cf. également CourEDH, Perry c. Royaume-Uni, 17 juillet 2003, req. n°63737/00, Rec. 2003-IX.

⁹²¹ CourEDH, Peck c. Royaume-Uni, 28 janvier 2003, req. n°44647/98, Rec. 2003-I, paragr. 59.

⁹²² CourEDH, M.B. c. France, 10 mai 2010, Rec. 2010, paragr. 53; CourEDH, Gardel c. France, 17 décembre 2009, req. n°16428/05, Rec.2009, paragr. 62 ss.

⁹²³ CourEDH, S. et Marper c. Royaume-Uni, 4 décembre 2008, req. n°30562/04 et 30566/04, Rec. 2008.

(voir notamment l'article 7 de la Convention précitée). »⁹²⁴ On peut en déduire que **tout système automatisé de données** doit nécessiter des garanties de procédure très détaillées.

Ces affaires traitent également de la **durée de conservation des données**. Dans ces deux affaires, la durée est très longue, vingt ou trente ans selon la gravité de la condamnation. La Cour a toutefois considéré qu'étant donné la procédure judiciaire d'effacement des données mise en place, « un contrôle indépendant de la justification de la conservation des informations sur la base de critères précis présentait des garanties suffisantes et adéquates du respect de la vie privée au regard de la gravité des infractions justifiant l'inscription sur le fichier »⁹²⁵. Evidemment, cette acceptation de durée dans ce cas précis se justifie aussi par l'incidence pénale. Une durée de conservation si longue ne serait pas acceptable en droit du travail.

- 5° Enfin, nous nous attardons encore sur quelques décisions phares en matière **d'empreintes digitales, de profils ADN ou d'échantillons cellulaires**, car ce type de données peut aussi être prélevé sur le lieu de travail (en particulier les empreintes digitales). L'arrêt *MARPER*⁹²⁶ traite de la conservation d'empreintes digitales et d'échantillons d'ADN dans une procédure pénale⁹²⁷. La Cour établit une distinction entre les données génétiques et profils ADN d'un côté et les empreintes digitales de l'autre. La nature et la portée des informations sont différentes⁹²⁸. Les échantillons cellulaires et les profils ADN constituent des données sensibles⁹²⁹. « La Cour conclut que la conservation tant des échantillons cellulaires que des profils ADN des requérants s'analyse en une atteinte au droit de ces derniers au respect de leur vie privée au sens de l'article 8 § 1 de la Convention. »⁹³⁰ Les empreintes digitales ne contiennent pas autant d'informations que les échantillons cellulaires ou les profils ADN. « La Cour considère que l'approche adoptée par les organes de la Convention au sujet des photographies et échantillons de voix doit aussi être appliquée aux empreintes digitales. »⁹³¹ Dans l'analyse du principe de proportionnalité, la Cour est plus prudente que lorsqu'il s'agit d'autres types de données. Ainsi, dans cette affaire, la Cour a conclu à une violation de l'article 8 CEDH car « le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation des empreintes digitales, échantillons biologiques et profils ADN des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions mais non condamnées, tel qu'il a été appliqué aux requérants en

⁹²⁴ Idem.

⁹²⁵ CourEDH, *M.B. c. France*, 10 mai 2010, Rec. 2010, paragr. 60.

⁹²⁶ CourEDH, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, req. n°30562/04 et 30566/04, Rec. 2008.

⁹²⁷ Voir également CourEDH, *M. K. c. France*, 18 avril 2013, req. n°19522/09.

⁹²⁸ CourEDH, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, req. n°30562/04 et 30566/04, Rec. 2008, paragr. 69 ss; la Cour se réfère à une autre jurisprudence antérieure: CourEDH, *Van der Velden c. Pays-Bas*, 31 juillet 2012, req. n°29514/05.

⁹²⁹ CourEDH, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, req. n°30562/04 et 30566/04, Rec. 2008, paragr. 73 ss.

⁹³⁰ CourEDH, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, req. n°30562/04 et 30566/04, Rec. 2008, paragr. 77.

⁹³¹ CourEDH, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, req. n°30562/04 et 30566/04, Rec. 2008, paragr. 84.

l'espèce, ne traduit pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu, et que l'Etat défendeur a outrepassé toute marge d'appréciation acceptable en la matière »⁹³².

La conservation de données sensibles est très limitée. Le principe de proportionnalité joue un rôle primordial. Ainsi, si ce type de données devait être prélevé sur le lieu de travail (par ex. profils ADN), l'employeur devrait justifier d'un intérêt prépondérant.

2. *Le droit de l'Union européenne*

Le droit de l'Union européenne en matière de protection des données est basé sur deux instruments : la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après : Charte DFUE) qui prévoit, à son article 8, la protection des données à caractère personnel⁹³³ et 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 (ci-après : Directive 95/46/CE)⁹³⁴.

L'art. 8 Charte DFUE renforce la protection des données, même si ce droit n'est pas nouveau⁹³⁵. En effet, le droit européen n'a pas attendu la Charte DFUE⁹³⁶ et protégeait déjà les données personnelles par le biais 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 (ci-après : Directive 95/46/CE)⁹³⁷. L'objectif de cette

⁹³² CourEDH, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, req. n°30562/04 et 30566/04, Rec. 2008, paragr. 125.

⁹³³ Art. 8 de la Charte DFUE:

1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.
2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.
3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.

⁹³⁴ 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, JO n°L 281 du 23/11/1995. Cette directive a été complétée en 2002 par la 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), JO n°L 201 du 31/07/2002 p. 0037 – 0047.

⁹³⁵ RENUCCI, p. 779.

⁹³⁶ Pour avoir une vue précise de la relation entre les dispositions de Charte et celles des directives, voir les arrêts suivants : CJCE, *Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG*, 19 janvier 2010, aff. C-555/07, Rec. 2010, p. I-00365 et CJCE, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, 22 juin 2010, aff. jointes C-189/10 et C-188/10, Rec. 2010, p. I-05667: « § 55. En effet, pour autant que le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité aboutit à l'abrogation d'une loi nationale se limitant à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union en raison de la contrariété de cette loi à la Constitution nationale, la Cour pourrait, en pratique, être privée de la possibilité de procéder, à la demande des juridictions du fond de l'État membre concerné, au contrôle de la validité de ladite directive par rapport aux mêmes motifs relatifs aux exigences du droit primaire, et notamment des droits reconnus par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à laquelle l'article 6 TUE confère la même valeur juridique que celle qui est reconnue aux traités. »

⁹³⁷ 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

directive est de définir une exigence de protection commune à l'ensemble des pays de l'UE⁹³⁸. La protection devrait être compatible avec les spécificités nationales, contribuer au libre échange des informations sur le marché intérieur et permettre les flux transfrontières d'informations avec les pays tiers à l'UE⁹³⁹. Le double objectif de libre circulation des données et de protection des droits et libertés fondamentaux dont la vie privée peut être ambigu et difficile à réaliser⁹⁴⁰.

La Directive 95/46/CE définit les termes « données à caractère personnel » comme étant: « **toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable** »⁹⁴¹. Est réputée identifiable « une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale »⁹⁴². La deuxième partie de la définition, propre à la Directive, limite les possibilités « d'une interprétation jurisprudentielle trop restrictive du terme "indirectement" en indiquant dans le texte la signification très large qu'il convient de lui donner »⁹⁴³. Ce qui est commun à l'ensemble des sources européennes et internationales, c'est que le traitement des données doit respecter plusieurs principes: la sécurité, la finalité, la proportionnalité et la transparence. La Directive 95/46/CE n'entre pas dans l'exercice d'établir une liste exhaustive des données; au contraire, elle a vocation à s'appliquer à tous les domaines, y compris internet sans distinction⁹⁴⁴.

Même si en 1995, l'accès généralisé à l'Internet constituait un phénomène nouveau, les contenus numériques disponibles en ligne aujourd'hui ont explosé. « On peut aisément y accéder, les consulter et les diffuser au travers des médias sociaux, tout comme les télécharger sur divers appareils, tels que tablettes, smartphones et ordinateurs portables. Il est toutefois clair que le législateur communautaire n'avait pas prévu que l'Internet évoluerait vers un stock mondial et complet d'informations, consultable et interrogeable de partout. »⁹⁴⁵

données, JO n°L 281 du 23/11/195. Cette directive a été complétée en 2002 par la 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), JO n°L 201 du 31/07/2002 p. 0037 – 0047.

⁹³⁸ Les développements jurisprudentiels qui seront présentés dans ce chapitre ne tiennent pas compte de la révision actuelle de la Directive 95/46. Notre analyse se base sur le droit existant

⁹³⁹ ALLAËRT F.A. / DUSSERE L., *La directive européenne du 24 octobre 1995 et la loi française du 6 janvier 1978: l'évolution de la protection des données à caractère personnel*, in : *Revue Informatique et Santé* n°8, Springer-Verlag France, Paris 1996, p. 13.

⁹⁴⁰ FRAYSSINET Jean, *L'internet et la protection juridique des données personnelles*, in: *L'internet et le droit*, Actes du colloque organisé par l'École doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris I, Paris 2001, p. 292.

⁹⁴¹ Cette définition est la même que celle de l'art. 2 lit. a de la convention 108 et que celle de la première partie, ch. 1 des Lignes directrices sur la vie privée de l'OCDE du 23.09.1980: « *"personal data" means any information relating to an identified or identifiable individual* ».

⁹⁴² Art. 2 de la Directive 95/46/CE.

⁹⁴³ ALLAËRT / DUSSERE, p. 14.

⁹⁴⁴ LEPAGE Agathe, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Litec, Paris 2002, p. 30; l'auteur souligne l'importance de l'art. 17 de la Directive 95/46/CE qui fait référence aux réseaux.

⁹⁴⁵ Conclusions de l'Avocat Général Niilo Jääskinen présentées le 25 juin 2013 dans l'affaire Google Spain, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), C-131/12, point 27.

Ainsi, le champ d'application de la Directive 95/46/CE est devenu large. « En réalité, toute personne lisant aujourd'hui un journal sur une tablette ou suivant un média social sur un smartphone apparaît comme effectuant un traitement de données à caractère personnel avec des moyens automatisés, et pourrait potentiellement relever du champ d'application de la directive dans la mesure où cette activité sort du cadre strictement personnel. »⁹⁴⁶

Une catégorie particulière de traitements est frappée du principe d'interdiction (art. 8 de la Directive 95/46/CE) : il s'agit des données dites « sensibles »⁹⁴⁷. L'interdiction est toutefois assortie d'exceptions. Il en va ainsi, par exemple, lorsque le traitement est nécessaire aux fins de respecter les obligations et les droits spécifiques du responsable du traitement en matière de droit du travail, dans la mesure où il est autorisé par une législation nationale prévoyant des garanties adéquates (art. 8 al. 2 litt. b de la Directive 95/46/CE)⁹⁴⁸.

L'interprétation de la Directive 95/46/CE est faite tant par la jurisprudence que par le « Groupe de l'article 29 », mis en place par la directive elle-même à son art. 29 et composé de représentants des autorités de contrôle des Etats membres⁹⁴⁹. Ce groupe rend des avis qui n'ont pas de caractère contraignant mais qui permettent d'orienter l'interprétation des dispositions de la Directive 95/46/CE⁹⁵⁰.

A ce jour, il n'existe aucune jurisprudence ou d'interprétation du groupe de l'article 29 sur l'application de la Directive 95/46/CE dans la relation de travail⁹⁵¹. Le « Groupe de l'article 29 » s'est concentré principalement sur des opinions relatives à des technologies nouvelles mises en place. Cette absence d'interprétation amène à appliquer les règles générales d'interprétation et non pas des règles sectorielles.

Il existe toutefois quelques décisions très intéressantes : l'une du Tribunal⁹⁵² et d'autres de la CJUE⁹⁵³. L'arrêt du Tribunal concerne une procédure d'évaluation sur le lieu de travail, plus particulièrement liée au statut de fonctionnaire. Le requérant a fait valoir une violation « de l'article 8 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de l'article 286 CE ainsi que du règlement (CE) n°45/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 18 décembre 2000, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions

⁹⁴⁶ Conclusions de l'Avocat Général Niilo Jääskinen présentées le 25 juin 2013 dans l'affaire Google Spain, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), C-131/12, point 29.

⁹⁴⁷ Les données sensibles comprennent les données révélant l'origine sociale ou ethnique, les opinions, les convictions religieuses ou politiques, l'appartenance syndicale ou relatives à la santé et à la vie sexuelle.

⁹⁴⁸ DE QUENAUDON René, *Protection de la vie privée du salarié à l'égard du traitement des données à caractère personnel*, in: Social-law.net, 29.06.2004.

⁹⁴⁹ Pour plus d'informations sur le « groupe article 29 », cf. http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index_fr.htm (consulté le 31.08.2013).

⁹⁵⁰ LAFFAIRE Marie-Laure, *Protection des données à caractère personnel*, Editions d'Organisation, Paris 2005, p. 31.

⁹⁵¹ Il existe par contre de la jurisprudence relative aux communications électroniques; celle-ci sera traitée sous le chapitre correspondance. Le Groupe de l'article 29 a en outre émis des avis sur les flux transfrontières de données, les groupes d'entreprises et l'autoréglementation.

⁹⁵² Arrêt T-205/04, Affaire Ianniello c. Commission, arrêt du 20.11.2007, consid. 120 ss.

⁹⁵³ CJUE, Volker et Markus Schecke et Eifert c. Land Eissen, 9 novembre 2010, aff. jointes C-92/09 et C-93/09, Rec. 2010, p. I-11063; CJCE, Bodil Lindqvist, 6 novembre 2003, aff. C-101/01, Rec. 2003, p. I-12971; voir également RENUCCI, p. 779 s.

et organes communautaires et à la libre circulation de ces données (JO 2001, L 8, p. 1), 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 (JO L 281, p. 31) ». Il a estimé que les données le concernant étaient incomplètes ou inexactes et qu'elles ne pouvaient pas faire l'objet d'une rectification. Cet argument a été rejeté par le Tribunal car le dossier individuel du requérant contenait les observations qu'il avait formulées sur papier.

Le premier arrêt de la CJUE qui a fait référence tant aux art. 7 et 8 de la Charte DFUE, qu'à l'art. 8 CEDH et à la Directive 95/46/CE a montré combien l'influence de la CEDH sur la Cour de Luxembourg reste considérable⁹⁵⁴. Les requérantes, gestionnaires d'exploitations agricoles, s'étaient opposées à la publication d'informations les concernant, en application d'un règlement européen, en tant que bénéficiaires de subventions agricoles. La CJUE a analysé les conditions de restrictions à la vie privée, prévues aux art. 8, para. 2 et 52, para. 1 de la Charte DFUE. Elle a conclu que celles-ci étaient remplies, en se basant sur la jurisprudence et les restrictions relatives à l'art. 8 CEDH⁹⁵⁵.

Au vu de la portée large de la Directive 95/46/CE, la CJCE doit utiliser le principe de proportionnalité à bon escient⁹⁵⁶. C'est d'ailleurs ce qu'elle a fait dans l'arrêt LINDQVIST qui traite d'un cas de transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers dans le contexte de l'Internet⁹⁵⁷.

Une affaire pendante portant sur une demande préjudicielle relative à l'usage d'Internet permet de mettre en lumière plusieurs aspects intéressants du traitement des données sur Internet. Il s'agit de la première affaire dans laquelle la CJUE doit interpréter la Directive 95/46/CE dans le contexte d'un moteur de recherche sur Internet⁹⁵⁸. Même s'il ne s'agit pas de droit du travail, cette affaire donne des pistes générales pour des situations dans lesquelles les employeurs feraient des recherches sur des employés par l'intermédiaire d'un moteur de recherche. La vie privée du salarié pourrait être atteinte. Cependant, la responsabilité de tiers, et non celle de l'employeur, serait engagée.

Selon les conclusions de l'Avocat Général, un fournisseur de services de moteur de recherche sur Internet « traite des informations à caractère personnel au sens de l'article 2, sous b), de la Directive 95/46 dès lors que ces informations comportent des données à caractère personnel [...] mais ne peut être considéré comme un responsable

⁹⁵⁴ CJUE, Volker et Markus Schecke et Eifert c. Land Eissen, 9 novembre 2010, aff. jointes C-92/09 et C-93/09, Rec. 2010, p. I-11063.

⁹⁵⁵ CJUE, Volker et Markus Schecke et Eifert c. Land Eissen, 9 novembre 2010, aff. jointes C-92/09 et C-93/09, Rec. 2010, p. I-11063, paragr. 49 ss.

⁹⁵⁶ Plusieurs arrêts importants relatifs à l'interprétation de la Directive 95/46 CE méritent d'être mentionnés: CJCE, Tietosuojavaltuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy, 16 décembre 2008, C-73/07, Rec. 2008, p. I-09831; CJCE, Rechnungshof et autres et Christa Neukomm et Joseph Lauer mann c. Österreichischer Rundfunk, 20 mai 2003, aff. jointes C-465/00, C-138/01, C-139/01, Rec. 2003, p. I-04989.

⁹⁵⁷ CJCE, Bodil Lindqvist, 6 novembre 2003, aff. C-101/01, Rec. 2003, p. I-12971, paragr. 67-70 (au sujet de l'interprétation de l'article 25 de la Directive 95/46 CE).

⁹⁵⁸ Conclusions de l'Avocat Général Niilo Jääskinen présentées le 25 juin 2013 dans l'affaire Google Spain, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), C-131/12, point 7.

du traitement de telles données à caractère personnel, au sens de l'article 2, sous d), de la Directive 95/46 ». ⁹⁵⁹Cela montre combien le rôle et les responsabilités du moteur de recherche sont significatifs. L'accessibilité aux informations sur Internet en dépend ⁹⁶⁰ : « Les moteurs de recherche sur Internet peuvent être utilisés pour établir un profil exhaustif des individus par la recherche et la collecte de leurs données à caractère personnel. » ⁹⁶¹

Les conclusions de l'Avocat Général sont particulièrement intéressantes en ce qui concerne les divers droits fondamentaux en cause: les art. 7 et 8 de la Charte DFUE (qui doivent être interprétées à la lumière de l'art. 8 CEDH ⁹⁶²) d'un côté, et l'art. 11 de la Charte DFUE (notamment le droit de recevoir et communiquer des informations mises à disposition sur Internet ⁹⁶³) ainsi que le droit à la liberté d'entreprise (exercé notamment par le fournisseur de services) de l'autre côté. ⁹⁶⁴ L'Avocat Général préconise de ne pas mettre en œuvre le droit à l'oubli qui serait beaucoup trop lourd pour les fournisseurs de services de moteur de recherche, ni de façon générale, ni au cas pas cas ⁹⁶⁵.

Si elle suit les conclusions de l'Avocat Général, la Cour de Luxembourg s'efforcera de trouver un équilibre correct, raisonnable et proportionné entre les différents droits ou intérêts en jeu que sont: la protection des données à caractère personnel, les objectifs de la société de l'information et les intérêts légitimes des opérateurs économiques et des internautes; sans oublier la liberté d'information et la liberté d'entreprise ⁹⁶⁶.

B. *En droit français*

En matière de protection des données, la France dispose d'une loi de 1978 ⁹⁶⁷ (ci-après : loi informatique et libertés), modifiée par une loi de 2004 ⁹⁶⁸, qui transpose la Directive

⁹⁵⁹ Conclusions de l'Avocat Général Niilo Jääskinen présentées le 25 juin 2013 dans l'affaire Google Spain, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), C-131/12, point 138.

⁹⁶⁰ Cette affaire concernant Google ne sera pas unique puisque les autorités du Groupe de l'article 29 ont décidé d'engager le 2 avril 2013 des actions de contrôle concernant notamment les règles de confidentialité du moteur de recherche. Voir p. <http://www.cnil.fr/linstitution/actualite/article/article/regles-de-confidentialite-de-google-six-autorites-europeennes-lancent-le-meme-jour-une-act/>.

⁹⁶¹ Conclusions de l'Avocat Général Niilo Jääskinen présentées le 25 juin 2013 dans l'affaire Google Spain, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), C-131/12, point 45.

⁹⁶² En raison notamment de l'art. 52 § 3 de la Charte DFUE.

⁹⁶³ Conclusions de l'Avocat Général Niilo Jääskinen présentées le 25 juin 2013 dans l'affaire Google Spain, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), C-131/12, point 131. L'Avocat Général précise : « Dans la société contemporaine de l'information, le droit de rechercher des informations publiées sur Internet en recourant à des moteurs de recherche constitue l'un des moyens les plus importants d'exercer ce droit fondamental. Ce droit comprend indubitablement celui de rechercher des informations qui sont relatives à d'autres personnes et qui sont en principe protégées par le droit à la vie privée. »

⁹⁶⁴ Conclusions de l'Avocat Général Niilo Jääskinen présentées le 25 juin 2013 dans l'affaire Google Spain, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), C-131/12, points 112 et ss.

⁹⁶⁵ Conclusions de l'Avocat Général Niilo Jääskinen présentées le 25 juin 2013 dans l'affaire Google Spain, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), C-131/12, points 133 et 134.

⁹⁶⁶ Conclusions de l'Avocat Général Niilo Jääskinen présentées le 25 juin 2013 dans l'affaire Google Spain, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), C-131/12, point 31.

⁹⁶⁷ Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁹⁶⁸ 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.

95/46/CE⁹⁶⁹ dans le droit interne. La loi de 1978 institue la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (ci-après, CNIL), autorité chargée de veiller à la protection des données. La CNIL contrôle « les applications informatiques, prononce des sanctions, établit des normes et propose au gouvernement des mesures législatives ou réglementaires de nature à adapter la protection des libertés et de la vie privée à l'évolution des techniques »⁹⁷⁰.

La loi modifiée vise notamment à donner plus de pouvoirs à la CNIL, en particulier des pouvoirs d'investigation et de sanction. Sinon, les modifications étaient essentiellement procédurales. Les principes clés de la loi informatique et libertés sont la finalité et la proportionnalité des traitements⁹⁷¹. La déclaration⁹⁷² ou la demande d'autorisation⁹⁷³ à la CNIL doit notamment contenir la finalité du traitement⁹⁷⁴. « Plus qu'à l'énoncé des finalités, c'est à la justification de la finalité, à la preuve de la nécessité et de l'efficacité du traitement que l'on s'attache. »⁹⁷⁵ Et pour justifier la proportionnalité, il est souvent fait référence à l'absence de solutions techniques alternatives.

Outre les principes clés, l'information et le consentement de la personne concernée⁹⁷⁶

⁹⁶⁹ 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.

⁹⁷⁰ La documentation française, Le droit d'Internet, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/d000512-internet-dans-le-monde/le-droit-d-internet> (consulté le 31.08.2013).

⁹⁷¹ MALLET-POUJOL Nathalie, *Traçage électronique et libertés*, La documentation française, Paris 2006, p. 7; article 6 de la loi informatique et libertés, modifié par la loi n°2004-801 du 6 août 2004 - art. 2 JORF 7 août 2004:

« Un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel qui satisfont aux conditions suivantes :

- 1° Les données sont collectées et traitées de manière loyale et licite ;
- 2° 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 ;
- 3° Elles sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs ;
- 4° 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 ;
- 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. »

⁹⁷² Art. 23 de la loi informatique et libertés.

⁹⁷³ Art. 25 de la loi informatique et libertés.

⁹⁷⁴ Art. 30 de la loi informatique et libertés et art. 226-21 du Code pénal. Ces procédures spéciales seront présentées dans la deuxième partie.

⁹⁷⁵ MALLET-POUJOL, p. 7.

⁹⁷⁶ Art. 7 de la loi informatique et libertés:

« Un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée ou satisfaire à l'une des conditions suivantes :

- 1° Le respect d'une obligation légale incombant au responsable du traitement ;
- 2° La sauvegarde de la vie de la personne concernée ;

constitue un pilier important de cette législation et du système juridique général de la protection des données. Du droit à l'information découle le consentement⁹⁷⁷. La loi révisée a étendu l'obligation d'information⁹⁷⁸. Cette obligation vaut maintenant aussi pour les données qui n'ont pas été directement recueillies auprès de la personne⁹⁷⁹, mais par d'autres moyens comme par exemple des logiciels spécialisés⁹⁸⁰. « Le consentement n'est pas un acquis de la protection, dès lors que certains traitements s'avèrent obligatoires ou simplement indispensables à une bonne gestion. »⁹⁸¹ Dans la relation de travail, c'est principalement l'art. 7 § 4 de la loi informatique et libertés qui s'applique puisque le salarié est lié à l'employeur par un contrat. Il n'est souvent pas demandé de consentement expresse pour des activités qui découlent du contrat de travail ou de la gestion de l'entreprise. En plus des données courantes, il est aujourd'hui aussi possible de recueillir des données du salarié via sa navigation informatique. Cette saisie éclipse souvent la demande de consentement. Il faut reconnaître qu'en pratique « l'utilisation même de la technologie en signifie l'acceptation implicite »⁹⁸².

Comme nous le verrons au travers de l'évolution des techniques et des états de fait, il est important que la législation puisse être adaptée et adaptable à son temps. Ainsi, les textes de loi « se sont voulus technologiquement neutres »⁹⁸³. « Le texte de la loi de 1978 pourra s'appliquer à toutes les nouvelles techniques permettant d'accéder à des informations stockées sur un ordinateur ou d'inscrire des informations. »⁹⁸⁴

En ce qui concerne particulièrement la protection des données dans le monde du travail, la loi informatique et libertés s'applique conjointement avec d'autres règles, notamment celles du droit social. En l'occurrence, le principe de proportionnalité est particulièrement énoncé dans l'art. L1221-6 (anc. art. L121-6) du Code du travail. Les deux conditions cumulatives sont: la capacité et l'exigence de lien entre l'emploi et les informations. La CNIL a étayé cette règle en établissant une recommandation en 2002 sur le recrutement⁹⁸⁵. D'autres dispositions similaires figurent dans le Code du travail, notamment celles relatives au bilan de compétence⁹⁸⁶. Le principe d'information est lui

3° L'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable ou le destinataire du traitement ;

4° L'exécution, soit d'un contrat auquel la personne concernée est partie, soit de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ;

5° La réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le destinataire, sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée. »

⁹⁷⁷ Le droit à être informé déclenche également les droits suivants: droit d'opposition, droit d'accès et de communication des données, droit de rectification des données.

⁹⁷⁸ Art. 32 III de la loi informatique et libertés.

⁹⁷⁹ MALLEY-POUJOL, p. 8.

⁹⁸⁰ CASS. crim., 14 mars 2006, n° 05-83.423, Bull. Crim. 2006 n° 69, p. 267.

⁹⁸¹ MALLEY-POUJOL, p. 8.

⁹⁸² Idem.

⁹⁸³ LAFFAIRE, p. 303.

⁹⁸⁴ Idem.

⁹⁸⁵ CNIL, Délibération n°2002-17 du 21 mars 2002 portant adoption d'une recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de recrutement.

⁹⁸⁶ Article L6313-10 (anc. art. 900-4 et suivants) du Code du travail.

protégé par les art. L1221-8 et L1222-3 et suivants (anc. art. L121-7 et suivants)⁹⁸⁷.

C. *En droit suisse*

En droit suisse, la protection de la personnalité est complétée par la protection des données. En droit du travail, l'art. 328b CO⁹⁸⁸ renvoie expressément à la LPD et n'autorise que le traitement des données en relation directe avec le contrat de travail⁹⁸⁹. Cette disposition est entrée en vigueur en 1993, en même temps que la LPD⁹⁹⁰. Toute autre donnée personnelle du travailleur ne peut pas être traitée par l'employeur⁹⁹¹. Cette condition est identique à celle du droit français.

En droit du travail, les dispositions de la LPD les plus pertinentes sont les suivantes : les notions (art. 3 LPD), les principes fondamentaux (art. 4 à 7 LPD), le droit d'accès (art. 8 et 9 LPD) et le traitement des données personnelles par des personnes privées (art. 12 à 15 LPD).⁹⁹²

La LPD a été révisée à plusieurs reprises, la dernière fois en 2006⁹⁹³. Cette révision poursuivait deux objectifs principaux. Il s'agissait tout d'abord de donner suite à la motion 98.3529 de la Commission de gestion du Conseil des Etats « Liaisons on-line : Renforcer la protection pour les données personnelles » et à la motion 00.3000 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats « Renforcement de la transparence lors de la collecte des données personnelles ». L'objectif poursuivi résidait dans l'adaptation de la LPD aux exigences du Protocole additionnel à la Convention 108 du Conseil de l'Europe, en vue de sa ratification. Les conséquences de cette révision ont été un renforcement du principe de transparence et de l'obligation d'informer⁹⁹⁴. Cette révision a innové « en introduisant, sous forme de norme incitative,

⁹⁸⁷ En France, le comité d'entreprise a un rôle important dans la protection des données (voir 2^{ème} partie de la thèse); cf. LAFFAIRE, p. 314.

⁹⁸⁸ Art. 328b CO: « L'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. En outre, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données sont applicables. » Cette disposition est relativement impérative.

⁹⁸⁹ ATF 123 III 129; ATF 122 V 267 ; ATF 130 II 425, consid. 3.3.

⁹⁹⁰ WAEBER, Travail, p. 46; pour l'interprétation de cette disposition, cf. SCHWAIBOLD, in: Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, Bâle 1995, p. 459 ss; REHBINDER, Commentaire bâlois, p. 1769/1770; TERCIER, p. 335.

⁹⁹¹ WYLER, p. 334.

⁹⁹² MEIER, n. 2060 et 2061, p. 658 s ; DUNAND / MAHON, n. 6 ad art. 328b CO, p. 320.

⁹⁹³ FF 2006 3421 ; Message relatif à la révision de la Loi fédérale sur la protection des données et à l'arrêté fédéral concernant l'adhésion de la Suisse au Protocole additionnel du 8.11.2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, du 19.02.2003, FF 2003 1915 (RO 2007 4983).

⁹⁹⁴ Art. 14 LPD (Nouvelle teneur selon le ch. 3 de la LF du 19 mars 2010 portant mise en œuvre de la décision-cadre 2008/977/JAI relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, en vigueur depuis le 1er déc. 2010 (RO 2010 3387 3418; FF 2009 6091):

« 1 Le maître du fichier a l'obligation d'informer la personne concernée de toute collecte de données sensibles ou de profils de la personnalité la concernant, que la collecte soit effectuée directement auprès d'elle ou auprès d'un tiers.

2 La personne concernée doit au moins recevoir les informations suivantes:

a. l'identité du maître du fichier;

le recours à la certification des produits et des systèmes de traitement des données personnelles⁹⁹⁵ et encouragé les maîtres de fichier à mettre en place des conseillers à la protection des données »⁹⁹⁶.

La loi encourage les entreprises à créer un poste de préposé à la protection des données pour gérer les fichiers de données personnelles des collaborateurs⁹⁹⁷. Il serait « chargé d'organiser le traitement des données des employés, dans le respect de la confidentialité de celles-ci. Cette confidentialité doit empêcher l'accès à des tiers à des données sensibles ou des profils de la personnalité »⁹⁹⁸. Comme mentionné plus haut, il ne s'agit pas d'une obligation mais d'un encouragement. Il n'existe ainsi que peu d'entreprises en Suisse qui ont mis en pratique cet encouragement, si ce n'est peut-être via leurs collaborateurs des ressources humaines.

Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) a publié de nombreux guides et explications afin de sensibiliser et informer. Dans le domaine du travail, un « Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail »⁹⁹⁹ est régulièrement mis à jour. Les cas d'application de traitement de données sur le lieu de travail sont multiples¹⁰⁰⁰. Cela va du dossier de candidature¹⁰⁰¹ au

- b. les finalités du traitement pour lequel les données sont collectées;
- c. les catégories de destinataires des données si la communication des données est envisagée.

- 3 Si les données ne sont pas collectées auprès de la personne concernée, celle-ci doit être informée au plus tard lors de leur enregistrement ou, en l'absence d'un enregistrement, lors de la première communication à un tiers.
- 4 Le maître du fichier est délié de son devoir d'informer si la personne concernée a déjà été informée; il n'est pas non plus tenu d'informer cette dernière dans les cas prévus à l'al. 3:
 - a. si l'enregistrement ou la communication sont expressément prévus par la loi;
 - b. si le devoir d'informer est impossible à respecter ou nécessite des efforts disproportionnés.
- 5 Il peut refuser, restreindre ou différer l'information pour les mêmes motifs que ceux prévus à l'art. 9, al. 1 et 4. »

⁹⁹⁵ Art. 11 LPD:

« 1 Afin d'améliorer la protection et la sécurité des données, les fournisseurs de systèmes de logiciels et de traitement de données ainsi que les personnes privées ou les organes fédéraux qui traitent des données personnelles peuvent soumettre leurs systèmes, leurs procédures et leur organisation à une évaluation effectuée par des organismes de certification agréés et indépendants.

2 Le Conseil fédéral édicte des dispositions sur la reconnaissance des procédures de certification et sur l'introduction d'un label de qualité de protection des données. Il tient compte du droit international et des normes techniques reconnues au niveau international. »

Cette disposition est un pas vers l'autoréglementation que nous analyserons en deuxième partie.

⁹⁹⁶ PFPDT, *Explications sur les modifications du 17 décembre 2004 et du 24 mars 2006 de la loi fédérale sur la protection des données (LPD)*, www.edoeb.admin.ch. La révision est entrée en vigueur le 01.01.2008.

⁹⁹⁷ MEIER, n. 1445 ss, p. 487 ss ; WYLER, p. 334; DUNAND / MAHON, n. 3 ad art. 328b CO, p. 319.

⁹⁹⁸ WYLER, p. 334.

⁹⁹⁹ PFPDT, *Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail, Traitement par des personnes privées*, Berne, version mai 2011, p. <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00445/00472/00535/index.html?lang=fr> (consulté le 31.08.2013).

¹⁰⁰⁰ DUNAND / MAHON, n. 40 ad art. 328b CO, p. 329; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, n. 9 et 10 ad art. 328b CO, p. 591 ss.

¹⁰⁰¹ DUNAND / MAHON, n. 41 et ss. ad art. 328b CO, p. 329 s; PFPDT, *Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail, Traitement par des personnes privées*, Berne, version mai 2011, p. <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00445/00472/00535/index.html?lang=fr> (consulté le 31.08.2013), n. 3.1.2 et n. 3.1.9, p. 8 et 11 ; Zürich, Tribunal des prud'hommes, jugement du 28.10.2005, in : JAR 2006, p. 570 ; BRUNNER / BÜHLER / WAEBER / BRUCHEZ, n. 2 ad art. 320 CO, p. 44 ; STREIFF / VON

traitement des données après la fin du contrat¹⁰⁰², en passant par d'éventuels transferts de données à l'étranger¹⁰⁰³. Dans ce dernier cas, l'affaire la plus récente en Suisse concerne les employés de banques dont les employeurs ont transmis les données aux Etats-Unis. Une décision du Tribunal de première instance de Genève pourrait faire jurisprudence. Un employé de banque a obtenu que ses données ne soient pas communiquées aux Etats-Unis. Le Tribunal a effectué la balance des intérêts entre celui de l'employé et celui de la banque par rapport à sa défense et ses risques de peines encourues aux Etats-Unis. Il a jugé l'intérêt du salarié comme étant prépondérant. La transmission des données en question serait constitutive d'un dommage difficilement réparable pour l'employé. Celui-ci risquerait l'arrestation et l'inculpation aux Etats-Unis. De plus, ce transfert aurait lieu sans le consentement ou accord de l'employé. La justice genevoise a de plus précisé qu'elle n'était pas liée par les directives émises par le PFPDT.

Enfin et selon la jurisprudence du TF¹⁰⁰⁴, le droit du travailleur de consulter son dossier est inhérent à la protection de la personnalité ; il s'agit d'un droit élémentaire du salarié¹⁰⁰⁵.

Section 2. - Les limites et les restrictions

La notion large de vie privée telle que présentée sous section 1 n'est pas absolue. La vie privée doit être protégée mais il existe des limites à sa protection¹⁰⁰⁶. Elle peut être, par exemple, contrôlée, sous certaines conditions. Les limites et les restrictions à la vie privée seront développées ci-après. Tout d'abord, nous aborderons le concept d'un contrôle équilibré (§1^{er}) pour ensuite étayer les limites de cet équilibre (§2).

§ 1. Le contrôle équilibré

Contrôle et surveillance sont des termes souvent utilisés de manière interchangeable. Le contrôle est très souvent assimilé à la surveillance mais il ne s'agit pas que de cela. Le contrôle a des aspects positifs comme des aspects négatifs. Or, lorsque l'on utilise le terme de surveillance, une connotation négative est présente dans notre esprit. Pour ces raisons, nous choisissons de traiter du contrôle à proprement parler.

Après l'élaboration ou la conception d'un système d'information, il est important de pouvoir évaluer les différents résultats obtenus et de s'assurer que les objectifs ont été

KAENEL / RUDOLPH, n. 13 ad art. 328b CO, p. 613.

¹⁰⁰² DUNAND / MAHON, n. 102 et ss. ad art. 328b CO, p. 348 ss; PFPDT, *Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail, Traitement par des personnes privées*, Berne, version mai 2011, p. <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00445/00472/00535/index.html?lang=fr> (consulté le 31.08.2013), n. 3.3.1, p. 14 ; MEIER, n. 2083 ss; p. 665 ss.

¹⁰⁰³ Art. 6 LPD; KERN Hans, *Externalisation des salaires: quid de la protection des données?*, in : Journal de la FER, n° 3004 du 12.12.2008.

¹⁰⁰⁴ ATF 120 II 118, consid. 3a.

¹⁰⁰⁵ Art. 8 LPD et art. 1 OLPD ; cf. DUNAND / MAHON, n. 74 et ss. ad art. 328b CO, p. 339 ss; MEIER, n. 1035 ss, p. 381 ss; ATF 120 II 118, consid. 3b.

¹⁰⁰⁶ Voir art. 8 paragr. 2 CEDH.

atteints. Le système doit être élaboré avec précision. De plus, l'accroissement de la concurrence et l'utilisation accrue des nouvelles technologies implique un besoin de contrôle plus grand. L'entrepreneur ou le directeur, par son pouvoir de direction, est responsable de ce contrôle.

Aux yeux des gestionnaires d'informatique, « les contrôles englobent toutes les méthodes, politiques et procédures organisationnelles qui assurent la protection des éléments d'actif de l'organisation, l'exactitude et la fiabilité de ses documents comptables, et la conformité de ses normes de gestion »¹⁰⁰⁷. Bon nombre d'entreprises dépendent des systèmes d'information et les problèmes relatifs aux contrôles doivent être traités le plus rapidement possible.

Un contrôle est équilibré lorsqu'il utilise des instruments connus des salariés et qui vise des objets ayant une pertinence particulière pour la bonne marche de l'entreprise. Il doit être bien encadré. Un bon dosage entre les consignes à respecter et la marge de manœuvre laissée aux collaborateurs permet d'obtenir un contrôle équilibré. L'information du contrôle est importante. Elle permet de réagir par rapport à ce qui est souhaité ou non et d'élaborer des limites acceptées de et par tous.

Le but de ce chapitre est de présenter en quoi consiste le contrôle et quelles sont ses particularités. Il est utile tout d'abord de présenter les différents types de contrôle que l'on trouve sur le lieu de travail (A.) pour ensuite détailler les objets et les instruments utilisés (B.).

A. *Les différents types de contrôle*

Avant de présenter les différents types de contrôle, nous montrerons qu'il existe différents contextes en relation avec les systèmes d'information.

La première situation est celle du responsable informatique de l'entreprise. Il doit contrôler les coûts du matériel, du logiciel et du personnel informatique. Ce contrôle est un **contrôle de gestion**.¹⁰⁰⁸

La deuxième situation est celle de la **gestion de projet**. Lorsqu'un projet est achevé, certaines entreprises procèdent à une évaluation. « On vérifie ainsi dans quelle mesure les objectifs du projet ont été atteints et l'on cherche à corriger, par des actions de maintenance, les dysfonctionnements révélés par l'utilisation du système. »¹⁰⁰⁹

La troisième situation est celle de **l'étude de faisabilité**. La direction doit évaluer l'éventuelle réalisation d'un projet et son intérêt économique avant d'y affecter des ressources.¹⁰¹⁰

La quatrième situation est celle du **contrôle de sécurité**. La sécurité informatique est une affaire de prévention et de gestion des risques. La sécurité du système d'information de l'entreprise est primordiale. Ainsi, les entreprises doivent être vigilantes. Il ne s'agit pas uniquement du rôle de l'informaticien mais de tous les acteurs.

¹⁰⁰⁷ LAUDON / LAUDON / FIMBEL / COSTA, p. 673.

¹⁰⁰⁸ REIX / FALLERY / KALIKA / ROWE, p. 377.

¹⁰⁰⁹ Idem.

¹⁰¹⁰ Idem.

Les divers contrôles qui en découlent sont¹⁰¹¹:

- le contrôle de la mise en œuvre du système (vérifier le processus de développement; évaluer le niveau de participation des utilisateurs);
- le contrôle des logiciels (afin de prévenir l'accès non autorisés aux programmes et aux systèmes d'exploitation);
- le contrôle du matériel informatique;
- le contrôle de l'exploitation informatique;
- le contrôle de la sécurité des données (afin que les fichiers importants de l'entreprise ne soient pas l'objet d'accès non autorisés);
- le contrôle administratif;
- le contrôle des applications.

Dans des situations de vols en entreprise, d'escroquerie, de copie de logiciels, de faux en écriture, de subtilisation de dossiers, de corruption, de propagation de virus, d'espionnage économique, de criminalité informatique ou d'autres actes « criminels » qui menacent les entreprises, des types de contrôle adaptés peuvent être mis en œuvre pour analyser ces différents risques afin de détecter, prévenir et sanctionner ces comportements. Il s'agit de contrôles techniques développés expressément pour viser ces agissements. Dans ces cas, la limite entre le contrôle légitime et la surveillance du salarié est floue.

B. Les objets et les instruments du contrôle

Afin de mieux évaluer la quantité et le type d'informations et de données que peut recouvrir un contrôle, il est pertinent de distinguer les objets du contrôle (1.) des instruments utilisés (2.).

1. Les objets du contrôle

Les objets peuvent être très divers. Nous en citerons un certain nombre:

- la messagerie électronique;
- l'accès à l'entreprise, le déplacement du personnel ;
- l'activité et la productivité ;
- l'usage du téléphone ;
- le comportement ;
- la qualité du travail ;
- l'usage des outils technologiques.

Par les systèmes d'information des entreprises, *des informations inhérentes au système* sont collectées. Il s'agit par exemple des informations techniques indispensables au fonctionnement du réseau (adresses IP, adresses électroniques), des traces informatiques¹⁰¹², des enregistrements informatiques des transactions, des puces, des

¹⁰¹¹ LAUDON / LAUDON / FIMBEL / COSTA, p. 674 ss.

¹⁰¹² CARRON Laurent, *Quelles perspectives pour la protection des données personnelles sur Internet?*, p. <http://perso.club-internet.fr/ivan/cyberlexnet/COM/A981204.htm>, in <http://perso.club-internet.fr/ivan/cyberlexnet/COM/com.htm> (Cyberlex.com), 15.05.03: « La simple connexion au réseau et

données de trafic, la transmission d'impulsions (signaux), les informations enregistrées à l'aide des *cookies* (témoins de connexion).

D'un point de vue technique, chaque serveur peut mémoriser les échanges de données entre lui et les utilisateurs qui y sont connectés; ces données sont identifiées par une adresse IP. « La fonctionnalité de maintenance des serveurs (fichiers "log") permet de mémoriser la totalité des flux de données, par le biais des adresses IP, mais parfois aussi, le contenu des requêtes effectuées par les utilisateurs. »¹⁰¹³

Les informations non inhérentes au fonctionnement du système sont par exemple: les logiciels de gestion; les e-mails (messages); les techniques audiovisuelles; les numéros de carte bancaire, les photos; le contenu des serveurs d'informations HTML; le faisceau d'indices sur la personne (profils).

La liste des objets cités n'est pas exhaustive. Au fur et à mesure de l'évolution technologique, cette liste va croître.

2. *Les instruments du contrôle*

Les instruments de contrôle évoluent constamment et sont de plus en plus performants. Ils « permettent à l'employeur d'être informé à chaque instant des faits et gestes du salarié et de gérer plus scientifiquement la force de travail. [...] L'exécution du travail, et les résultats de celui-ci, sont enregistrés »¹⁰¹⁴. Grâce aux technologies, le salarié est plus autonome mais il est « livré à des modes d'investigation automatiques, qui le transforment en simple objet de mesure »¹⁰¹⁵.

Les entreprises mettent en place différents instruments de contrôle qui vont de¹⁰¹⁶:

- aucun dispositif de contrôle (contrôle inexistant);
- contrôle systématique, après la mise en œuvre, afin de savoir comment le système d'information est utilisé et quel est le degré de satisfaction par le biais de questionnaires d'évaluation (contrôle fort);
- contrôle technique;
- « contrôle de gestion intégré aux procédures générales du contrôle: on applique aux systèmes d'information la même démarche de contrôle que celle appliquée aux autres activités de l'entreprise: élaboration des plans d'action, préparation de budgets détaillés par nature de charges et par destination, enregistrement systématique des données réelles, calcul et analyse des écarts »¹⁰¹⁷.

Nous allons maintenant tenter de mettre en relation les instruments avec les objets du contrôle.

la visite d'un site laisse derrière l'internaute un ensemble de traces informatiques que l'on regroupe sous le terme générique de données de connexion (log). ».

¹⁰¹³ CNIL, 17^{ème} rapport d'activité 1996, p. 7.

¹⁰¹⁴ LYON-CAEN Gérard, Libertés, p. 115 s.

¹⁰¹⁵ Idem.

¹⁰¹⁶ REIX / FALLERY / KALIKA / ROWE, p. 382 ss.

¹⁰¹⁷ REIX / FALLERY / KALIKA / ROWE, p. 383.

Le contrôle de l'activité et de la productivité peut se faire via des logiciels spécifiques. Il s'agit de logiciels de gestion du travail de groupe (*work-flow*)¹⁰¹⁸. Des systèmes sophistiqués « permettent de mesurer avec précision et à distance la productivité de toute personne ayant un contact avec une machine »¹⁰¹⁹. Le moindre arrêt d'activité d'un employé peut ainsi être perçu. L'entreprise peut suivre en temps réel l'état d'avancement des dossiers, mesurer et optimiser les coûts. Ces logiciels permettent une traçabilité totale et instantanée des activités de l'entreprise¹⁰²⁰. Il existe d'autres logiciels qui permettent à l'informaticien de prendre à distance le contrôle du poste d'un salarié, très souvent utilisés par les *helpdesk* des entreprises.

La mise en place de badge électronique ou de carte à puce permet de **contrôler l'accès à l'entreprise**. Ces contrôles informatisés des accès peuvent impliquer l'existence de données personnelles sur des supports. Ces procédures automatisées d'authentification et d'identification, utilisées lors du contrôle de l'entrée dans des zones physiques, recourent de plus en plus à la biométrie¹⁰²¹. Afin de contrôler les mouvements des employés, un autre instrument appelé géo-localisation peut être mis en place. Le déplacement du personnel est ainsi contrôlé à l'aide du GPS (placé soit sur le véhicule ou sur le téléphone portable)¹⁰²².

L'usage du téléphone dans les entreprises est commun et il est parfois source d'abus. En réaction, certains employeurs ont mis en place des autocommutateurs. Ces instruments « permettent deux types de contrôle, le comptage pur et simple des communications et l'écoute ou l'enregistrement des conversations »¹⁰²³. Les numéros appelés peuvent être enregistrés à partir de chaque poste. Ces moyens ont été mis en place afin de gérer les dépenses mais ils identifient également les interlocuteurs. Ils permettent donc de se procurer des données personnelles. Les entreprises qui n'utilisent pas de commutateurs, utilisent en principe la facturation détaillée. La finalité est identique¹⁰²⁴. Parallèlement à ces méthodes classiques, il existe aujourd'hui, par le biais des nouvelles technologies de l'information, la possibilité de poser des mouchards sur les téléphones professionnels (téléphones portables). Il s'agit de systèmes similaires à des petits logiciels espions qui peuvent être placés par le simple envoi d'un SMS et qui permettent d'écouter ou de connaître l'emplacement de la personne. La plupart des téléphones portables (*smartphone*) possèdent aujourd'hui des GPS qui permettent un suivi.

Certaines entreprises ont recours à la **vidéosurveillance** sur le lieu de travail. Cet instrument est souvent utilisé dans les lieux ouverts au public, exposés aux risques d'agression ou de vol ou dans des lieux dangereux (ex. centrale nucléaire). Il vise la sécurité des biens et des personnes. La vidéosurveillance peut toutefois également

¹⁰¹⁸ FENOLL-TROUSSEAU / HAAS, La cybersurveillance, p. 33.

¹⁰¹⁹ FENOLL-TROUSSEAU / HAAS, La cybersurveillance, p. 22.

¹⁰²⁰ FENOLL-TROUSSEAU / HAAS, La cybersurveillance, p. 33.

¹⁰²¹ Pour une analyse détaillée du recours à la biométrie, voir : MALLET-POUJOL, p. 13 ss. Il existe deux types de biométrie : celle sans trace et celle avec trace. L'usage de l'une ou l'autre a un effet différent sur la visibilité des personnes, leurs mouvements, leurs actes etc. Voir : SADIN Eric, *Surveillance globale : enquête sur les nouvelles formes de contrôle*, Climats, Paris 2009.

¹⁰²² FRAYSSINET, p. 289.

¹⁰²³ FENOLL-TROUSSEAU / HAAS, La cybersurveillance, p. 22.

¹⁰²⁴ FENOLL-TROUSSEAU / HAAS, La cybersurveillance, p. 23.

servir au contrôle de l'activité des salariés dans certains cas.

Il arrive également que le patron utilise des **logiciels espions** qui sont de véritables dangers pour la protection des données. Ce type de logiciel, comme son nom l'indique, est utilisé à l'insu de la personne visée. Il peut relever les habitudes de connexion ou même certains fichiers. Il permet d'accéder à l'ensemble du système informatique et à toutes les données stockées dans l'ordinateur¹⁰²⁵. La directive européenne vie privée et communications électroniques de 2002¹⁰²⁶ met en garde contre ces types de logiciel qui peuvent « pénétrer dans le terminal de l'utilisateur à son insu afin de pouvoir accéder à des informations, stocker des informations cachées ou suivre les activités de l'utilisateur, et peuvent porter gravement atteinte à la vie privée de ce dernier. L'utilisation de tels dispositifs ne devrait être autorisée qu'à des fins légitimes, et en étant portée à la connaissance de l'utilisateur concerné. »¹⁰²⁷

N'oublions enfin pas **Internet ou l'Intranet** d'une entreprise qui peuvent être des moyens de contrôle sur le lieu de travail. Les particularités du réseau ont créé des dangers spécifiques. Par le biais du traçage informatique, l'employeur peut traiter certaines données perçues puisque, techniquement, il est possible de suivre les navigations des internautes salariés. Il ne faut toutefois pas négliger le fait que le traçage est inhérent à l'informatique¹⁰²⁸. « Il s'explique à la fois par la nécessité de conserver la mémoire des actes effectués et parce qu'il constitue une excellente mesure de sécurité des fichiers informatiques. Il s'inscrit dans une démarche de qualité. »¹⁰²⁹

§ 2. *Les limites de l'équilibre*

Dans ce chapitre, nous traiterons des implications juridiques et des limites du contrôle. Il s'agit en effet « de trouver un équilibre entre une autonomie indispensable au développement de comportements créatifs et un contrôle non moins nécessaire pour assurer une utilisation efficiente des ressources et le maintien d'un niveau de qualité acceptable »¹⁰³⁰. Il n'est pas facile de distinguer des mesures légitimes de contrôle de qualité du travail, des mesures de surveillance à proprement parler qui portent sur le comportement des travailleurs¹⁰³¹.

Le contrôle, pour être équilibré, a besoin de limites. Les outils, ayant de nombreuses possibilités techniques, doivent être encadrés par des lois afin de respecter la protection de la vie privée des travailleurs. L'équilibre doit donc être trouvé entre la protection de l'intérêt social de l'entreprise et la protection de la vie privée du salarié. Concilier deux principes plutôt contradictoires : le droit de l'employeur de contrôler et surveiller l'exécution du travail et de protéger les données et intérêts économiques de

¹⁰²⁵ Il s'agit d'une sorte de perquisition en ligne.

¹⁰²⁶ 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 (ci-après : directive vie privée et communications électroniques), JO n°L 201 du 31/07/2002 p. 0037 – 0047.

¹⁰²⁷ Directive vie privée et communications électroniques, consid. 24.

¹⁰²⁸ FENOLL-TROUSSEAU / HAAS, La cybersurveillance, p. 32.

¹⁰²⁹ Idem.

¹⁰³⁰ REIX / FALLERY / KALIKA / ROWE, p. 120.

¹⁰³¹ DUNAND / MAHON, n. 86 ad art. 328b CO, p. 342.

l'entreprise et le droit du travailleur à sa vie privée. Il s'agit d'un équilibre subtil qu'il est difficile de garantir.

Une des limites de l'équilibre du contrôle réside notamment dans l'implication de l'individu lui-même. En effet, le travailleur devrait agir et s'impliquer pour sa propre protection. Tout comme l'évolution des techniques et des technologies, l'évolution des mentalités et de la société impliquera de plus en plus une prise de conscience et une responsabilité de l'individu et du travailleur dans leur propre protection.

Afin d'identifier les meilleures pistes pour réduire les limites de l'équilibre, nous analyserons d'une part le droit européen (A.) et d'autre part, les droits nationaux (B. et C.).

A. *En droit européen*

Il n'existe que très peu de jurisprudence en matière de contrôle sur le lieu de travail, que ce soit à Strasbourg ou à Luxembourg.

En ce qui concerne le contrôle en général sur le lieu de travail, il n'existe que très peu de jurisprudence. Une affaire de surveillance vidéo d'une caissière de supermarché soupçonnée de vol a été déclarée irrecevable¹⁰³². Il s'agissait d'une mesure de surveillance vidéo secrète mise en place par l'employeur, suite à des soupçons de vol; la mesure avait été mise en place pour une durée de deux semaines. La Cour a analysé, en relation avec les obligations positives, le juste équilibre entre le droit à la vie privée et l'intérêt de l'employeur à la protection de ses biens (art. 1 Protocole n°1).

Tout d'abord, la CEDH a réitéré que la **vidéosurveillance**, tout comme le droit à l'image, entre dans le champ d'application de l'art. 8 CEDH¹⁰³³. La surveillance des actions d'un individu par des équipements photos ou autres peuvent porter atteinte à la vie privée, en particulier si un individu spécifique est visé¹⁰³⁴. La Cour a ainsi reconnu qu'il s'agissait d'une atteinte à la vie privée de la caissière. Toutefois, dans l'analyse des conditions de l'art. 8 para. 2 CEDH et malgré le fait que l'Allemagne n'avait pas encore légiféré en la matière, la Cour a estimé qu'étant donné la mesure limitée dans le temps et jugée nécessaire pour atteindre les buts poursuivis, l'Etat n'avait pas manqué à ses obligations. Dans son analyse, la Cour insiste sur les intérêts en présence: la vie privée de la salariée et l'intérêt de l'employeur à la protection de ses biens patrimoniaux. C'est peut-être sur le respect du principe de proportionnalité que l'on pourrait critiquer quelque peu cette décision. En effet, la CourEDH reconnaît que la vidéosurveillance est le seul moyen approprié pour obtenir des preuves de vol.

En conclusion de cette décision d'irrecevabilité, la CourEDH précise: « Les intérêts concurrents en jeu pourraient se voir accorder un poids différent à l'avenir, compte

¹⁰³² CourEDH (Dec.), Köpke c. Allemagne, 5 octobre 2010, req. n°420/07.

¹⁰³³ CourEDH, von Hannover c. Allemagne, 24 juin 2004, req. n°59320/00, Rec. 2004-VI; CourEDH, Peck c. Royaume-Uni, 28 janvier 2003, req. n°44647/98, Rec. 2003-I, paragr. 57 s.; CourEDH, Perry c. Royaume-Uni, 17 juillet 2003, req. n° 63737/00, Rec. 2003-IX, paragr. 36 s.

¹⁰³⁴ CourEDH, P.G. et J.H. c. Royaume-Uni, 25 septembre 2001, req. n°44787/98, Rec. 2001-IX, paragr. 57; CourEDH, Peck c. Royaume-Uni, 28 janvier 2003, req. n° 44647/98, Rec. 2003-I, paragr. 58 s.; CourEDH, Perry c. Royaume-Uni, 17 juillet 2003, req. n° 63737/00, Rec. 2003-IX, paragr. 38; CourEDH, Rotaru c. Roumanie, 4 mai 2000, req. n°28341/95, Rec. 2000-V, paragr. 44 s.

tenu de la mesure dans laquelle les intrusions dans la vie privée ont été rendues possibles par des technologies nouvelles et plus sophistiquées. »¹⁰³⁵ Cette remarque de la Cour interroge. D'une part, elle donne l'impression que sous le couvert des obligations positives, elle ne prend pas position sur le fond comme elle l'aurait fait dans une relation similaire de droit public, et d'autre part, elle ne fait que peu de cas des exigences procédurales qui auraient pu être mises en place pour un tel système de vidéo-surveillance, même provisoire. La Cour reconnaît pourtant qu'une législation nationale pertinente n'était pas encore en vigueur au moment des faits.

Pourtant, la Cour de Strasbourg avait décidé, dans l'affaire COPLAND¹⁰³⁶, une affaire de surveillance sur le lieu de travail, via le téléphone, la messagerie électronique et l'usage d'internet, que la vie privée de la salariée (employée d'un collège public) était violée puisque l'ingérence n'était pas prévue par la loi. Dans cette affaire, le supérieur hiérarchique voulait déterminer si la salariée utilisait les ressources professionnelles à des fins privées. Il ne s'agissait pas de soupçon de vol comme dans l'affaire précédente. La Cour a certes admis qu'il peut être légitime pour l'employeur de surveiller et de contrôler ses employés, mais en l'espèce, l'ingérence n'était pas « nécessaire dans une société démocratique ».

Par conséquent, si l'on compare les deux états de fait, on pourrait croire que la Cour établit un jugement différent entre une relation de travail dans le secteur public et une relation de travail dans le secteur privé. Si cette seule différence est basée sur la théorie des obligations positives, elle n'est pas pertinente.

La Cour a eu l'occasion de se prononcer sur une **surveillance via GPS** (géolocalisation) dans une affaire pénale. Ce qui est surprenant, c'est que la Cour distingue cette surveillance des « autres méthodes de surveillance par des moyens visuels ou acoustiques qui, en règle générale, sont davantage susceptibles de porter atteinte au droit d'une personne au respect de sa vie privée car elles révèlent plus d'informations sur la conduite, les opinions ou les sentiments de la personne qui en fait l'objet »¹⁰³⁷. Cette distinction est étonnante lorsque l'on sait que la géolocalisation est tout aussi intrusive, voir plus intrusive que la vidéosurveillance. En effet, la géolocalisation prend une importance et une influence considérable¹⁰³⁸.

B. En droit français

En France, les systèmes de surveillance doivent être déclarés à la CNIL¹⁰³⁹. Selon une jurisprudence constante, la mise en place d'un moyen de surveillance ou de contrôle de l'activité à l'insu du personnel entraîne l'irrecevabilité de la preuve d'une faute du salarié qui serait obtenue par ce moyen:

« Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses

¹⁰³⁵ CourEDH (Dec.), Köpke c. Allemagne, 5 octobre 2010, req. n°420/07.

¹⁰³⁶ CourEDH, Copland c. Royaume-Uni, 3 avril 2007, req. n°62617/00, Rec. 2007-I.

¹⁰³⁷ CourEDH, Uzun c. Allemagne, 2 septembre 2010, req. n°35623/05, paragr. 52.

¹⁰³⁸ Voir notamment : RAY Jean-Emmanuel, *De la géo-localisation à la télé-localisation*, in: Dr. Soc. 2012, p. 61-69. La géolocalisation se fait aujourd'hui par Wifi; elle est plus puissante que la vidéosurveillance puisqu'elle est discrète et invisible.

¹⁰³⁹ CASS. soc., 6 avril 2004, n°01-45.227, Bull. 2004 V n° 103, p. 93.

salariés pendant le temps du travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite. »¹⁰⁴⁰

A l'inverse, lorsque l'entreprise a pris toutes les mesures formelles de déclaration à la CNIL et d'information des salariés et que le système respecte les articles L 120-2 et L 121-8 (voir également 121-7) du Code du travail, le refus du salarié d'utiliser le système constitue une cause sérieuse de licenciement¹⁰⁴¹.

Dans une affaire, « la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁰⁴², avait retenu que la mise en place de dispositifs de **traçage informatique** permettant d'identifier les consultants de comptes travaillant dans une banque (poste d'auditeur au sein du service d'audit) ne nécessitait pas une information préalable de ces salariés dans la mesure où le travail réalisé par le biais de cet outil informatique excluait nécessairement l'anonymat des tâches effectuées¹⁰⁴³ ».

En ce qui concerne particulièrement la **géolocalisation** ou les filatures, la jurisprudence est similaire. Au temps des filatures, la jurisprudence précisait: « une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur »¹⁰⁴⁴. Dix ans plus tard, la jurisprudence considère toujours que la filature électronique porte atteinte au salarié¹⁰⁴⁵. Contrairement à la filature classique, la géolocalisation permet de localiser sans limites¹⁰⁴⁶.

Pour les candidats à l'emploi, une habitude de plus en plus répandue consiste à faire des recherches sur la personne concernée par le biais d'Internet¹⁰⁴⁷. Il s'agit de savoir si ce type d'action consiste en un profil automatique au sens de la recommandation de la CNIL sur le recrutement¹⁰⁴⁸. Cette recommandation précise notamment qu'« 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 »¹⁰⁴⁹. Ce conseil

¹⁰⁴⁰ CASS. soc., 20 novembre 1991, n°88-43.120, Bull. 1991 V n° 519 p. 323; cf. également LAFFAIRE, p. 314.

¹⁰⁴¹ CASS. soc., 17 novembre 1998, n°96-44.198.

¹⁰⁴² CASS. soc., 18 juillet 2000, n° 98-43.485.

¹⁰⁴³ LAFFAIRE, p. 314.

¹⁰⁴⁴ CASS. soc., 26 novembre 2002, n°00-42.401, Bull. 2002 V n° 352 p. 345.

¹⁰⁴⁵ CASS. soc., 3 novembre 2011, n°10-18.036, Bull. 2011 V n° 247

¹⁰⁴⁶ RAY, Géo-localisation, p. 62. L'auteur parle de passage de la géo-localisation visuelle à la télé-localisation électronique. Le simple usage des téléphones portables permet techniquement à l'employeur de suivre le salarié 24h/24.

¹⁰⁴⁷ EGLI Urs, *Le « screening » sur Internet*, in: Employeur Suisse n°2, 2011, p. 54: « Lors d'une enquête réalisée en 2009 aux Etats-Unis, 35% des entreprises interrogées ont admis avoir refusé des candidats parce qu'ils avaient trouvé sur ces réseaux des informations défavorables à leur sujet ».

¹⁰⁴⁸ CNIL, Délibération no 2002-17 du 21 mars 2002 portant adoption d'une recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de recrutement.

¹⁰⁴⁹ CNIL, Délibération no 2002-17 du 21 mars 2002 portant adoption d'une recommandation relative à la

est louable mais tout système automatique utilisé pour trouver des informations sur le Net ne peut être identifié par le candidat. Il est encore mentionné que « tout candidat a le droit d'être informé des raisonnements utilisés dans les traitements automatisés d'aide à la sélection de candidatures »¹⁰⁵⁰. Or, il est impossible de vérifier la manière de trier les candidatures. Il vaut donc mieux veiller attentivement à ce qui se trouve en ligne et disponible sur sa personnalité, en particulier sur les réseaux sociaux¹⁰⁵¹. Il s'agit probablement de la meilleure protection possible¹⁰⁵² et d'une situation où le salarié est lui-même acteur de sa propre protection¹⁰⁵³.

C. En droit suisse

« L'employeur a le droit de contrôler la correcte exécution de la prestation de travail par ses employés, mais aussi de s'assurer du respect de la confidentialité, de la sécurité et de la réputation de l'entreprise. »¹⁰⁵⁴ L'essentiel est de trouver l'équilibre à atteindre dans le contrôle. Par exemple, un contrôle est autorisé lorsque les intérêts de l'employeur l'emportent sur ceux du travailleur¹⁰⁵⁵:

*« Angesichts der rasanten Entwicklung der Technik ist neuerdings vor allem im Zusammenhang mit der Kontrolle und Ueberwachung der Einhaltung der Vertragspflichten ein neuer Gegensatz zwischen den Arbeitgeberinteressen an einer effizienten Erfüllung der Arbeitspflicht einerseits und der Wahrung der informationellen Privatheit des Arbeitnehmers andererseits aufgetreten. Die technische Ueberwachung ist soweit erlaubt, als die Interessen des Arbeitgebers (beispielsweise im Zusammenhang mit einer Arbeitszeitkontrolle) diejenigen seines Angestellten überwiegen. »*¹⁰⁵⁶

Le principe de proportionnalité implique de choisir la solution la moins intrusive possible¹⁰⁵⁷. En droit suisse, lorsque la vie privée sur le lieu de travail est menacée par des systèmes de surveillance, une disposition particulière protège le travailleur : l'art. 26 OLT 3¹⁰⁵⁸. Cette disposition couvre divers systèmes de surveillance, tels notamment

collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de recrutement.

¹⁰⁵⁰ CNIL, Délibération no 2002-17 du 21 mars 2002 portant adoption d'une recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de recrutement.

¹⁰⁵¹ EGLI Urs, Screening, p. 55: « En Allemagne, cette distinction entre les réseaux professionnels ou d'affaires et les autres va précisément faire l'objet d'une loi. Ce texte n'admettra le "screening" des postulants que sur les réseaux professionnels et continuera de l'interdire dans tous les autres ».

¹⁰⁵² En droit suisse également, « l'évaluation des postulants à partir d'éléments figurant sur Internet exige le consentement des intéressés », cf. EGLI Urs, Screening, p. 55.

¹⁰⁵³ Si le postulant autorise lui-même son futur employeur à de telles recherches, il peut se référer à son « profil social » (ex. *Facebook*) dans son dossier de candidature.

¹⁰⁵⁴ DUNAND / MAHON, n. 95 ad art. 328b CO, p. 346; PFPDT, *Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'internet et du courrier électronique au lieu de travail*, Berne 2007 [dernière modification 22.01.2010], p. <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00445/00472/00532/index.html?lang=fr>, p. 6 s.

¹⁰⁵⁵ En d'autres termes, s'il satisfait un intérêt prépondérant de l'employeur. Voir SECO, *Commentaire des ordonnances 3 et 4 relatives à la loi sur le travail*, 8^{ème} mise à jour, Berne 2011.

¹⁰⁵⁶ HAUSHERR / AEBI-MÜLLER, p. 206; voir également WYLER, p. 303 s.

¹⁰⁵⁷ WYLER, p. 304, TSCHUDI, p. 16; DUNAND / MAHON, n. 89 ad art. 328b CO, p. 343; ATF 130 II 425, consid. 5.2.

¹⁰⁵⁸ Art. 26 OLT 3:

« 1 Il est interdit d'utiliser des systèmes de surveillance ou de contrôle destinés à surveiller le

les systèmes vidéo¹⁰⁵⁹, les ordinateurs, les téléphones ou les systèmes de localisation¹⁰⁶⁰. Le principe est l'interdiction de tels systèmes et l'exception se trouve à l'alinéa 2 de cette même disposition. La condition est celle de ne pas porter atteinte à la santé et à la liberté de mouvement des travailleurs. De plus, les systèmes de surveillance doivent respecter les règles des articles 328 ss CO. L'alinéa 2 mentionne les « autres raisons » et il n'est pas si facile de comprendre ce qui est entendu par ces termes. En réalité, il s'agit des motifs justificatifs¹⁰⁶¹.

On ne peut pas évoquer l'art. 26 OLT 3 sans s'attarder quelque peu sur une jurisprudence phare du TF relative à l'installation de GPS sur des véhicules d'entreprise¹⁰⁶². Sur la base des articles 26 OLT 3, 328 et 328b CO, le TF a examiné la légalité et la proportionnalité de la mesure de surveillance en regardant « l'adéquation du système de localisation incriminé par rapport au but visé (contrôle de l'emploi du temps des travailleurs et prévention des abus) et nécessité du système pour l'employeur »¹⁰⁶³. Il a effectué une pesée des différents intérêts en présence. Suite à une longue analyse du principe de proportionnalité et des possibilités techniques du système, le TF a conclu que « des mesures d'instructions complémentaires s'avèrent donc nécessaires en vue d'élucider ces questions, en particulier pour déterminer - le cas échéant au moyen d'une expertise - les véritables caractéristiques techniques et l'étendue exacte des possibilités de surveillance offertes par le système de localisation »¹⁰⁶⁴. Notre Haute Cour s'est également attardée sur les conditions de l'art. 26 al. 2 OLT 3 et notamment l'atteinte à la santé. Elle a considéré qu'il était « généralement admis que les systèmes de surveillance induisent le plus souvent chez les personnes observées des sentiments négatifs et détériorent le climat général de l'entreprise et que, par conséquent, ils nuisent au bien-être, à la santé psychique et, finalement, à la capacité de rendement des travailleurs »¹⁰⁶⁵. Ainsi de tels systèmes peuvent être contre-productifs par rapport à l'objectif que l'employeur souhaite atteindre : une meilleure qualité du travail.

En résumé, un système de surveillance est interdit par l'art. 26 OLT 3 s'il vise uniquement ou essentiellement à surveiller le comportement comme tel des travailleurs¹⁰⁶⁶. En revanche, son utilisation n'est pas prohibée s'il est justifié par des

comportement des travailleurs à leur poste de travail.

2 Lorsque des systèmes de surveillance ou de contrôle sont nécessaires pour d'autres raisons, ils doivent notamment être conçus et disposés de façon à ne pas porter atteinte à la santé et à la liberté de mouvement des travailleurs. »

¹⁰⁵⁹ En matière de vidéosurveillance sur le lieu de travail, voir: Jura, TC, arrêt du 19.09.1989, in : SJ 1990, p. 247; Genève, CAPH, arrêt du 14.10.1996, in : JAR 1997, p. 141.

¹⁰⁶⁰ Voir : PFPDT, *Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'internet et du courrier électronique au lieu de travail*, Berne 2007 [dernière modification 22.01.2010], p. <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00445/00472/00532/index.html?lang=fr>, (consulté le 31.08.2013).

¹⁰⁶¹ DUNAND / MAHON, n. 88 ad art. 328b CO, p. 343; ATF 130 II 425, consid. 6.2.

¹⁰⁶² ATF 130 II 425.

¹⁰⁶³ Idem.

¹⁰⁶⁴ ATF 130 II 425, consid. 6.6.

¹⁰⁶⁵ ATF 130 II 425, consid. 3.3.

¹⁰⁶⁶ Voir DUNAND / MAHON, n. 87 ad art. 328b CO, p. 342 s: DUNAND énumère les conditions d'une licéité: les « autres raisons » mentionnées à l'art. 26 al. 2 OLT3 ; l'intérêt prépondérant de l'employeur ; ne pas porter atteinte à la santé et à la liberté de mouvement des travailleurs (art. 26 al. 2 OLT3) ; le respect des principes

raisons légitimes, tels des impératifs de sécurité¹⁰⁶⁷ ou des motifs tenant à l'organisation ou à la planification du travail ou encore à la nature même des relations de travail. L'usage du GPS peut être admis en l'occurrence à condition qu'il permette à la société de vérifier uniquement que les rapports des employés correspondent bien aux données du GPS; si le système débouche sur une surveillance permanente, ce n'est pas acceptable. Ce n'est pas tant la nature de la surveillance qui importe mais les raisons et les objectifs poursuivis¹⁰⁶⁸.

L'usage de la **vidéosurveillance** peut être admis s'il vise les endroits stratégiques ou sensibles de l'entreprise, en particulier les accès extérieurs pour des raisons de sécurité ou pour protéger des objets de valeur ou des produits dangereux¹⁰⁶⁹. Par contre, il n'est en principe pas admis si la caméra est installée et orientée sur une place de travail où se trouve un salarié¹⁰⁷⁰. En relation avec les différents types de vidéosurveillance, le TF a tranché en précisant ce qui suit: « la vidéosurveillance, quel que soit son type, cause une atteinte au respect de la vie privée »¹⁰⁷¹. Même si le degré de l'atteinte peut varier en fonction de la technique utilisée, elle existe.

L'usage de machines de timbrage, de cartes magnétiques ou d'autres moyens électroniques pour contrôler l'horaire de travail est généralement admis¹⁰⁷². Toutefois, l'apparition de la biométrie et de cartes à puces¹⁰⁷³ pour les accès et les déplacements dans les entreprises pourrait tomber sous l'art. 26 OLT3 en ce que ces moyens peuvent être considérés comme une atteinte à la liberté de mouvement des travailleurs¹⁰⁷⁴.

Dans des cas de menaces à la sécurité de l'entreprise et de soupçons d'infractions pénales, des contrôles ou enquêtes peuvent être mis en place par l'employeur¹⁰⁷⁵. Des règles de procédure strictes et le respect de la LPD doivent être scrupuleusement respectées¹⁰⁷⁶. Par contre, la mise en place de **logiciels espions** qui fonctionnent de

généraux de la LPD (art. 4 et ss LPD); l'information des travailleurs de l'existence du système, de ses modalités et de la durée de conservation. Voir encore WYLER, p. 307.

¹⁰⁶⁷ Ou des impératifs liés à la prévention des accidents; voir: DUNAND / MAHON, n. 88 ad art. 328b CO, p. 343; ATF 130 II 425, consid. 4.2; MEIER, n. 2141, p. 687 s.

¹⁰⁶⁸ ATF 130 II 425, consid. 4.1.

¹⁰⁶⁹ DUNAND / MAHON, n. 91 ad art. 328b CO, p. 344; ATF 130 II 425, consid. 4.2; TF 6B.536/2009 du 12 novembre 2009, consid. 3.4-7; MEIER, n. 2149 ss, p. 693 ss.

¹⁰⁷⁰ Jura, TC, arrêt du 14.09.89, in: SJ 1990, p. 247; Genève, CAPH, arrêt du 14.10.1996, in: JAR 1997, p. 141. La jurisprudence du TF porte principalement sur des lois cantonales sur la vidéosurveillance. Par exemple, la loi zurichoise en la matière a été jugée non conforme et a été annulée: ATF 136 I 87, consid. 8. Le règlement de police de St-Gall a été reconnu conforme notamment quant à la durée de conservation: ATF 133 I 77, consid. 4 et 5.

¹⁰⁷¹ TF 1C_315/2009 du 13 octobre 2006, consid. 2.2.CONTRA: FLÜCKIGER Alexandre / AUER Andreas, *La vidéosurveillance dans l'oeil de la Constitution*, in: PJA 2006, p. 924 ss.

¹⁰⁷² DUNAND / MAHON, n. 91 ad art. 328b CO, p. 345; MEIER, n. 2148, p. 692.

¹⁰⁷³ Notamment les RFID (Radio Frequency Identification). Ces puces électroniques peuvent déjà aujourd'hui être implantées sur les personnes. A long terme, cela peut engendrer des vérifications constantes et continues des identités et des déplacements.

¹⁰⁷⁴ Ces systèmes sont invasifs pour la vie privée car les ondes radio permettent de lire les puces à distance.

¹⁰⁷⁵ DUNAND / MAHON, n. 94 ad art. 328b CO, p. 346; GEISER Thomas, *Interne Untersuchungen des Arbeitgebers – Konsequenzen und Schranken*, in: PJA 2011, p. 1052 ss; STAEGGER Alexandre / MEIER Philippe, *Surveillance vidéo sur le lieu de travail*, in: Jusletter du 16.04.2012, n. 28 ss.

¹⁰⁷⁶ TF 9C_785/2010 du 10 juin 2011, consid. 6.7.3; MEIER, n. 2152, p. 695 et n. 2211, p. 715 s; STAEGGER / MEIER, n. 48 ss.

manière permanente est interdite¹⁰⁷⁷. Elle est contraire tant au droit du travail qu'aux règles de la protection des données¹⁰⁷⁸. Dans une affaire tessinoise, le TF a reconnu que le renvoi immédiat d'un salarié ne peut pas se fonder sur un logiciel espion. Les supérieurs du fonctionnaire en question avaient installé un mouchard afin de voir si le salarié consacrait trop de temps aux activités privées. Cette mesure interdite par l'art. 26 OLT 3 a également été jugée disproportionnée au sens de l'art. 26 al. 2 OLT 3. Le contrôle du rendement est légitime mais il peut être atteint par des moyens moins invasifs¹⁰⁷⁹.

Enfin, la Suisse pourrait prendre exemple sur l'obligation de déclaration française pour tout système de surveillance sur le lieu de travail. L'arrêt suisse sur les moyens de localisation montre combien il est difficile d'analyser la technicité et les objectifs du système. Cette solution impliquerait une évolution des pouvoirs du Préposé fédéral à la protection des données mais également des charges administratives lourdes¹⁰⁸⁰. Ce qui existe en droit suisse, c'est un droit pour le travailleur d'être informé et consulté selon les art. 5 et 6 OLT3¹⁰⁸¹. Ce droit à l'information doit permettre au personnel de connaître le but, les possibilités et les techniques du système qui est mis en place par l'employeur¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁷ DUNAND / MAHON, n. 101 ad art. 328b CO, p. 348; PFPDT, *Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'internet et du courrier électronique au lieu de travail*, Berne 2007 [dernière modification 22.01.2010], p. <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00445/00472/00532/index.html?lang=fr>, p. 16, (consulté le 31.08.2013).

¹⁰⁷⁸ MEIER, n. 2213, p. 717. Sur le plan pénal, l'introduction de ce type de logiciels a été faite lors de la révision de l'art. 270 du Code de procédure pénale en 2010. « Les autorités judiciaires devraient pouvoir surveiller en direct les ordinateurs d'individus soupçonnés. C'est la révision de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunications que le CF inclut une modification du Code de procédure pénale autorisant l'interception et le décryptage de données informatiques via des logiciels espions ». cf. *Le Temps* du 20.05.2000, p. 8.

¹⁰⁷⁹ ATF 139 II 7, consid. 5.5 et ss.; Jurius, *Le renvoi immédiat d'un salarié ne peut se fonder sur un mouchard*, in: Jusletter du 4 février 2013 (www.jusletter.ch)

¹⁰⁸⁰ Les pouvoirs et compétences du PFPDT seront analysés dans la deuxième partie.

¹⁰⁸¹ Voir également l'art. 10 let. a de la Loi sur la participation; DUNAND / MAHON, n. 93 ad art. 328b CO, p. 345; Genève, CAPH, arrêt du 10.02.2005, consid. 5, in: JAR 2006, p. 428; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, n. 8 ad art. 328b CO, p. 584.

¹⁰⁸² DUNAND / MAHON, n. 93 ad art. 328b CO, p. 346; SECO, *Commentaire des ordonnances 3 et 4 relatives à la loi sur le travail*, 8^{ème} mise à jour, Berne 2011, p. 326-5.

Conclusion du CHAPITRE I

La notion de vie privée est une notion large, comme nous avons pu le constater tout au long de ce chapitre. Son interprétation varie selon les contextes et les régimes légaux.

La jurisprudence de Strasbourg a influencé celle de Luxembourg et continue de le faire. Parmi les nombreux états de fait analysés dans ce chapitre, les méthodes adoptées par les cours ou tribunaux sont souvent similaires à celles de la CourEDH. Les législations nationales de droit du travail s'inspirent de l'art. 8 CEDH, de son esprit, de son équilibre et, en quelque sorte, de sa structure. Par exemple, dans les deux pays sous analyse, un clair parallèle peut être effectué entre les art. L1121-1 et L1321-3 du Code du travail et les art. 328 ss CO et l'art. 321d CO. L'équilibre à préserver entre les règles imposées par l'employeur et le respect des libertés, et plus particulièrement le respect de la personnalité du travailleur, est garanti par une application systématique de ces dispositions.

Le développement de l'informatique apparaît comme un vecteur d'amplification des revendications en matière de vie privée, au point que la jurisprudence mentionne expressément le respect de l'intimité de la vie privée en matière informatique. Les moyens tels que l'ordinateur, le téléphone portable, la géolocalisation et d'autres technologies font l'objet de réflexions nouvelles sur la vie privée des salariés. Des moyens de contrôle nouveaux et performants permettent à l'employeur d'être informé à chaque instant des faits et gestes du salarié et de gérer plus scientifiquement la force de travail. L'évolution des moyens de communication et des progrès de la science a multiplié les situations à risque: perquisitions de domicile et fouilles des véhicules, captation des communications, qu'elles soient écrites, téléphoniques ou informatiques, captation de l'image, constitution de fichiers informatiques interactifs, etc.

Le contrôle exercé doit se faire dans le respect du principe de proportionnalité. Dans la grande majorité des cas de jurisprudence traités, l'intérêt de l'employeur est pondéré avec celui du salarié. A chaque étape, un équilibre est recherché par les juges entre la discipline nécessaire à l'entreprise d'une part et les droits fondamentaux du travailleur d'autre part.

Enfin, la législation relative à la protection des données couvre une partie importante de la protection de la vie privée du salarié. Il s'agit d'un droit qui se développe pour lui-même mais qui est encore fréquemment rattaché à la vie privée. L'analyse comparative montre que le droit suisse contient plus de clauses générales que le droit français. Elles ont l'avantage d'être flexibles et de pouvoir être soumises à l'interprétation mais l'inconvénient de ne pas assurer une sécurité du droit absolue.

CHAPITRE II - Les autres composantes

Après l'analyse de la notion prédominante de l'art. 8 CEDH qu'est la vie privée, nous allons nous attarder aux autres composantes de cette disposition. Dans une première section, nous aborderons la vie familiale et le domicile et dans une deuxième section, nous accorderons une place à part à la notion de correspondance.

Section 1. - La vie familiale et le domicile

Les notions de vie familiale et de domicile sont étroitement liées car la vie familiale s'exerce le plus souvent au domicile et les situations découlant de ces notions peuvent se mêler.

«La différence entre le temps de travail et le temps réservé aux occupations familiales et privées se réduit alors que l'espace dans lequel s'exerce le travail s'agrandit. Du monde physique, nous sommes passés dans un monde virtuel dont les limites spatiales ne sont pas mesurables. Par ailleurs, le temps de travail et le temps libre sont déstructurés et empiètent régulièrement l'un sur l'autre pour finalement se confondre.»¹⁰⁸³

De plus en plus, le travail déborde sur la vie privée, familiale et s'invite au domicile. Ces univers ne sont plus étanches l'un vis-à-vis de l'autre et évidemment les nouvelles technologies ou techniques favorisent ce mélange.

A cela s'ajoute, l'exigence accrue de flexibilité qui touche tant les processus que les changements personnels. Les aménagements du travail et du temps de travail sont modifiés. Dans cette section, nous traiterons d'abord de la vie familiale puis du domicile.

§ 1. La vie familiale

La vie familiale est fréquemment opposée à la vie professionnelle. Nous analyserons tout d'abord la problématique de ce conflit (A.) pour ensuite présenter des mesures de conciliation (B.).

A. La problématique du conflit

Le droit à la vie familiale est une dimension essentielle du droit à la vie privée. Ce droit est considéré comme une condition indispensable de l'épanouissement de la personne humaine¹⁰⁸⁴. Or, les techniques nouvelles permettent aujourd'hui une

¹⁰⁸³ ROBERT Frédéric, *Le télétravail à domicile*, Larcier, Bruxelles 2005, p. 19.

¹⁰⁸⁴ LEBRETON, p. 324.

extension du travail intellectuel dans la sphère non professionnelle et particulièrement dans la vie familiale¹⁰⁸⁵. Cette extension peut être volontaire¹⁰⁸⁶ comme involontaire.

A priori, la vie familiale ne devrait pas être traitée dans un sujet de droit du travail. Or, de plus en plus, les deux domaines interagissent l'un sur l'autre. Cela s'intensifie depuis l'apparition des nouvelles technologies. Dès lors, il est devenu opportun d'analyser l'impact des technologies sur la vie familiale des salariés. La division vie professionnelle/vie familiale s'évanouit parfois totalement. L'évolution de l'informatique renforce évidemment cette impression puisqu'une certaine délocalisation du lieu et du temps de travail est facilitée par l'usage d'Internet¹⁰⁸⁷.

Certaines entreprises repoussent consciemment cette frontière entre vie professionnelle et vie familiale en organisant par exemple un restaurant ouvert à la famille et aux amis, une crèche, des soins et des services pour la famille, des horaires libres et d'autres actions afin que leurs employés se sentent comme à la maison. Ce système pousse très souvent les employés à travailler « jour et nuit » car tout se trouve sur place¹⁰⁸⁸. Certains auteurs appellent ce type d'entreprise, « entreprise maternante »¹⁰⁸⁹.

On parle dès lors souvent de conflit entre vie familiale et vie professionnelle. Les origines du problème sont diverses et liées tant à l'évolution des mœurs, qu'aux méthodes de travail ou aux technologies. Auparavant, une séparation stricte existait entre ce qui se passait à la maison et ce qui se passait sur le lieu de travail; de même une séparation existait entre les tâches et les rôles de l'homme et de la femme. L'augmentation de la pression sur les entreprises apparue avec la globalisation et la compétitivité croissante sont aussi des raisons supplémentaires à ce conflit, tout comme l'augmentation du temps passé entre le lieu de travail et la maison^{1090, 1091}.

Sur le plan international, le respect des responsabilités familiales sur le lieu de travail est consacré par la Convention n°156 de l'OIT sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales (1981)¹⁰⁹², complétée par une recommandation¹⁰⁹³. Cette convention se base sur le droit à la non-discrimination ou principe d'égalité des chances et de traitement et non sur celui de la vie privée¹⁰⁹⁴. Ce texte s'applique « aux travailleurs des deux sexes ayant des responsabilités à l'égard de leurs enfants à charge et d'autres membres de leur famille directe qui ont manifestement besoin de leurs soins

¹⁰⁸⁵ RAY, Temps professionnel, p. 62.

¹⁰⁸⁶ Par exemple, par le télétravail (voir chapitre II, section I, §2 B)

¹⁰⁸⁷ RAY Jean-Emmanuel, *Vies professionnelles et vies personnelles*, in : Dr. Soc. 2004, p. 7; voir également les explications de RAY sur la confusion des temps et des genres dans : RAY, Temps professionnel, p. 59 ss.

¹⁰⁸⁸ Un exemple bien connu en Suisse d'un tel modèle est l'entreprise Google à Zürich.

¹⁰⁸⁹ RAY, *Vies professionnelles*, p. 5 s.

¹⁰⁹⁰ Sur le temps de trajet, voir: RAY, Temps professionnel, p. 59 s; voir également: CASS. soc., 5 novembre 2003, Bull. 2003 V n° 275, p. 279.

¹⁰⁹¹ HEIN Catherine, *Reconciling work and family responsibilities: Practical ideas from global experience*, OIT, Genève 2005, p. 3 ss; DE VOS Dominique, *Entre travail et familles, les femmes*, in: Revue du travail (belge), Bruxelles 1991, p. 23 ss.

¹⁰⁹² Cette convention a été ratifiée par la France en 1989. La Suisse ne l'a pas ratifiée. A ce jour, 43 Etats membres ont ratifié cette convention.

¹⁰⁹³ Recommandation n°165 de l'OIT sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales (1981).

¹⁰⁹⁴ ALLEN / CRASNOW, p. 124; voir également l'étude d'ensemble de l'OIT sur le sujet: BIT, *Travailleurs ayant des responsabilités familiales*, Genève 1993.

ou de leur soutien »¹⁰⁹⁵. Les Etats qui ratifient cette convention doivent, au travers de leur politique nationale, « viser à permettre aux personnes ayant des responsabilités familiales qui occupent ou désirent occuper un emploi d'exercer leur droit de l'occuper ou de l'obtenir sans faire l'objet de discrimination et, dans la mesure du possible, sans conflit entre leurs responsabilités professionnelles et familiales »¹⁰⁹⁶.

Cet unique texte international ne traite pas des technologies et de leur effet sur l'équilibre entre vie familiale et vie professionnelle. Nous devons dès lors nous pencher sur le droit européen et sur les droits nationaux pour découvrir de quelle manière le conflit entre ces deux mondes est traité.

1. *En droit européen*

En droit européen, il existe des dispositions régissant la vie familiale et la vie professionnelle. On distingue le droit de Strasbourg de celui de Luxembourg.

a. *Le système de la CEDH*

L'art. 8 CEDH garantit le droit de « toute personne » au respect de « sa vie familiale ». Il ne s'agit pas d'un droit absolu. La notion de vie familiale est une notion souple et évolutive comme celle de vie privée; elle comprend le droit de la famille de vivre ensemble et le droit d'avoir des relations familiales. Elle s'étend au-delà des familles traditionnelles et peut être invoquée dans des situations variées¹⁰⁹⁷. Elle s'applique également aux couples non mariés ainsi qu'aux rapports entre proches parents¹⁰⁹⁸. La Cour ne fait pas de distinction entre la famille légitime et la famille naturelle. Le critère pertinent est celui de l'existence de liens personnels étroits entre les parties. La cohabitation est souvent le critère important de l'existence d'une vie familiale effective mais ce n'est pas le seul¹⁰⁹⁹.

Il existe, à ce jour, un seul arrêt mettant en relation vie familiale et vie professionnelle. Il s'agit de l'affaire d'une salariée d'un supermarché qui demandait une réduction de sa journée de travail, car elle avait la garde légale de son fils de moins de 6 ans¹¹⁰⁰.

b. *Le droit de l'Union européenne (art. 33 de la Charte DFUE)*

L'art. 33 de la Charte DFUE protège la vie familiale en relation avec la vie professionnelle¹¹⁰¹. Cet article concerne principalement le droit à un congé de maternité

¹⁰⁹⁵ BIT, *Travailleurs ayant des responsabilités familiales*, Etude d'ensemble, Genève 1993, p. 6.

¹⁰⁹⁶ Idem, p. 6-7.

¹⁰⁹⁷ COUSSIRAT-COUSTERE Vincent, *La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'Homme*, in: Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, Actes des Journées d'Etudes des 15 et 16 décembre 1994, L.G.D.J., Paris 1995, p. 46.

¹⁰⁹⁸ CourEDH, Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, req. n°6833/74, série A vol. 31.

¹⁰⁹⁹ CourEDH, Berrehab c. Pays-Bas, 21 juin 1988, req. n°10730/84, série A vol. 138; CourEDH, Boughanemi c. France, 24 avril 1996, req. n°22070/93, Rec. 1996-II, paragr. 35 ; CourEDH, Söderbäck c. Suède, 28 octobre 1998, req. n°24484/94, Rec. 1998-VII; CourEDH, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, req. n°9214/80, 9473/81 et 9474/81, série A vol. 94.

¹¹⁰⁰ CourEDH, Garcia Mateos c. Espagne, 19 février 2013, req. n°38285/09.

¹¹⁰¹ Art. 33 de la Charte DFUE, Vie familiale et vie professionnelle:

« 1. La protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social.

2. Afin de pouvoir concilier vie familiale et vie professionnelle, toute personne a le droit d'être protégée

payé et le congé parental suite à la naissance de l'enfant. Le droit d'avoir des relations familiales ne disparaît pas une fois sur son lieu de travail, puisque la protection de la vie familiale implique l'établissement des relations familiales mais aussi leur maintien. Le travail ne peut pas annihiler ces relations. L'Etat doit prendre les mesures nécessaires pour permettre aux citoyens de mener une vie familiale normale et effective. Un contrat de travail ne peut ainsi pas priver totalement la personne de son droit à la vie familiale.

L'Union européenne a tenté de traiter de la question du conflit vie familiale/vie professionnelle dans un certain nombre de formulations. Toutefois, les mesures spécifiques relatives à la législation familiale sont du ressort des Etats. L'UE s'est donc contentée d'encourager la réflexion et a insisté sur l'égalité et l'insertion des femmes dans le marché du travail.

2. *En droit français*

En France, plusieurs dispositions du droit social comportent l'élément famille : le congé maternité, le congé parental d'éducation, les congés pour événements familiaux, le congé de présence parentale et le congé de paternité¹¹⁰². Certaines dispositions visent à interdire toute discrimination en raison de la vie maritale du salarié¹¹⁰³ ou en cas de divorce¹¹⁰⁴. La situation maritale d'un salarié doit être prise en compte, notamment pour l'attribution des jours de congé¹¹⁰⁵; dans les cas de licenciements économiques¹¹⁰⁶, ainsi que dans les décisions de mobilité^{1107, 1108}.

En général, les normes légales du travail donnent une importance supérieure aux relations parents - enfants par rapport aux relations concernant le couple ou le cercle familial allant au-delà du foyer¹¹⁰⁹.

Enfin, en plus de la loi, le Conseil d'Etat a promu la notion de « vie familiale normale » au rang des libertés fondamentales en octobre 2001¹¹¹⁰. Sur le conflit à proprement parler entre vie familiale et vie professionnelle, il n'existe aucune référence en droit français.

3. *En droit suisse*

La Constitution fédérale a inscrit le droit à la famille et à la vie familiale au chapitre des droits fondamentaux. On retrouve l'expression de ces droits de la famille dans

contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité, ainsi que le droit à un congé de maternité payé et à un congé parental à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant. »

¹¹⁰² GARDIN Alexia, *La prise en compte de la vie familiale du salarié dans les normes légales et conventionnelles du travail*, in: Dr. soc. 2002, p. 855.

¹¹⁰³ Art. L1132-1 du Code du travail.

¹¹⁰⁴ CASS. soc., 12 juillet 2000, n°89-43.446; CASS. soc., 13 juin 2001, n°99-43.134.

¹¹⁰⁵ Art. L3141-14 du Code du travail.

¹¹⁰⁶ CASS. soc., 24 octobre 2001, n°99-42.534.

¹¹⁰⁷ CASS. soc., 14 décembre 2005, n°03-47.721, Bull. 2005 V n° 364 p. 323; CASS. soc., 12 mars 2002, n°99-46.034.

¹¹⁰⁸ DORANT Anne, *Le salarié, l'employeur et le conjoint*, in: Jurisprudence sociale Lamy n°192-1, 2006, p. 5.

¹¹⁰⁹ GARDIN, p. 856 s.

¹¹¹⁰ CE, 30 octobre 2001, n° 238211, Mme Nabih X; AJDA 2001, p. 1054 ; RAY, Vies professionnelles, p. 6.

plusieurs constitutions cantonales. Le droit à la famille et à la vie familiale est garanti par les art. 13 et 14 Cst.¹¹¹¹

En Suisse, on trouve un certain nombre de dispositions comportant l'élément famille. Par exemple, en fixant les heures de travail et de repos, l'employeur doit tenir compte des responsabilités familiales de ses employés¹¹¹². Les personnes ayant des responsabilités familiales bénéficient d'une protection spéciale. Il en est de même pour les femmes enceintes et les mères qui allaitent¹¹¹³.

Sur le conflit à proprement parler entre vie familiale et vie professionnelle, il n'existe aucune référence non plus en droit suisse.

B. *Les mesures de conciliation*

Au-delà des dispositions purement légales examinées ci-dessus, les Etats et surtout les entreprises ont développé des mesures de conciliation ou d'encouragement afin de réduire le conflit entre vie familiale et vie professionnelle. Les raisons économiques et sociales en faveur d'une réduction du conflit « travail/famille » sont nombreuses ; elles sont dans l'intérêt des gouvernements et des partenaires sociaux¹¹¹⁴. Des politiques publiques adaptées peuvent être mises en place¹¹¹⁵, tout comme des actions concrètes au niveau des entreprises.

Ces dernières années, le concept d'entreprise « *family-friendly* »¹¹¹⁶ a été développé. Le patron d'une telle entreprise reconnaît les responsabilités familiales des employés et accepte que ces responsabilités puissent avoir un impact sur le travailleur. Ce concept permet de réconcilier le travail et les responsabilités familiales et engendre des avantages, tant pour le personnel, que pour les employeurs¹¹¹⁷.

*« A family-friendly workplace is one where employees feel that they are supported in meeting both their work commitments and their family responsibilities. It is one where the employer accepts that family responsibilities will have an impact on employees' working lives and is prepared to accommodate these responsibilities wherever possible. »*¹¹¹⁸

¹¹¹¹ MOIX Paul-Henri, *Le droit fondamental à la famille et à la vie familiale*, in: RVJ 2001, p. 335-353.

¹¹¹² Art. 36 LTr ; cette disposition prévoit également les congés familiaux.

¹¹¹³ Art. 35 et ss. LTr et art. 60 et ss. OLT 1.

¹¹¹⁴ Cf. notamment l'étude suisse du SECO réalisée par la firme bâloise PROGNOSES, *Betriebswirtschaftliche Kosten-Nutzen-Analyse familienfreundlicher Unternehmenspolitik*, in: (www.prognos.ch), p. <http://www.prognos.ch/data/d/news/1130764920.pdf>, (consulté le 31.10.05); OCDE, *Bébés et employeurs – Comment réconcilier travail et vie de famille*, 4 volumes, 2002-2005 (www.oecd.org). Sur la base des travaux de l'OCDE, une analyse comparée a été produite. Pour la France, voir: ADEMA Willem / THÉVENON Olivier, *Les politiques de conciliation du travail et de la vie familiale en France au regard des pays de l'OCDE*, in: Recherches et prévisions n°93, 2008, p. 51-72..

¹¹¹⁵ Voir par exemple les recommandations faites dans le rapport suivant: PÉCRESSE Valérie, *Mieux articuler vie familiale et vie professionnelle*, Rapport présenté au Premier ministre, 2007, p. http://www.administrationmoderne.com/pdf/management/ressources/pecresse_vie_familleprof_2007.pdf.

¹¹¹⁶ ILO, *The “ family-friendly ” workplace*, in: (www.ilo.org) p. <http://www.ilo.org/public/english/protection/condtrav/pdf/infosheets/wf-3.pdf>, (consulté le 29.07.05).

¹¹¹⁷ Idem.

¹¹¹⁸ New South Wales, Department of Industrial Relations, 2003a, p. 3 (cf. HEIN, p. 61)

Faciliter l'équilibre entre la vie de famille et la vie professionnelle peut bénéficier aux entreprises elles-mêmes. Certaines l'ont bien compris¹¹¹⁹. L'introduction de quelques mesures peut réduire l'absentéisme et améliorer la productivité des employés. Cela peut aussi réduire le turn-over du personnel.¹¹²⁰

De cette manière, on crée des situations gagnant-gagnant. Les avantages pour l'employé sont: moins de stress, un meilleur environnement de travail, une meilleure satisfaction au travail. Les avantages pour l'employeur sont: attirer un plus large spectre de candidats, réduire le turn-over, réduire l'absentéisme, améliorer la productivité et la compétitivité.¹¹²¹

Les mesures sont souvent de deux ordres¹¹²²:

- mieux adapter les conditions de travail aux intérêts et aux responsabilités familiales (ex. horaires de travail);
- fournir des avantages, des informations ou de la formation pour faciliter l'engagement familial des employés (ex. crèches).

Un certain nombre de grandes entreprises englobent toutes ces actions sous le terme de *Work-Life-Balance*¹¹²³. Des mesures d'accompagnement aux entreprises ont été développées, soit via des bureaux de conseil¹¹²⁴, soit via des encouragements étatiques¹¹²⁵. En Suisse, les partenaires sociaux se sont aussi impliqués dans cette question. Par exemple, on peut citer l'action du syndicat Travail Suisse qui a créé un prix annuel intitulé *Work Life Balance*. Ce thème très en vogue dans les chartes des entreprises a tout de même tendance à rester théorique. Le passage à la pratique n'est pas toujours facile. On peut constater très souvent, notamment pour les emplois publics, que les annonces d'emploi proposent le télétravail ou le temps partiel mais une fois l'entretien arrivé, cette solution disparaît. L'équilibre vie familiale/vie professionnelle n'est pas encore dans tous les esprits des managers.

¹¹¹⁹ Elles offrent parfois des services pour décharger les collaborateurs de tâches qui pourraient les distraire du travail (par ex. services de coiffure à domicile ou sur le lieu de travail); cf. Journal Entreprise Romande n°3004 du 12.12.2008.

¹¹²⁰ HEIN, p. 62 s.

¹¹²¹ ILO, *The “ family- friendly” workplace*, in: (www.ilo.org), p. <http://www.ilo.org/public/english/protection/condtrav/pdf/infosheets/wf-3.pdf>, (consulté le 29.07.05).

¹¹²² HEIN, p. 66.

¹¹²³ Par ex. Novartis (<http://www.novartis.ch/fr/careers/working-at-novartis/worklife.shtml>); Syngenta (<http://www.syngenta.com/country/ch/fr/Karriere/Berufserfahrene/Pages/Work-Life-Balance.aspx>). La plupart des entreprises d'informatique et de communication ont une politique et une pratique de *work-life balance* (ex. Microsoft, les entreprises de télécommunications etc.).

¹¹²⁴ Par. ex.: Familienmanagement GmbH (conseil, audit et certification, <http://www.familienmanagement.ch>). Pour une vue générale de la problématique: BISCHOF-JÄGGI Franziska, *Match! Warum Work-Life-Balance Erfolg bringt*, A&O des Wissens, Zürich 2005.

¹¹²⁵ La Confédération helvétique promeut l'équilibre famille/vie professionnelle par un grand nombre de mesures (crèches, soutien à la garde des enfants, horaires flexibles, télétravail, travail à temps partiel, etc.). Voir notamment <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/02021/04611/index.html?lang=fr>. En 2009, les départements de l'économie et de l'intérieur ont créé une plateforme d'information « Conciliation travail famille »; autre exemple : l'OFCOM a un label Famille et Profession.

§ 2. *Le domicile*

Dans un premier temps, la notion générale de domicile sera présentée (A.). Dans un deuxième temps, nous attacherons une importance particulière au télétravail (B.), cette forme de travail à domicile qui a été grandement facilitée par l'usage des technologies.

A. *La notion en général*

Le respect du domicile est un droit fondamental « *universel* » (article 12 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme), protégé dans l'ensemble des pays membres du Conseil de l'Europe (article 8 CEDH).

« Le domicile n'est pas seulement la forteresse de l'individu, mais il constitue plus profondément le prolongement de la personne elle-même, sans lequel aucune vie privée n'est réellement possible. »¹¹²⁶

Une nouvelle fois, nous aborderons la notion en droit européen (1.) puis en droit national (2. et 3.).

1. *En droit européen*

La notion de domicile comprend tout endroit où une personne mène sa vie privée¹¹²⁷ ; et de manière plus large, tout cadre de vie peut constituer un domicile¹¹²⁸. L'art. 8 CEDH protège le domicile contre des intrusions arbitraires. La CEDH a étendu la notion de domicile à des locaux à usage professionnel dans son arrêt NIEMIETZ¹¹²⁹. Elle a estimé qu'il est possible de mener de chez soi des activités liées à une profession, et de son bureau des activités d'ordre personnel¹¹³⁰. Il serait ainsi malaisé d'établir des distinctions trop strictes.

L'arrêt NIEMIETZ confirme un arrêt antérieur, l'arrêt CHAPPELL¹¹³¹. Il y a ingérence dans le droit au domicile « lorsqu'une perquisition est effectuée au domicile d'une personne physique se trouvant simultanément être le bureau d'une société contrôlée par elle »¹¹³². Cette jurisprudence et le respect du domicile consacré par l'article 8 CEDH ont eu un impact sur la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et plus particulièrement sur l'application de l'article 8 CEDH aux locaux commerciaux. Dans son arrêt HOECHST de 1989, la CJCE déclarait que l'article 8 CEDH ne s'appliquait pas aux locaux commerciaux puisqu'il concerne le domaine d'épanouissement de la liberté personnelle de l'homme et qu'il ne saurait donc être

¹¹²⁶ LEBRETON, p. 312.

¹¹²⁷ MOCK, p. 243.

¹¹²⁸ KILKELLY, p. 19.

¹¹²⁹ CourEDH, Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, req. n°13710/88, série A vol. 251-B.

¹¹³⁰ CourEDH, Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, req. n°13710/88, série A vol. 251-B, paragr. 31; cette jurisprudence a été confirmée par: CourEDH, Buck c. Allemagne, 28 avril 2005, req. n°41604/98, Rec.2005-IV; voir également FELDMAN David, *The Developing Scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in: EHRLR Issue 3, Sweet & Maxwell Ltd, 1997, p. 266.

¹¹³¹ CourEDH, Chappell c. Royaume-Uni, 30 mars 1989, req. n°10461/8, série A vol. 152-A.

¹¹³² SUDRE / MARGUÉNAUD / ANDRIANTSIMBAZOVINA / GOUTTENNOIE / LEVINET, p. 534.

étendu aux locaux commerciaux¹¹³³. Toutefois, suite à l'arrêt NIEMIETZ, la CJCE a opéré un revirement de jurisprudence en accordant une protection plus étendue aux locaux des personnes morales¹¹³⁴. L'arrêt ROQUETTES FRERES SA fait référence à une jurisprudence plus récente de la CEDH, celle de l'arrêt SOCIETE COLAS EST ET AUTRES. Dans ce dernier arrêt, la Cour « considère qu'il est temps de reconnaître, dans certaines circonstances, que les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels »¹¹³⁵.

Par conséquent, dans l'ensemble de la jurisprudence européenne, de Strasbourg à Luxembourg, les Cours s'accordent pour protéger les locaux professionnels au même titre que le domicile.

2. *En droit français*

En France, le droit au respect du domicile est protégé par l'art. 9 CCfr. et illustré par l'arrêt ABRAM¹¹³⁶. On pourrait même plutôt dire que cet arrêt pose l'affirmation du droit au respect de la vie privée au domicile du salarié. Le principe qu'énonce cette jurisprudence est le suivant: « le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail »¹¹³⁷. Ainsi, l'employeur ne peut pas, de manière unilatérale, imposer à son employé de travailler à domicile.

Un autre aspect du respect du domicile est celui du **libre choix du domicile de l'employé**. La jurisprudence française, par son arrêt SPILEERS, a décidé que, selon l'article 8 CEDH, « toute personne a droit au respect de son domicile et le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit ; dès lors, une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché »¹¹³⁸. La Cour de Cassation vérifie les intérêts légitimes en jeu; ce qui permet de mettre en balance les restrictions apportées aux droits et libertés individuelles des salariés et l'exigence du bon fonctionnement de l'entreprise. Elle est tout de même « très sévère à l'égard des clauses portant atteinte au domicile personnel du salarié »¹¹³⁹.

La Cour distingue les clauses de mobilité de la limitation du choix de la résidence¹¹⁴⁰. « La clause de mobilité concerne la vie professionnelle du salarié mais, sans les viser expressément, elle peut retentir sur son domicile ou sa résidence. »¹¹⁴¹ En principe, la

¹¹³³ CJCE, Hoechst AG c. Commission des Communautés européennes, 21 septembre 1989, aff. jointes C-46/87 et C-227/88, Rec. 1989, p. 02859, paragr. 18.

¹¹³⁴ CJCE, Roquette Frères SA c. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, en présence de la Commission des Communautés européennes, 22 octobre 2002, aff. C-94/00, Rec. 2002, p. I-09011.

¹¹³⁵ CourEDH, Société Colas Est et autres c. France, 16 juillet 2002, Rec. 2002-III, paragr. 41.

¹¹³⁶ CASS. soc., 2 octobre 2001, n°99-42.727, Bull. 2001 V n° 292, p. 234.

¹¹³⁷ Idem.

¹¹³⁸ CASS. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, Bull. 1999, V n° 7 p. 4.

¹¹³⁹ PROBST, p. 1111.

¹¹⁴⁰ BONNIN Vincent, *Clause de mobilité et résidence du salarié*, in: RDT 2007, p. 449-450.

¹¹⁴¹ BONNIN, p. 449.

clause de mobilité est un élément du contrat de travail. Par contre, l'obligation de résidence vise un droit fondamental.

3. *En droit suisse*

La protection du droit au domicile est garantie par l'art. 13 Cst. Le domicile est protégé contre les interventions étatiques. « Il s'étend à tout espace privé que l'individu occupe pour y vivre ou y travailler. »¹¹⁴² En Suisse, plusieurs arrêts traitent de **l'obligation de domicile des fonctionnaires**¹¹⁴³. « La jurisprudence admet que l'intérêt public à l'obligation de résidence d'un fonctionnaire n'existe pas seulement lorsque la nature du service l'exige, mais aussi en raison des liens qui peuvent se créer entre le fonctionnaire et la population, liens qui sont mieux garantis lorsque l'intéressé habite au sein de la collectivité de l'employeur de droit public. Tel est le cas pour les enseignants¹¹⁴⁴ et pour les fonctionnaires de police. »¹¹⁴⁵ Comme en droit français, le principe de proportionnalité doit être respecté. Dans chaque cas, une pesée des intérêts publics et privés opposés doit être effectuée¹¹⁴⁶. Ainsi, dans les cas où l'intérêt public est faible, l'intérêt privé du fonctionnaire peut être supérieur, comme pour un gardien de prison¹¹⁴⁷ ou un professeur d'université¹¹⁴⁸, par exemple.

B. Le cas particulier du télétravail

Comme évoqué précédemment, la disparition des frontières claires relatives au temps et à l'espace de travail, a permis de concevoir de nouvelles organisations de travail, dont le télétravail. Le télétravail est étroitement lié au domicile même si aujourd'hui, il peut être pratiqué n'importe où, dans les transports publics, dans une chambre d'hôtel ou en pleine nature. Le lieu n'a plus d'importance, surtout depuis la croissance des accès WiFi. Les notions de télétravail et de travail à domicile sont donc à distinguer¹¹⁴⁹.

Les technologies ont permis de pratiquer ces modes de travail n'importe où et n'importe quand. Il s'agit donc plutôt de parler de travail effectué hors des locaux de l'entreprise que de travail à domicile puisque le télétravail couvre aujourd'hui un large éventail de réalités. Nous définissons le télétravail comme **une activité où le salarié fait un usage professionnel intensif de l'informatique, à l'extérieur de son entreprise.**

En effet, comme le relève très bien ROBERT dans son ouvrage dédié au télétravail, il est utile de revenir à l'origine étymologique du mot: télé/travail:

¹¹⁴² GRISEL Etienne, *Droits fondamentaux*, Stämpfli, Berne 2008, p. 77; voir également GRABENWARTER Christoph / PABEL Katharina, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5ème édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2012, p. 239 s.

¹¹⁴³ ATF 111 Ia 214; ATF 115 Ia 207; ATF 116 Ia 382; ATF 118 Ia 410.

¹¹⁴⁴ ATF 115 Ia 207.

¹¹⁴⁵ ATF 118 Ia 410 consid. 2.

¹¹⁴⁶ ATF 116 Ia 382 consid. 4a.

¹¹⁴⁷ ATF 116 Ia 382.

¹¹⁴⁸ ATF 111 Ia 214.

¹¹⁴⁹ ROBERT Frédéric, *Le télétravail à domicile*, Larcier, Bruxelles 2005, p. 11 s; voir également: NEVENS Koen, *Home Work, Telework and the Regulation of Working Time: A Tale of (Partially) Similar Regulatory Needs, in Spite of Historically Rooted Conceptual Divergence*, in: *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 26, n°2, 2010, p. 199 ss.

« La notion de télétravail n'est, en effet, que le résultat de la contraction des mots "télécommunication" et "travail". Cette forme de travail s'exécute essentiellement au moyen des nouvelles techniques et technologies informatiques et de télécommunication que sont notamment, l'ordinateur, l'Internet et la boîte aux lettres électronique. Ces nouvelles technologies occupent évidemment un rôle central et constituent l'élément caractéristique et essentiel de la notion de télétravail. »¹¹⁵⁰

ROBERT insiste beaucoup sur la flexibilité du temps et du lieu de travail comme caractéristique principale¹¹⁵¹. Il peut s'agir d'un vrai mode de vie permettant d'allier vie familiale et vie professionnelle mais aussi d'éviter des trajets parfois longs entre le lieu de travail et le domicile. Ce mode d'organisation peut, dans un certain nombre de cas, permettre de concilier parfaitement les intérêts des employeurs et ceux des salariés:

« Telework is indeed being acclaimed for its ability to reconcile work and social life, for the increased autonomy it brings to the worker and for the organizational flexibility it can offer to companies. »¹¹⁵²

Selon une étude récente du BIT¹¹⁵³, les télétravailleurs seraient 35 à 40 pour cent plus productifs. Il existerait donc de solides arguments économiques pour favoriser le télétravail. De plus, l'absentéisme se voit réduit de 63 pour cent en moyenne, ce qui est très significatif. Les technologies facilitent ce mode de travail et le rendent plus efficace. Aujourd'hui, les moyens tels que la vidéoconférence, la messagerie instantanée ou le téléphone permettent d'atteindre une bonne performance, même loin du bureau traditionnel.

Cette forme de travail représente un défi pour le droit du travail mais aussi pour le partenariat social¹¹⁵⁴. Nous analyserons comment ce défi est traité en droit européen (1.) puis dans les droits nationaux (2.).

1. En droit européen

La question du télétravail en Europe a été intensivement traitée et gérée par les partenaires sociaux. Elle a fait l'objet du premier accord-cadre européen autonome. Cet accord-cadre européen du 16 juillet 2002 sur le télétravail¹¹⁵⁵ (ci-après: accord-cadre sur le télétravail) est apparu comme une étape historique dans le partenariat social européen.

¹¹⁵⁰ ROBERT, p. 25.

¹¹⁵¹ Idem, p. 30.

¹¹⁵² NEVENS, p. 195.

¹¹⁵³ MESSENGER Jon / ADDATI Laura, *Les atouts du travail à distance*, BIT, Genève 2013, voir communiqué de presse p. http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/comment-analysis/WCMS_208111/lang--fr/index.htm, (consulté le 31.08.2013).

¹¹⁵⁴ DERRER BALLADORE Ruth, *La flexibilisation du travail: un défi pour le droit et le partenariat social*, in: *Employeur Suisse* n°7, 2008, p. 48.

¹¹⁵⁵ Cet accord a été signé par les partenaires sociaux européens : CES (Confédération Européenne des Syndicats de salariés), UNICE (aujourd'hui BUSINESSEUROPE) et UEAPME (Union des Confédérations de l'Industrie et des Employeurs d'Europe), CEEP (Centre Européen des Entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général). Il liste les droits et obligations de l'employeur et du salarié.

L'accord-cadre sur le télétravail doit être mis en œuvre par les parties signataires, c'est-à-dire, les partenaires sociaux et non par une législation européenne de type directive. L'Union européenne a favorisé la négociation collective via les accords-cadres, « plutôt que d'édicter des normes contraignantes »¹¹⁵⁶. Les partenaires sociaux assument ainsi une plus grande responsabilité dans l'implémentation via leurs affiliés nationaux¹¹⁵⁷. Ils trouvent également chacun leur intérêt à négocier une telle forme de travail. Pour les travailleurs, les avantages résident dans la diminution des trajets entre le domicile et le lieu de travail, le gain de flexibilité du temps de travail et le fait d'avoir un lieu de travail tranquille¹¹⁵⁸. Pour les employeurs, le télétravail permet de réduire les coûts, d'améliorer la productivité et la créativité et de flexibiliser l'organisation du travail¹¹⁵⁹.

L'accord-cadre sur le télétravail définit le télétravail comme étant toute « forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information, dans le cadre d'un contrat ou d'une relation d'emploi, 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 »¹¹⁶⁰. Cette définition dépasse ainsi le simple travail effectué à domicile puisqu'il parle de travail effectué hors des locaux de l'entreprise¹¹⁶¹. Il s'agit d'une définition large du télétravail.

Cet accord-cadre sur le télétravail précise à son article 3 que le télétravail est volontaire¹¹⁶². Cet aspect est important tant du point de vue de la vie privée que du point de vue du respect de l'autonomie des parties. Un principe d'égalité de traitement s'applique également au télétravailleur et notamment en ce qui concerne le temps de travail et les temps de repos¹¹⁶³. En effet, même si le télétravail permet une plus grande flexibilité et une autonomie dans l'organisation du travail, ces deux possibilités doivent s'exercer dans les limites de « la législation, des conventions collectives et règles d'entreprise applicables »¹¹⁶⁴.

Au-delà des principes qui définissent ou caractérisent le télétravail, l'accord-cadre sur le télétravail contient des dispositions relatives à la vie privée et à la protection des

¹¹⁵⁶ DE BENALCAZAR, p. 57; cet accord-cadre sur le télétravail est établi sur la base de l'art. 139 TUE.

¹¹⁵⁷ RAMOS MARTIN Nuria / VISSER Jelle, *A More Autonomous European Social Dialogue: The Implementation of the Framework Agreement on Telework*, in: *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 24/4, 2008, p. 512.

¹¹⁵⁸ RAMOS MARTIN / VISSER, p. 514.

¹¹⁵⁹ *Idem*, p. 515.

¹¹⁶⁰ Art. 2 de l'accord-cadre sur le télétravail.

¹¹⁶¹ CONTRA: ROBERT, p. 29 s.

¹¹⁶² Art. 3 de l'accord-cadre sur le télétravail:

« Le télétravail est volontaire pour le travailleur et l'employeur concernés. Le télétravail peut faire partie du descriptif initial du poste du travailleur, ou on peut s'y engager volontairement par la suite. »

¹¹⁶³ Art. 4 de l'accord-cadre sur le télétravail:

« En ce qui concerne les conditions d'emploi, les télétravailleurs bénéficient des mêmes droits, garantis par la législation et les conventions collectives applicables, que les travailleurs comparables dans les locaux de l'entreprise. Cependant, pour tenir compte des particularités du télétravail, des accords spécifiques complémentaires collectifs et/ou individuels peuvent être nécessaires. »

¹¹⁶⁴ Art. 9 de l'accord-cadre sur le télétravail. Voir également NEVENS, p. 215 et RAMOS MARTIN / VISSER, p. 536.

données. Tout d'abord, l'article 5 de l'accord¹¹⁶⁵ prévoit des restrictions à la vie privée afin de pouvoir protéger les données de l'entreprise. Toutefois, ces restrictions doivent principalement respecter une condition: l'information préalable du travailleur. Ce devoir d'information ne donne pas le droit à l'employeur d'intervenir dans n'importe quelle circonstance. L'art. 6 de l'accord¹¹⁶⁶ précise que tout moyen de surveillance doit respecter le « sacro-saint » principe de la proportionnalité. Cette disposition fait référence à une directive de 1990. L'annexe de cette directive souligne « qu'aucun dispositif de contrôle quantitatif ou qualitatif ne peut être utilisé à l'insu des travailleurs ». Cette remarque est importante car l'accord lui-même ne prévoit pas de consentement du travailleur en cas d'installation d'un système de surveillance.

2. *En droit français*

Le Code du travail ne connaît pas la notion de télétravail mais celle de travail à domicile¹¹⁶⁷ ou de travail indépendant¹¹⁶⁸. Depuis une vingtaine d'années, ce sujet intéresse les gouvernements successifs. Le nombre de rapports ministériels sur la question en est la preuve¹¹⁶⁹. Un des premiers rapports insistait sur trois éléments qui se trouvent être encore pertinents aujourd'hui: la distance, l'absence de surveillance physique du donneur d'ordre et l'utilisation d'outil informatique ou de télécommunication pour effectuer la prestation¹¹⁷⁰. En 2004, le Ministère de l'emploi publiait des statistiques qui montraient que 2 % des salariés pratiquaient le télétravail à domicile et 5 % le télétravail nomade¹¹⁷¹. Ces statistiques montrent également que la majorité des « télétravailleurs » sont des cadres. Ces chiffres ne sont pas très élevés¹¹⁷². Toutefois, selon un ouvrage publié en 2010, le télétravail trouverait plus d'adeptes ces dernières années¹¹⁷³.

¹¹⁶⁵ Art. 5 de l'accord-cadre sur le télétravail:

« Il incombe à l'employeur de prendre les mesures qui s'imposent, notamment d'ordre logiciel, pour assurer la protection des données utilisées et traitées par le télétravailleur à des fins professionnelles. L'employeur informe le télétravailleur de toutes législations et règles de l'entreprise pertinentes pour la protection des données.

Il incombe au télétravailleur de se conformer à ces règles.

L'employeur informe le télétravailleur, en particulier:

- de toute restriction à l'usage des équipements ou outils informatiques comme l'Internet;
- des sanctions en cas de non-respect. »

¹¹⁶⁶ Art. 6 de l'accord-cadre sur le télétravail:

« L'employeur respecte la vie privée du télétravailleur. Si un moyen de surveillance est mis en place, il doit être proportionné à l'objectif et introduit conformément à la directive 90/270 relative aux écrans de visualisation. »

¹¹⁶⁷ Anc. art. L. 721-1 ss. Voir CASS. soc., 26 mai 2010, n°05-44939.

¹¹⁶⁸ Anc. art. L. 120-3; voir sur ces deux notions: DE BENALCAZAR, p. 54 ss.

¹¹⁶⁹ Ces rapports ne sont pas tous utiles ou novateurs.

¹¹⁷⁰ BRETON Thierry, *Le télétravail en France*, Rapport aux ministres des Entreprises, de l'Intérieur, et de l'Aménagement du Territoire, Documentation française, Paris 1994.

¹¹⁷¹ Ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, Direction de l'animation de la recherche des études et des statistiques (DARES), Premières informations et premières synthèses, in: p. http://www.travail-emploi-sante.gouv.fr/IMG/pdf/publication_pips_200412_n-51-3_teletravail-en-france.pdf, (consulté le 31.08.2013).

¹¹⁷² En comparaison avec les autres pays de l'OCDE, la France est à la traîne dans ce domaine; cf. FERHENBACH / GRANEL / DUFORT / KLEIN / LOYER, *Le développement du télétravail dans la société de demain*, Rapport au Premier ministre, Centre d'analyse stratégique, Paris 2009.

¹¹⁷³ MOREL A L'HUISSIER Pierre / TURBE-SUETENS Nicole, *Le télétravail en France*, Pearson, Paris 2010. Les

La jurisprudence a quant à elle traité du télétravail. L'arrêt ABRAM¹¹⁷⁴ cité plus haut montre la fermeté avec laquelle « la Cour de Cassation a souhaité édicter une règle de principe, posant un jalon essentiel dans la construction du régime juridique du télétravail salarié, à savoir que le passage du travail dans les locaux au télétravail à domicile constitue nécessairement une modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié »¹¹⁷⁵. Le caractère volontaire du travail à domicile est affirmé par cette jurisprudence. De plus, la Cour s'est placée sur le terrain de la vie privée (art. 9 du Code civil et anc. art. L. 120-2 du Code du travail) et non pas sur celui de la modification du contrat de travail¹¹⁷⁶.

En 2005, les partenaires sociaux français¹¹⁷⁷ ont, pour la première fois dans l'histoire du droit du travail français, transcrit un accord européen par le biais d'un accord collectif¹¹⁷⁸. L'accord du 19 juillet 2005 sur le télétravail salarié (ci-après: ANI) reconnaît dans son préambule que « le télétravail peut revêtir différentes formes (télétravail à domicile, télétravail nomade,...) et répondre à des objectifs variés tant pour les entreprises que pour les salariés (conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle, modernisation de l'organisation du travail, organisation spécifique...) »¹¹⁷⁹. L'ANI est applicable de plein droit à la plupart des entreprises françaises puisqu'il a été étendu et rendu obligatoire. En France, l'ANI peut aussi être transposé à des niveaux inférieurs de négociation ou au niveau des entreprises elles-mêmes¹¹⁸⁰. La définition du télétravail y est identique à celle de l'accord-cadre européen. L'accord national y ajoute quelques précisions et assure des droits égaux aux télétravailleurs¹¹⁸¹. C'est le même cas pour les autres dispositions importantes (par exemple, celle sur l'équipement).

L'accord national est plus précis¹¹⁸² et plus protecteur que l'accord européen. Plus protecteur, notamment en ce qui concerne **la vie privée et la protection des données**¹¹⁸³. L'ANI s'inspire et se réfère à la CNIL et accorde une attention spéciale aux

auteurs expliquent notamment l'évolution des moyens technologiques à disposition, le dernier en date très utilisé étant le téléphone portable, mini-ordinateur et connecté 24h/24h. Cet ouvrage fait suite à un rapport du député Pierre MOREL A L'HUISSIER remis au Premier ministre en 2006 intitulé: « Du télétravail au travail mobile, un enjeu de modernisation de l'économie française ».

¹¹⁷⁴ CASS. soc., 2 octobre 2001, n°99-42.727, Bull. 2001 V n° 292, p. 234.

¹¹⁷⁵ ALIX Pascal, *Le télétravail à domicile n'est pas un travail à distance comme un autre*, in: (www.net-iris.com), p. <http://www.net-iris.com/veille-juridique/doctrine.php?document=330> (article du 9 janvier 2002), (consulté le 29.07.05).

¹¹⁷⁶ PROBST Audrey, *Télétravail au domicile, Confusion des lieux et distinction des temps*, in: Dr. Soc. , 2006, p. 1111.

¹¹⁷⁷ MEDEF, CGPME, UPA, CFTD, CFE-CGC, CFTC, CGT-FO et CGT.

¹¹⁷⁸ Accord National Interprofessionnel du 19 juillet 2005 sur le télétravail salarié (ANI). Cet accord a été étendu par un arrêté ministériel du 15.06.2006; JO du 24.06.2006, p. 9555: « Sont rendues obligatoires, pour tous les employeurs et tous les salariés compris dans son champ d'application, les dispositions de l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 relatif au télétravail. »

¹¹⁷⁹ Préambule de l'ANI.

¹¹⁸⁰ Par exemple, Renault a établi un accord qui va au-delà de l'accord national. L'idée est de promouvoir le télétravail et de rendre plus attractif.

¹¹⁸¹ RAY Jean-Emmanuel / ROJOT Jacques, *France*, in: BLANPAIN R. (éd), *European Framework Agreements and Telework: Law and Practice, a European and Comparative Study*, Kluwer Law International, La Haye, 2007, p. 157-169.

¹¹⁸² Articles 1 à 4 de l'ANI.

¹¹⁸³ Articles 5 et 6 de l'ANI.

horaires et au rôle des représentants du personnel (art. 6 ANI¹¹⁸⁴). Certains travailleurs tiennent à garder une frontière bien définie entre vie privée et vie professionnelle ou entre temps de travail et repos. Ainsi, la protection de la vie privée joue un rôle fondamental si l'on veut développer le télétravail. D'ailleurs, l'ANI prévoit, à son art. 6, de fixer les horaires de disponibilité avec son employeur. Dans le même ordre d'idée, un auteur a développé le « droit à la déconnexion »¹¹⁸⁵. Ce droit est important lorsque le salarié est en télétravail. Il s'applique même au-delà du télétravail pour préserver les employés continuellement en contact avec leur travail.

Selon un rapport de 2006¹¹⁸⁶, un élément décisif du télétravail serait le **contrôle**. Cet aspect peu ou pas assez réglementé dans l'accord européen est détaillé dans l'ANI. D'un côté, les employeurs craignent que les salariés soient tentés de travailler moins ou moins bien. De l'autre, les travailleurs appréhendent un contrôle étroit de la part de l'entreprise¹¹⁸⁷. L'art. 6 de l'ANI prévoit que tout moyen de surveillance doit respecter le principe de proportionnalité et que le travailleur doit en être informé. De plus, le comité d'entreprise doit être consulté au préalable.

Sur la base de cet accord national et des différents rapports commandés par le gouvernement, une **proposition de loi** a été faite par un groupe de députés en 2008. Elle prévoyait notamment la consultation des représentants du personnel lors du recours au télétravail et la promotion du télétravail. Cette proposition de loi ne tenait pas correctement compte des recommandations faites dans les rapports officiels précédents. De plus, il est légitime de se demander à quoi servirait une loi sur le télétravail, alors qu'un accord collectif existe. Etant donné que la mise en œuvre d'une telle organisation du travail est entre les mains des partenaires sociaux, un accord collectif vaut mieux qu'une loi. Le problème réside plus dans l'évolution des mentalités du management que dans la législation.

La proposition de loi (texte n° 298 adopté par l'Assemblée nationale le 9 juin 2009), qui n'aboutira probablement jamais, n'amène pas d'élément supplémentaire par rapport à l'ANI; si ce n'est l'aspect promotionnel et l'inscription dans le Code du travail du terme « télétravail ». Mais la loi n'est sûrement pas le bon instrument pour répandre un modèle d'organisation. Pour développer cette nouvelle activité, l'implication des partenaires sociaux (notamment via des accords de branche ou des accords d'entreprise)¹¹⁸⁸ ainsi que le déblocage des mentalités et des structures est important.

¹¹⁸⁴ Article 6 de l'ANI – Vie privée:

« 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. Si un moyen de surveillance est mis en place, il doit être pertinent et proportionné à l'objectif poursuivi et le télétravailleur doit en être informé. La mise en place, par l'employeur, de tels moyens doit faire l'objet d'une information et d'une consultation préalable du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel dans les entreprises qui en sont dotées. »

¹¹⁸⁵ RAY, Temps professionnel, p. 59.

¹¹⁸⁶ MOREL A L'HUISSIER Pierre, *Du télétravail au travail mobile, un enjeu de modernisation de l'économie française*, Rapport au Premier ministre, Paris 2006.

¹¹⁸⁷ *Télétravail: état des lieux et propositions*, in: Semaine sociale Lamy n°1285, 2006, p. 4.

¹¹⁸⁸ Cf. *Télétravail: état des lieux et propositions*, in: Semaine sociale Lamy n°1285, 2006, p. 4.

3. *En droit suisse*

Le droit suisse ne connaît pas la notion de télétravail mais celle de travail à domicile (art. 351 ss CO) régi par un contrat spécifique¹¹⁸⁹. La plupart des administrations publiques connaissent toutefois la notion de télétravail.

Selon l'Union patronale suisse, 65% des personnes actives « bénéficient d'horaires mobiles ou à temps partiel »¹¹⁹⁰. Il faut cependant reconnaître que certaines activités professionnelles impliquent obligatoirement des horaires fixes ainsi qu'une activité sur un lieu bien défini. Le télétravail ne peut ainsi être exercé que pour une partie déterminée de travailleurs mais il « se pratique toujours plus et de façon la plus naturelle du monde »¹¹⁹¹. Toutefois, selon les chiffres officiels, le télétravail est une opportunité peu exploitée en Suisse¹¹⁹².

En matière de promotion, la Suisse organise depuis 2010 un jour dédié au télétravail et au travail à domicile, appelé Home Office Day¹¹⁹³. Selon un baromètre de ressources humaines datant de 2010¹¹⁹⁴, sur 1400 personnes interrogées, 23% travaillaient à distance mais deux tiers ont émis vouloir le faire¹¹⁹⁵.

En 2011, une initiative parlementaire a été déposée afin de réglementer le télétravail en Suisse¹¹⁹⁶. L'objectif de cette initiative était d'inscrire le télétravail dans le droit du travail suisse, de le promouvoir et de mieux protéger les télétravailleurs. Difficile de dire si cette initiative aboutira mais il est certain que le Parlement est frileux lorsqu'il s'agit de modifier le droit du travail et surtout lorsqu'il s'agit d'intégrer des nouvelles notions spécifiques.

Fidèle à sa tradition, la Suisse préfère privilégier le dialogue social, spécialement pour des formes de travail évolutives ou en adaptation. Les partenaires sociaux peuvent s'entendre sur de nouvelles solutions et en contrôler la réalisation.¹¹⁹⁷

Toutefois, il faut bien reconnaître qu'un certain vide juridique pourra poser des problèmes à l'avenir. Le prof. AUBERT le soulignait très bien dans ses dernières journées de droit du travail de mai 2013. Si l'on analyse les obligations de l'employeur selon le droit actuel, on doit se référer à l'art. 327a CO en ce qui concerne le matériel ou l'équipement utile au télétravail. Il serait pertinent d'avoir des règles plus précises pour la mise à disposition de l'équipement car actuellement, les entreprises suisses ont

¹¹⁸⁹ La loi sur le travail à domicile date de 1981 et concerne les travaux artisanaux et industriels. Elle ne s'applique pas au secteur tertiaire, secteur principal du télétravail.

¹¹⁹⁰ DERRER BALLADORE Ruth, *Avantages et limites des formes de travail flexibles*, in: *Employeur Suisse* n°9, 2010, p. 31.

¹¹⁹¹ *Idem*, p. 31.

¹¹⁹² Selon le site Portail PME de la Confédération, la Suisse se situe en queue de peloton du palmarès européen, loin derrière les pays scandinaves, l'Allemagne ou encore l'Italie. Plus encore, le nombre de contrats a considérablement chuté entre 2002-2006. C'est du moins ce que révèle une étude récente publiée par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS).

¹¹⁹³ www.homeofficeday.ch.

¹¹⁹⁴ Voir sous HR-Barometer.

¹¹⁹⁵ GROTE Gudela, *Telearbeit - ein noch immer kontrovers diskutiertes Thema*, in: *Employeur Suisse* n°9, 2010, p. 9.

¹¹⁹⁶ IP 11.433 Lumengo, 14.04.2011.

¹¹⁹⁷ DERRER BALLADORE, *Flexibilisation*, p. 51.

des politiques différentes¹¹⁹⁸. La protection des données, tant par l'employeur que par le travailleur, devrait aussi être mieux réglée¹¹⁹⁹. Dans ce sens, plusieurs entreprises émettent des directives pour régir la protection des informations.

En conclusion, les partenaires sociaux suisses pourraient s'inspirer de l'accord-cadre européen sur le télétravail et trouver une formule pour le mettre en œuvre en Suisse. En effet, l'ensemble des pays de l'Union européenne ainsi que les pays de l'EEE sont couverts par cet accord. Il s'agirait d'une solution pragmatique et rapide à adopter en Suisse.

Section 2. - La correspondance

Dans un premier temps, nous nous intéresserons à la notion générale de correspondance pour ensuite décortiquer les correspondances téléphoniques, écrites et électroniques.

§ 1. La notion en général

La notion de correspondance s'applique à toute communication entre personnes¹²⁰⁰. Cette notion comprend l'utilisation des moyens classiques de communication, tels que les lettres postales ou les conversations téléphoniques¹²⁰¹, mais aussi l'utilisation des moyens modernes, comme par exemple, le téléphone portable, le fax ou l'e-mail. Il y a donc une grande similitude entre les notions de correspondance et de communication. « Dans les deux cas, il s'agit de transmettre, grâce à des moyens techniques plus ou moins sophistiqués, un message à quelqu'un d'autre. »¹²⁰²

On parle souvent de secret des correspondances. Cette idée couvre deux aspects: la confidentialité des communications et la liberté de communication. L'échange d'informations et d'idées avec une autre personne est lié à la vie privée d'un individu. “*Communication privacy is the freedom to enter into communication or to refrain from it.*”¹²⁰³

On pourrait croire que la protection de la correspondance ne s'adresse qu'à la communication privée ou en lien direct avec la vie privée. Or ce droit et cette

¹¹⁹⁸ Voir Le Temps, *Travail à domicile: gare aux risques*, 03.05.2013. L'art. 7 de l'accord-cadre sur le télétravail stipule que toutes les questions relatives à l'équipement et aux coûts doivent être clairement définies avant de commencer le télétravail. « En règle générale, l'employeur est chargé de fournir, d'installer et d'entretenir les équipements nécessaires au télétravail régulier, sauf si le télé-travailleur utilise son propre équipement. Si le télétravail est réalisé régulièrement, l'employeur couvre les coûts directement causés par ce travail, en particulier ceux liés aux communications. »

¹¹⁹⁹ Voir également art. 7 de l'accord-cadre sur le télétravail: « L'employeur a la responsabilité conformément à la législation nationale et aux conventions collectives en ce qui concerne les coûts liés à la perte ou à l'endommagement des équipements et des données utilisés par le télétravailleur. Le télétravailleur prend dûment soin des équipements qui lui sont confiés; il ne rassemble ni ne diffuse de matériel illicite via l'Internet. »

¹²⁰⁰ MOCK, p. 243.

¹²⁰¹ CourEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, req. n°5029/71, série A vol. 28.

¹²⁰² SUDRE / MARGUÉNAUD / ANDRIANTSIMBAZOVINA / GOUTTENNOIE / LEVINET, p. 317.

¹²⁰³ HENDRICKX, p. 46.

protection existent pour toutes les formes de correspondance, qu'elles soient privées ou non¹²⁰⁴.

Cette notion doit s'adapter constamment aux nouvelles technologies: « De même que le sens du domicile a été élargi, il est probable que celui de la correspondance continuera à être interprété de façon extensive afin de conférer la protection de l'article 8 aux nouvelles méthodes de communication. »¹²⁰⁵ La protection s'adresse aux moyens de communication et aux systèmes de communication tant étatiques que d'entreprises¹²⁰⁶.

Les données contenues dans la correspondance professionnelle sont des données d'entreprise. Ceci s'applique indépendamment du fait que le traitement des données est effectué sur un support classique ou électronique. Il s'agit d'une égalité de traitement entre données électroniques et données conventionnelles. La règle doit donc être la même pour la correspondance classique d'affaire et le trafic des e-mails des employés. Or, en y regardant de plus près, nous verrons que des différences concrètes entre les correspondances classiques et électroniques existent, notamment en ce qui touche les risques.¹²⁰⁷

§ 2. *Les cas particuliers*

Au vu des évolutions technologiques, les méthodes de communication ont trouvé de nouveaux supports. On est passé des supports classiques tels que la correspondance écrite ou le téléphone (A.), aux supports plus modernes tels que la communication électronique (e-mails, SMS, *chats*, blogs, etc.) (B.).

A. *La correspondance écrite et téléphonique*

Nous avons choisi de traiter de la correspondance écrite et des communications téléphoniques car un grand nombre d'affaires intéressantes ont été tranchées dans ce domaine. Il existe une jurisprudence particulièrement abondante en matière d'écoutes téléphoniques. Notre comparaison se focalisera sur le droit européen (1.) et sur les droits nationaux (2.).

1. *En droit européen*¹²⁰⁸

La correspondance est protégée tant par l'art. 8 CEDH que par l'art. 7 de la Charte DFUE. La différence réside dans les termes utilisés. La CourEDH utilise le mot correspondance alors que la Charte DFUE utilise le mot communication, qui est plus

¹²⁰⁴ CourEDH, Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, req. n°13710/88, série A vol. 251-B; voir également HENDRICKX, p. 48.

¹²⁰⁵ KILKELLY, p. 20. Dans le même sens: FROWEIN / PEUKERT, ad art. 8, n°48, p. 314; BREITENMOSER, p. 307.

¹²⁰⁶ BREITENMOSER, p. 308.

¹²⁰⁷ LOBSIGER Adrian, « *Wahrheitssuche* » im Unternehmen, in: PJA 2004, p. 1451.

¹²⁰⁸ Nous nous attardons volontairement à la jurisprudence de la CEDH plutôt qu'à celle de l'Union européenne qui se base principalement sur la Directive 97/66 CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications (JO n° L 024 du 30/01/1998 p. 0001 - 0008). La jurisprudence de l'UE se concentre soit sur la transposition de la directive au plan national, soit sur les entreprises de télécommunications elles-mêmes.

actuel. La jurisprudence de Strasbourg relative à la correspondance classique est particulièrement intéressante et bien établie¹²⁰⁹.

En ce qui concerne la **correspondance écrite**, les contrôles, la censure ou la rétention de courrier portent atteinte au droit à la correspondance¹²¹⁰. Parmi les violations, la jurisprudence couvre notamment l'ouverture¹²¹¹, la lecture¹²¹², la copie¹²¹³ ou la destruction du courrier¹²¹⁴.

En ce qui concerne les **conversations téléphoniques**, nous analyserons ci-après un nombre restreint et choisi d'arrêts de la CourEDH. Nous nous attarderons sur deux arrêts phares : HALFORD¹²¹⁵ et NIEMIETZ¹²¹⁶. L'arrêt HALFORD¹²¹⁷ conclut à une violation de l'article 8 CEDH en relation avec des actes qui ont pris place sur le lieu de travail¹²¹⁸. Cette affaire concernait l'interception « des conversations téléphoniques qu'une fonctionnaire de police engageait à partir d'un téléphone de bureau »¹²¹⁹. « Pour la CourEDH, 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 par. 1. »¹²²⁰ Dans cette affaire, rien ne prouve que la requérante ait été prévenue que les appels passés sur le système de télécommunications pouvaient être interceptés¹²²¹. Ce raisonnement pourrait impliquer que là où l'employeur ne mène pas l'employé à supposer que les conversations par téléphone seront confidentielles, il n'y aura aucune infraction de l'article 8 CEDH¹²²². Cependant, les employeurs ne peuvent pas simplement utiliser un avertissement général. La CourEDH n'a pas donné, dans sa jurisprudence, une autorisation générale aux employeurs pour envahir l'intimité des

¹²⁰⁹ CourEDH, *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, req. n°8691/79, série A vol. 82; CourEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, req. n°5029/71, série A vol. 28; CourEDH, *CourEDH, Kruslin c. France*, 24 avril 1990, req. n°11801/85, série A vol. 176-A; CourEDH, *Huvig c. France*, 24 avril 1990, req. n°11105/84, série A vol. 176-B; CourEDH, *Lüdi c. Suisse*, 15 juin 1992, req. n°12433/86, série A vol. 238; CourEDH, *A. c. France*, 23 novembre 1993, req. n°14838/89, série A vol. 277-B; CourEDH, *Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, req. n°20605/92, Rec. 1997-III; CourEDH, *Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998, req. n°23224/94, Rec. 1998-II; CourEDH, *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, 25 septembre 2001, req. n°44787/98, Rec. 2001-IX; CourEDH (Dec.), *Weber et Saravia c. Allemagne*, 29 juin 2006, req. n°54934/00, Rec. 2006-XI; CourEDH, *Van Vondel c. Pays-Bas*, 25 janvier 2008, req. n°38258/03; CourEDH, *Iordachi et autres c. Moldavie*, 10 février 2009, req. n°25198/02.

¹²¹⁰ CourEDH, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, 25 mars 1983, req. n°5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 et 7136/75, série A vol. 61; CourEDH, *Schönenberger et Durmaz c. Suisse*, 20 juin 1988, req. n°11368/85, série A vol. 137; CourEDH, *Faulkner c. Royaume-Uni*, 4 juin 2002, req. n°37471/97.

¹²¹¹ CourEDH, *Peers c. Grèce*, 19 avril 2001, req. n°28524/95, Rec. 2001-III, paragr. 81.

¹²¹² CourEDH, *Campbell c. Royaume-Uni*, 25 mars 1992, req. n°13590/88, série A vol. 233, paragr. 33.

¹²¹³ CourEDH, *Foxley c. Royaume-Uni*, 20 juin 2000, req. n°33274/96, paragr. 30.

¹²¹⁴ CourEDH, *Pfeifer et Plankl c. Autriche*, 25 février 1992, req. n°10802/84, série A vol. 227, paragr. 43.

¹²¹⁵ CourEDH, *Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, req. n°20605/92, Rec. 1997-III.

¹²¹⁶ CourEDH, *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, req. n°13710/88, série A vol. 251-B.

¹²¹⁷ CourEDH, *Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, req. n°20605/92, Rec. 1997-III.

¹²¹⁸ Cet arrêt, tout en reprenant la jurisprudence *Malone* et *Klass*, va plus loin en reconnaissant clairement que les appels téléphoniques professionnels tombent sous le champ d'application de l'art. 8 CEDH.

¹²¹⁹ SUDRE / MARGUÉNAUD / ANDRIANTSIMBAZOVINA / GOUTTENNOIE / LEVINET, p. 319.

¹²²⁰ CourEDH, *Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, req. n°20605/92, Rec. 1997-III, paragr. 44.

¹²²¹ *Idem*, paragr. 45.

¹²²² ALLEN / CRASNOW, p. 108 s.

employés¹²²³. Les conditions de restriction de l'article 8 paragraphe 2 (base légale, intérêt public, proportionnalité) doivent être respectées dans chaque cas. Plus particulièrement, les écoutes téléphoniques doivent, pour être licites, se fonder tout spécialement « sur une loi d'une précision particulière d'autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner »¹²²⁴.

L'arrêt NIEMIETZ¹²²⁵, déjà longuement analysé sous la notion de vie privée¹²²⁶, est également pertinent pour la notion de correspondance, même si les faits relèvent d'une perquisition. En effet, l'extension consacrée par cet arrêt aux activités professionnelles s'applique aussi pour le secret de la correspondance qui s'y rattache¹²²⁷. L'arrêt HALFORD et l'arrêt NIEMIETZ présentent toutefois deux conceptions différentes. S'opposent la conception de la vie privée, fondée sur les relations avec autrui qui doit être résistante aux tentatives d'enlever les espaces privés au travail (NIEMIETZ), à celle d'une espérance raisonnable de vie privée qui peut être plus facilement restreinte ou annulée par des décisions patronales (HALFORD)¹²²⁸. Parmi ces deux conceptions, il est plus judicieux de retenir la première avec des restrictions possibles selon les conditions habituelles. Une inexistence absolue de vie privée sur le lieu de travail n'est pas envisageable.

D'ailleurs, la CourEDH, dans ses dernières décisions, fait référence à l'arrêt phare que fut NIEMIETZ. Dans un cas récent de perquisition de cabinet d'avocat, la Cour a rappelé que la fouille d'un cabinet est « une immixtion dans la vie privée et la correspondance »¹²²⁹. Après avoir constaté que l'état de fait entrainait dans le champ d'application de l'article 8 CEDH, la CourEDH s'est penchée sur l'analyse des conditions de restriction de l'art. 8 paragr. 2 CEDH. C'est sur le principe de la proportionnalité qu'a porté l'essentiel de la décision. La Cour a estimé que les policiers n'avaient pas respecté les « garanties de procédure censées prévenir les abus ou l'arbitraire et protéger le secret professionnel de l'avocat »¹²³⁰.

Le grand nombre d'arrêts dans le domaine des écoutes téléphoniques permet de savoir assez clairement quelle est la ligne de la Cour. La CourEDH admet la légitimité d'interceptions téléphoniques par l'Etat mais elle prévoit une série de garanties, dont une loi précise et prévisible. Transposé au milieu professionnel, on pourrait dire que l'employeur peut utiliser cette technique, moyennant des règles établies et une information claire de l'employé.

¹²²³ Idem, p. 109.

¹²²⁴ CourEDH, Kopp c. Suisse, 25 mars 1998, req. n°23224/94, Rec. 1998-II, paragr. 72. Voir également: GRABENWARTER / PABEL, p. 246 s et jurisprudence citée.

¹²²⁵ CourEDH, Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, req. n°13710/88, série A vol. 251-B.

¹²²⁶ Voir état de fait et passages pertinents sous Titre 2I.

¹²²⁷ SUDRE Frédéric, *Les aléas de la notion de « vie privée » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in: Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti, Bruylant/Nemesis, Bruxelles 1998, p. 694.

¹²²⁸ FORD, p. 31.

¹²²⁹ CourEDH, Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche, 16 octobre 2007, req. n° 74336/01, paragr. 43-45.

¹²³⁰ Idem, paragr. 66.

2. *En droit français*

La France garantit le secret de la correspondance écrite qui s'est étendu aux correspondances téléphoniques et à toute correspondance émise par voie de télécommunications¹²³¹.

Les arrêts KRUSLIN¹²³² et HUVIG¹²³³ rendus par la CourEDH ont imposé un changement législatif en ce qui concerne **le secret des correspondances**. La Cour ne s'est pas bornée à contrôler l'existence d'un fondement légal de l'écoute, elle a pris en compte la qualité de la loi nationale. Un manque de prévisibilité et de clarté du droit national a été dénoncé. Ainsi, une réforme du droit français était indispensable et la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications a confirmé l'interdiction des écoutes privées et fixé le régime juridique des interceptions judiciaires¹²³⁴. Cette loi remplit les critères de clarté et de prévisibilité; néanmoins la France a été condamnée plusieurs fois encore, ultérieurement, pour des affaires d'écoutes téléphoniques¹²³⁵. Dans l'arrêt LAMBERT, la CourEDH a condamné la France parce que « la chambre criminelle de la Cour de cassation avait eu la curieuse idée de vider la loi nouvelle d'une bonne partie de son intérêt en décidant qu'elle n'aurait pas dû jouer en faveur de ceux qui conversent sur une autre ligne téléphonique que la leur ». Sous l'angle du principe de proportionnalité, la CourEDH a constaté que « le raisonnement de la Cour de cassation pourrait conduire à des décisions privant de la protection de la loi un certain nombre de personnes, à savoir toutes celles qui se verraient opposer le résultat d'écoutes téléphoniques réalisées dans des procédures étrangères à la leur, ce qui reviendrait, en pratique, à vider le mécanisme protecteur d'une large partie de sa substance »¹²³⁶.

En plus des condamnations devant la CourEDH, la France a été condamnée pour non transposition de la Directive 97/66 CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications par la Cour de Luxembourg¹²³⁷. Par la suite, la France a modifié sa loi du 10 juillet 1991 à deux reprises¹²³⁸ mais pas forcément pour transposer la Directive européenne.

En ce qui concerne les **correspondances téléphoniques dans le milieu professionnel**, on pourrait tout à fait accepter, de manière théorique, que le téléphone de l'entreprise

¹²³¹ Pour en savoir plus: FENOLL-TROUSSEAU/HAAS, Internet, p. 62 ss. En droit pénal, l'art. 226-15 al. 2 incrimine spécialement l'interception des correspondances émises par la voie des télécommunications. Ce texte protège l'information avant de protéger la vie privée.

¹²³² CourEDH, Kruslin c. France, 24 avril 1990, req. n°11801/85, série A vol. 176-A.

¹²³³ CourEDH, Huvig c. France, 24 avril 1990, req. n°11105/84, série A vol. 176-B.

¹²³⁴ LEBRETON, p. 317 ss.

¹²³⁵ CourEDH, Lambert c. France, 24 août 1998, req. n°23618/94, Rec. 1998-V; CourEDH, Matheron c. France, 29 juin 2005, req. n°57752/00; CourEDH, Vetter c. France, 31 mai 2005, req. n°59842/00.

¹²³⁶ CourEDH, Lambert c. France, 24 août 1998, req. n°23618/94, Rec. 1998-V, paragr. 38; CourEDH, Matheron c. France, 29 juin 2005, req. n°57752/00, paragr. 41.

¹²³⁷ CJCE, Commission des Communautés européennes c. République française, 18 janvier 2001, aff. C-151/00, Rec. 2001, p. I-00625.

¹²³⁸ Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle; Loi n°2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.

ne devrait servir qu'à un usage professionnel. Or, la réalité et l'évolution des mentalités conduit à tolérer un usage privé du téléphone professionnel à condition d'être modéré¹²³⁹. En effet, la Cour de cassation a décidé que « l'usage abusif du téléphone de l'entreprise de façon continue et journalière ce à des fins privées relève un comportement de nature à rendre impossible le maintien de ce dernier dans l'entreprise et constitue une faute grave »¹²⁴⁰. Cette décision de la Cour de cassation, vieille de plus de 15 ans, est réaffirmée dans un arrêt non publié de 2008 dans le cas d'une utilisation d'un autocommutateur par l'entreprise: « la simple vérification des relevés de la durée, du coût et des numéros des appels téléphoniques passés à partir de chaque poste édités au moyen de l'autocommutateur téléphonique de l'entreprise ne constitue pas un procédé de surveillance illicite pour n'avoir pas été préalablement porté à la connaissance du salarié »¹²⁴¹.

Comme dans d'autres domaines cités précédemment, les communications téléphoniques n'échappent pas à la difficile distinction entre privé ou professionnel. Un arrêt de la Chambre criminelle en est la preuve¹²⁴². Il a été critiqué par plusieurs auteurs car la Cour n'a pas reconnu le caractère privé d'un enregistrement clandestin d'une conversation téléphonique amicale relative à l'activité professionnelle¹²⁴³. La Cour a statué comme suit: « Ne constitue pas une atteinte à l'intimité de la vie privée l'enregistrement d'une conversation téléphonique par l'un des interlocuteurs, à l'insu de l'autre, lorsque celle-ci porte sur l'activité professionnelle des intéressés, peu important que les propos aient été tenus dans un lieu privé »¹²⁴⁴. Pourtant, plusieurs éléments étaient réunis pour qualifier cette conversation de privée: ligne téléphonique privée, les destinataires se trouvaient à leur domicile, la forme amicale et les propos n'étaient pas donnés dans un cadre professionnel. Cette décision de la Chambre criminelle est quelque peu en contradiction avec d'autres décisions¹²⁴⁵, sans oublier qu'en principe, une écoute téléphonique clandestine d'un salarié n'est pas autorisée¹²⁴⁶. Elle est à elle seule illicite sans analyser le contenu¹²⁴⁷.

Notons enfin une particularité du droit français consacrée aux **activités syndicales**. En France, une certaine catégorie de salariés bénéficie d'une protection spéciale, il s'agit des représentants du personnel. « Pour l'accomplissement de leur mission légale et la préservation de la confidentialité qui s'y attache, les salariés investis d'un mandat électif ou syndical dans l'entreprise doivent pouvoir y disposer d'un matériel ou procédé excluant l'interception de leurs communications téléphoniques et

¹²³⁹ WAQUET, p. 141.

¹²⁴⁰ CASS. soc., 11 juillet 1995, n°94-40.205.

¹²⁴¹ CASS. soc., 29 janvier 2008, n°06-45279; voir également dans le même sens: CASS. soc., 14 mars 2000, n°98-42.090, Bull. 2000 V n° 101 p. 78.

¹²⁴² CASS. crim., 14 février 2006, n°05-84384, Bull. crim. 2006 n° 38, p.147.

¹²⁴³ SAINT-PAU Jean-Christophe, *L'enregistrement clandestin d'une conversation téléphonique amicale relative à l'activité professionnelle*, in: Recueil Dalloz n°17 2007, p. 1184-1187; voir également CONTE, Chronique in: Revue pénitentiaire et de droit pénal n°4 2006, p. 863.

¹²⁴⁴ CASS. crim., 14 février 2006, n°05-84384, Bull. crim. 2006 n° 38, p.147.

¹²⁴⁵ CASS. civ. I, 25 janvier 2000, n°97-21.846, Bull. 2000 I n° 26 p. 17; CASS. soc., 26 novembre 2002, n°00-42.401, Bull. 2002 V n° 352 p. 345.

¹²⁴⁶ CASS, soc. 14 mars 2000, Bull. 2000 V n°101.

¹²⁴⁷ SAINT-PAU, p. 1186.

l'identification de leurs correspondants. »¹²⁴⁸ Un délégué syndical peut exiger que la ligne de son téléphone ne soit pas branchée sur l'autocommutateur de l'entreprise¹²⁴⁹.

3. En droit suisse

Le droit suisse protège le secret des postes qui englobe les conversations téléphoniques et électroniques (art. 13 Cst)¹²⁵⁰. Le secret des correspondances téléphoniques est un droit fondamental comme le rappelle la jurisprudence suisse¹²⁵¹. En matière d'écoutes téléphoniques, la Suisse a été condamnée à plusieurs reprises par Strasbourg¹²⁵². Dans la dernière affaire en date, l'affaire AMMAN¹²⁵³, il s'agissait de l'interception d'un appel téléphonique dans un local professionnel. « La Cour conclut que l'ingérence ne saurait passer pour "prévues par la loi" puisque le droit suisse n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré. »¹²⁵⁴ Tout comme la France, la Suisse manquait de base légale suffisamment claire.

« L'employeur n'est pas autorisé à écouter ni à enregistrer les conversations privées, parce qu'une telle surveillance n'est pas nécessaire à l'exécution du contrat de travail¹²⁵⁵, qu'elle constitue une atteinte à la personnalité du travailleur¹²⁵⁶ et qu'elle peut faire l'objet de poursuites pénales¹²⁵⁷. »¹²⁵⁸ En plus d'une protection générale de la personnalité dans le droit privé, les articles 179 et ss CP protègent le domaine secret ou privé.

En Suisse, en l'absence de restriction expresse de la part de l'employeur, le travailleur peut considérer que l'usage privé du téléphone est autorisé. Par un règlement d'utilisation, l'employeur peut limiter ou interdire les communications privées. Il ne peut par contre pas interdire les appels entrants. L'interdiction ou la limitation doivent être communiquées au travailleur selon l'article 4 alinéa 2 LPD¹²⁵⁹. Une interdiction absolue irait, à notre sens, contre l'évolution des mentalités mais également contre l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹²⁶⁰ qui préconise un espace de vie privée au travail. De plus, la distinction entre les appels

¹²⁴⁸ CASS. soc., 6 avril 2004, Bull. 2004 V n° 104, p. 94.

¹²⁴⁹ En ce qui concerne la correspondance électronique par contre, faute d'accord, la diffusion électronique syndicale est interdite ou de toute façon restreinte. Voir OLSZAK Norbert, *Tract électronique: « Liberté, Liberté chérie... »*, in: Revue de Droit du Travail 2007, p. 178; Besançon, TA, 1ère ch., arrêt du 19.12.2006, n°0400718.

¹²⁵⁰ Il est complété par la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT), RS 780.1. Cette loi vise principalement des procédures pénales.

¹²⁵¹ ATF 122 I 182; ATF 130 III 28; ATF 126 I 50; ATF 131 I 272; ATF 125 I 46; ATF 120 Ia 314.

¹²⁵² CourEDH, Kopp c. Suisse, 25 mars 1998, req. n°23224/94, Rec. 1998-II; CourEDH, Amann c. Suisse, 16 février 2000, req. n°27798/95, Rec. 2000-II.

¹²⁵³ CourEDH, Amann c. Suisse, 16 février 2000, req. n°27798/95, Rec. 2000-II.

¹²⁵⁴ Idem, paragr. 62.

¹²⁵⁵ Art. 328b CO.

¹²⁵⁶ Art. 328 CO; art. 26 OLT 3.

¹²⁵⁷ Art. 179bis CP.

¹²⁵⁸ PFPDT, *Explications sur la surveillance téléphonique sur le lieu de travail*, in: (www.edsb.ch), p. http://www.edsb.ch/f/themen/weitere/telefonueberwachung_f.pdf, (consulté le 24.06.05).

¹²⁵⁹ Voir GEISER Thomas, *Interne Untersuchungen in einem Unternehmen und Datenschutz*, in: Von der Lochkarte zum Mobile Computing, Schulthess, Zürich 2012, p. 34.

¹²⁶⁰ Cf. CourEDH, Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, req. n°13710/88, série A vol. 251-B.

professionnels et les appels privés n'est pas toujours facile à opérer. La limite est parfois floue entre le caractère privé ou professionnel de la communication.

Enfin, dans un grand nombre d'entreprises, un moyen technique facile est mis en place pour permettre aux salariés d'avoir des communications téléphoniques privées. Il s'agit de taper sur une touche, et d'obtenir une ligne pour effectuer des communications privées. Celles-ci sont ensuite facturées au travailleur.

B. *La correspondance électronique*

Aujourd'hui, la correspondance électronique a pris une importance considérable dans le milieu professionnel. Elle surpasse parfois même le courrier écrit classique et le téléphone. Son usage en entreprise est inévitable. De nombreux travailleurs sont équipés d'un ordinateur avec accès Internet en plus du simple téléphone. La correspondance électronique ne couvre plus uniquement les e-mails puisque les technologies évoluant, d'autres modes électroniques se développent comme par exemple: les messages via SMS, les *chats*, les blogs, le téléphone via Internet, etc.

Le fonctionnement élémentaire du **courrier électronique** consiste à ce que chaque utilisateur dispose d'une boîte aux lettres et d'une adresse électronique. « Ces boîtes aux lettres sont stockées sur des serveurs de messagerie. L'utilisateur destinataire d'un courrier peut, en se connectant sur son serveur, consulter sa boîte aux lettres et recevoir des messages (24h/24h). »¹²⁶¹ Le mode peut paraître très semblable au modèle classique de courrier, or l'e-mail présente un certain nombre de risques plus élevés (p. ex. violation de confidentialité, forçage de mail, usurpation du mot de passe, espionnage, perte, interception, altération, destruction, virus)¹²⁶². Le système de messagerie global est difficile à sécuriser. De plus, son usage est plus répandu que le courrier classique; il est utilisé différemment par le personnel (contacts avec la clientèle, contacts commerciaux externes mais aussi contacts avec les collègues de travail pour un usage quotidien)¹²⁶³.

Ce chapitre est à mettre en relation directe avec celui consacré à la protection des données car les messages électroniques contiennent plusieurs données (p. ex. adresse électronique ou adresse IP, nom et coordonnées de l'auteur)¹²⁶⁴. « A partir du moment où l'on envoie un e-mail [...], l'ordinateur interrogé doit connaître l'adresse électronique de l'utilisateur pour répondre à son message [...]. »¹²⁶⁵ Ainsi, le rôle et la responsabilité des fournisseurs d'accès sont très importants¹²⁶⁶. Or ce fournisseur d'accès n'est pas nécessairement l'employeur, ni d'ailleurs situé dans l'entreprise.

Enfin, l'e-mail peut potentiellement être lu par de nombreux intermédiaires, dont

¹²⁶¹ FENOLL-TROUSSEAU / HAAS, Internet, p. 72.

¹²⁶² Le système est plus vulnérable à des techniques de surveillance. Voir: LEPAGE Agathe, *Le secret des correspondances immatérielles dans l'entreprise (téléphone et courrier électronique)*, in: Communication-Commerce électronique, Juris-Classeur, Paris 2001, p. 11-12; voir également GHERNAOUTI-HÉLIE, p. 81 ss.

¹²⁶³ LOBSIGER, p. 1450.

¹²⁶⁴ Voir Titre II, Chapitre I, Section 1, § 2.

¹²⁶⁵ FENOLL-TROUSSEAU / HAAS, Internet, p. 121.

¹²⁶⁶ Voir par exemple: KERNEN Alexander, *Volle Verantwortlichkeit des Host Providers für persönlichkeitsverletzende Handlungen seines Kunden*, in: Jusletter du 4 mars 2013 (www.jusletter.ch) (consulté le 31.08.13); TF 5A_792/2011.

l'employeur. Il est facile de l'intercepter¹²⁶⁷. Nous allons voir comment le droit européen (1.) et les droits nationaux (2. et 3.) protègent cette communication électronique.

1. En droit européen

Pour la Cour de Luxembourg, « tout acte de communication effectué à l'aide de procédés automatisés, tels que par voie de télécommunications, de courrier électronique, ou en passant par les médias sociaux, et concernant une personne physique, est constitutif en tant que tel d'une présomption d'ingérence dans l'exercice du [droit fondamental à la vie privée et à la protection des données] »¹²⁶⁸.

La correspondance écrite via e-mail est une correspondance qui n'a été traitée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'en 2007. Evidemment, on aurait pu présager qu'une interprétation similaire à celle des écoutes téléphoniques serait utilisée, ce qui est le cas. L'arrêt *COPLAND*¹²⁶⁹ traite d'une surveillance d'e-mails, d'usage d'Internet et de conversations téléphoniques d'une employée d'un collègue britannique par son employeur. La CourEDH analyse d'abord le champ d'application de l'article 8 CEDH et argumente que :

« Selon la jurisprudence de la Cour, les appels téléphoniques émanant de locaux professionnels sont a priori compris dans les notions de "vie privée" et de "correspondance" au sens de l'article 8 § 1. Il s'ensuit logiquement que les messages électroniques envoyés depuis le lieu de travail doivent jouir de la même protection au titre de l'article 8, tout comme les éléments recueillis au moyen d'une surveillance de l'usage qu'une personne fait de l'Internet. »¹²⁷⁰

Les e-mails ainsi que l'usage personnel d'Internet sont considérés comme des éléments faisant partie des notions de vie privée et de correspondance¹²⁷¹. Dans ce cas, la requérante ne s'est pas vue signifier que ses appels, ses e-mails et son usage d'Internet pouvaient être contrôlés¹²⁷². La CourEDH a conclu à une violation de l'article 8 CEDH pour manque de base légale réglant les circonstances dans lesquelles les employeurs peuvent contrôler l'usage du téléphone, de l'e-mail ou d'Internet de leurs employés¹²⁷³.

Avant cela, un arrêt phare de 1984¹²⁷⁴ a, selon certains auteurs¹²⁷⁵, été précurseur en matière de correspondance et peut-être même de la protection de l'e-mail et des communications utilisant les nouvelles technologies. Il a, en tous les cas, permis une

¹²⁶⁷ Idem, p. 121.

¹²⁶⁸ Conclusions de l'Avocat Général Niilo Jääskinen présentées le 25 juin 2013 dans l'affaire *Google Spain, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, C-131/12.

¹²⁶⁹ CourEDH, *Copland c. Royaume-Uni*, 3 avril 2007, req. n°62617/00, Rec. 2007-I.

¹²⁷⁰ CourEDH, *Copland c. Royaume-Uni*, 3 avril 2007, req. n°62617/00, Rec. 2007-I, paragr. 41. Les arrêts suivants confirment cette approche: CourEDH, *Kennedy c. Royaume-Uni*, 18 mai 2010, req. n°26839/05, paragr. 118; CourEDH, *Liberty et autres c. Royaume-Uni*, 1^{er} juillet 2008, req. n°58243/00, paragr. 56.

¹²⁷¹ voir également CourEDH (Dec.), *Benediktsdottir c. Islande*, 16 juin 2009, req. n°38079/06.

¹²⁷² CourEDH, *Copland c. Royaume-Uni*, 3 avril 2007, req. n°62617/00, Rec. 2007-I, paragr. 42.

¹²⁷³ CourEDH, *Copland c. Royaume-Uni*, 3 avril 2007, req. n°62617/00, Rec. 2007-I, paragr. 45 ss.

¹²⁷⁴ CourEDH, *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, req. n°8691/79, série A vol. 82.

¹²⁷⁵ SUDRE / MARGUÉNAUD / ANDRIANTSIMBAZOVINA / GOUTTENOIE / LEVINET, p. 318.

« analyse de la protection jurisprudentielle du droit au respect de la correspondance en général »^{1276 1277}.

2. *En droit français*

Le droit à l'inviolabilité du courrier électronique a été officiellement garanti par la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques¹²⁷⁸. Le droit français a également défini ce qu'il entend par courrier électronique, dans une autre loi de la même année: « On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère. »¹²⁷⁹

La question de l'utilisation privée des moyens de communication au travail, tels que l'e-mail a été traitée dans la jurisprudence française assez tôt. L'arrêt NIKON¹²⁸⁰ de 2001 reste la référence en matière d'immixtion de l'employeur dans la correspondance de son employé. Cet arrêt transpose les règles classiques à l'usage de l'e-mail en se basant sur l'article 8 CEDH: « Attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur. »¹²⁸¹ L'employeur peut toutefois réglementer l'usage des ordinateurs de fonction selon l'article L1121-1 (anc. article L. 120-2) du Code du travail mais ne peut pas lire le contenu des e-mails privés¹²⁸². Plusieurs auteurs ont critiqué l'arrêt NIKON et notamment le lien fait entre le secret des correspondances et le respect de la vie privée¹²⁸³. Ils reprochent à la Cour de faire découler de l'article 8 CEDH et donc du respect de la vie privée, le secret des correspondances. Ce reproche est surprenant étant donné que ce lien existe bel et bien dans l'article 8 CEDH qui protège tant le droit à la vie privée que celui de la correspondance. La critique aurait plutôt dû se baser sur

¹²⁷⁶ Idem, p. 318.

¹²⁷⁷ L'opinion concordante du juge PETTITI in: CourEDH, Malone c. Royaume-Uni, 2 août 1984, req. n°8691/79, série A vol. 82 mérite qu'on s'y arrête quelque peu même si elle date de 30 ans car elle insiste sur les moyens et pratiques utilisés. PETTITI lie clairement les écoutes téléphoniques à la problématique de la protection des données: « On ne peut en effet isoler le problème des écoutes de celui des banques de données puisque les écoutes donnent lieu à fichage et à stockage des informations recueillies. » Il précise que tous moyens techniques peuvent être utilisés pour la surveillance. Même s'il ne parle pas encore de correspondance e-mail, il insiste beaucoup sur le fait que les écoutes téléphoniques peuvent être traitées par des ordinateurs: « La Cour dans son examen des cas de violations de l'article 8 doit pouvoir appréhender toutes les techniques constituant l'ingérence. »

¹²⁷⁸ Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle. Cette loi modifie le Code des Postes et Télécommunications.

¹²⁷⁹ Article 1 de la loi n°2004-575 du 21.06.2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

¹²⁸⁰ CASS. soc., 2 octobre 2001, n°99-42.942, Bull. 2001 V n° 291, p. 233.

¹²⁸¹ Idem. Cet arrêt reprend les grandes idées développées dans l'arrêt NIEMIETZ (CourEDH).

¹²⁸² WAQUET, p. 142.

¹²⁸³ Voir notamment LEPAGE, Libertés, p. 39 s.; LANGLOIS Philippe, *Courrier électronique et vie privée au travail*, in: Le Dalloz, Paris 2001, p. 3286-3287; FAVENNEC-HÉRY Françoise, *Vie privée dans l'entreprise et à domicile*, in: RJS 12/01, p. 940.

la protection absolue de la vie privée dans l'arrêt NIKON. Un arrêt de 2005 de la Cour de cassation a d'ailleurs modifié le droit absolu des employés au respect de l'intimité de leur vie privée en reconnaissant à l'employeur le droit d'accéder, sous certaines conditions (pas de contrôle systématique, présence de l'employé, risque particulier), aux fichiers personnels contenus dans le disque dur de l'ordinateur¹²⁸⁴. Le droit de contrôle de l'employeur sur l'activité des salariés lui est reconnu par son pouvoir de direction mais il doit se concilier avec les libertés fondamentales des salariés¹²⁸⁵. Il est tout de même important de préciser que les faits des deux affaires étaient différents. Dans l'affaire NIKON, il s'agissait de correspondances alors que dans l'affaire de 2005, il s'agissait d'un dossier virtuel. Cela ne change rien au résultat de la Cour qui apporte des règles procédurales au contrôle, ce qui n'était pas le cas précédemment. Ces règles devraient d'ailleurs être respectées de manière stricte. Toutefois, selon certains auteurs¹²⁸⁶, le fait qu'il s'agisse d'un dossier virtuel et non pas d'une correspondance a une certaine importance. Cette jurisprudence peut être interprétée comme édulcorant l'interdiction absolue faite au contrôle de l'employeur mais elle préserve encore la correspondance. Selon nous et on le verra dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour, cette distinction subtile ne paraît pas pertinente. Il s'agit plutôt d'une précision des conditions dans lesquelles un contrôle peut avoir lieu et d'une évolution vers un certain équilibre entre intérêts de l'entreprise et intérêt du salarié¹²⁸⁷.

De façon similaire à ce qui a été précédemment démontré pour les conversations téléphoniques, une interdiction générale des moyens de communication à des fins privées est pratiquement inapplicable¹²⁸⁸. L'employeur peut évidemment imposer l'usage strictement professionnel de la messagerie en avertissant l'ensemble de ses salariés¹²⁸⁹. Or, la pratique montre que c'est illusoire; ne serait-ce que pour la réception de messages privés venant de l'extérieur. Il est ainsi de plus en plus nécessaire de concilier le respect de la vie personnelle du salarié et l'intérêt de l'entreprise¹²⁹⁰. Il s'agit d'un savant équilibre mais une solution unique et abrupte ne devrait pas être préconisée. Pour des raisons de clarté, il est surtout important que l'employeur règle l'usage de la messagerie de manière explicite dans le règlement intérieur par

¹²⁸⁴ CASS. soc., 17 mai 2005, n°03-40.017; Bull. 2005 V n° 165 p. 143; voir aussi les commentaires de la CNIL: CNIL, *La cour de cassation reconnaît le droit des employeurs à accéder sous certaines conditions aux fichiers personnels de leurs salariés*, in: (www.cnil.fr), s.d., p. <http://www.cnil.fr/index.php?id=1840>, (consulté le 10.01.2006); DE QUENAUDON René, *Jurisprudence Nikon: la suite mais non la fin*, in: D. n°28, Paris 2005, p. 1873.

¹²⁸⁵ PARMENTIER/RICOUART, *La cybersurveillance des salariés: quels sont les droits de l'employeur?*, in: www.clic-droit.com, p. http://www.clic-droit.com/web/editorial/dossier.php?dossier_id=13 (article du 25 octobre 2001), (consulté le 28.02.2002); LEPAGE, *Libertés*, p. 45 ss; voir également D 2006, p. 29-31.

¹²⁸⁶ FABRE Alexandre, *Mesure d'instruction in futurum et respect de la vie privée du salarié*, in: D. 2007 Chron., p. 1590-1591.

¹²⁸⁷ Equilibre en 2005 qui peut virer à une protection inégale en 2007. Voir: DE QUENAUDON René, *Intérêt de l'entreprise et vie privée du salarié: une protection inégale?*, obs. sous Cass. soc. 23 mai 2007, in: RDT 2007, p. 590-591.

¹²⁸⁸ Voir les cinq raisons évoquées par RAY Jean-Emmanuel, *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC*, 2^{ème} édition, Ed. Liaisons, Paris 2001, p. 92 s.

¹²⁸⁹ Paris, Conseil des Prud'hommes, sect. Commerce, 01.02.2000, n°99/08523, Barbier c. Cetelem; Montbéliard, Conseil des Prud'hommes, 17.09.2000; Gaz. Pal., 14 décembre 2000, p. 39.

¹²⁹⁰ LEPAGE, *Correspondances*, p. 11-12.

exemple¹²⁹¹.

La CNIL précise que l'usage privé doit rester « raisonnable et ne doit pas affecter la sécurité des réseaux ou la productivité de l'entreprise »¹²⁹². Elle donne une série de conseils ou de recommandations en ce qui concerne l'usage de la messagerie sur le lieu de travail. Ces conseils sont pragmatiques, fidèles à la jurisprudence et ils permettent à un employeur de mettre en place des dispositions simples. L'employeur peut être amené, dans certaines circonstances à consulter la messagerie de ses employés (ex. absence du salarié). L'employeur devrait fixer les conditions dans une charte afin d'informer de manière transparente le personnel. Pour le caractère des messages selon qu'ils soient privés ou professionnels, la CNIL recommande: « Les tribunaux considèrent que tout message reçu ou envoyé depuis le poste de travail mis à disposition par l'employeur a par principe un caractère professionnel. Dans ce cas, l'employeur peut le consulter. Toutefois, 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 pas en prendre connaissance. Il doit respecter le secret des correspondances. »¹²⁹³ Si l'employeur doit consulter un message privé, il doit alors « le faire en présence du salarié ou après l'avoir invité à être présent, ou en cas de risque particulier pour l'entreprise »¹²⁹⁴.

Ce risque particulier pour l'entreprise est pris en compte de façon croissante par la Cour de cassation. Dans un important arrêt, elle a jugé qu'un employeur qui a des motifs légitimes de suspecter des actes de concurrence déloyale, peut, via une procédure spécifique et précise, accéder à l'ordinateur du salarié ainsi qu'à ses messages électroniques avec des personnes tierces (messages personnels émis et reçus par le salarié)¹²⁹⁵. On peut raisonnablement douter de l'application pleine et entière du principe de proportionnalité par la Cour dans cette affaire. En effet, en précisant:

« Le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées. »¹²⁹⁶

la Cour ne tente pas de voir si une autre mesure aurait permis d'atteindre le même but en portant une moindre atteinte au salarié. La Cour fait peut-être aussi référence, pour la première fois, au conflit d'intérêts entre celui de l'entreprise et celui du salarié. Ce qui est regrettable, c'est que la Cour donne l'impression de passer d'une protection

¹²⁹¹ Nous examinerons ce moyen de mise en œuvre dans la deuxième partie.

¹²⁹² CNIL, *Le contrôle de l'utilisation d'internet et de la messagerie*, in: (www.cnil.fr), p. <http://www.cnil.fr/la-cnil/actu-cnil/article/article/le-controle-de-lutilisation-dinternet-et-de-la-messagerie/>, (consulté le 16.10.2011).

¹²⁹³ CNIL, *L'accès à la messagerie d'un salarié en son absence*, Fiche pratique CNIL 27.07.2009, in: (www.cnil.fr), p. <http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/fiches-pratiques/fiche/article/laces-a-la-messagerie-dun-salarie-en-son-absence/>, (consulté le 16.10.2011).

¹²⁹⁴ Idem.

¹²⁹⁵ CASS. soc., 23 mai 2007, n°05-17.818, Bull. 2007 V n° 84; DE QUENAUDON, Intérêt, p. 590-591.

¹²⁹⁶ CASS. soc., 23 mai 2007, n°05-17.818, Bull. 2007 V n° 84.

absolue du salarié en 2001 à une protection nettement diminuée en 2007¹²⁹⁷.

Enfin, l'accès à la messagerie ou au poste de travail implique des règles identiques: « L'employeur doit respecter le secret des correspondances privées. Une communication électronique émise ou reçue par un employé peut avoir le caractère d'une correspondance privée. Pour autant, le principe du secret des correspondances connaît des limites dans la sphère professionnelle. Il peut également être levé dans le cadre d'une instruction pénale ou par une décision de justice. »¹²⁹⁸

Aujourd'hui et depuis l'évolution jurisprudentielle qui a suivi l'arrêt NIKON, « tout ce qui n'est pas identifié comme "personnel" est réputé être professionnel de sorte que l'employeur peut y accéder librement »¹²⁹⁹. C'est par un arrêt de 2007 que la Cour de cassation a précisé cette différenciation qui doit être faite par le salarié; c'est-à-dire qu'il doit identifier clairement ses fichiers ou ses messages comme personnels¹³⁰⁰. Il ne suffit ainsi pas de déclarer que le contenu d'un e-mail est personnel et qu'il ne contient pas d'élément professionnel, encore faut-il l'avoir noté clairement comme étant privé.

La CNIL recommande enfin « de porter à la connaissance des salariés (par exemple dans une charte) le principe retenu pour différencier les e-mails professionnels des e-mails personnels (qualification par l'objet, création d'un répertoire spécifique dédié au contenu privé, etc.) »¹³⁰¹. Cette recommandation est peut-être un peu trop détaillée; l'employeur restant libre face aux moyens à mettre à disposition.

L'autre forme de communication électronique qui a fait l'objet de la jurisprudence est le **SMS**. Cette forme de message écrit téléphoniquement se situe entre les appels téléphoniques et l'e-mail. Son traitement juridique se rapproche pourtant de l'e-mail car contrairement à un appel téléphonique, le SMS est forcément enregistré sur un appareil¹³⁰². Il peut donc être reconnu comme moyen de preuve¹³⁰³. En effet, dans une affaire de harcèlement, la Cour a précisé : « 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 récepteur »¹³⁰⁴.

¹²⁹⁷ FABRE, p. 1590.

¹²⁹⁸ CNIL, *Le contrôle de l'utilisation d'internet et de la messagerie*, in: (www.cnil.fr), p. <http://www.cnil.fr/la-cnil/actu-cnil/article/article/le-controle-de-lutilisation-dinternet-et-de-la-messagerie/>, (consulté le 16.10.2011).

¹²⁹⁹ Idem.

¹³⁰⁰ CASS. soc., 30 mai 2007, n°05-43102.

¹³⁰¹ CNIL, *Le contrôle de l'utilisation d'internet et de la messagerie*, in: (www.cnil.fr), p. <http://www.cnil.fr/la-cnil/actu-cnil/article/article/le-controle-de-lutilisation-dinternet-et-de-la-messagerie/>, (consulté le 16.10.2011).

¹³⁰² CASS. soc., 23 mai 2007, n°05-17.818, Bull. 2007 V n° 84.

¹³⁰³ D'autres difficultés peuvent surgir: la détermination exacte de l'expéditeur du message ou le contenu court et direct du message. Voir DE QUENAUDON René, *Harcèlement sexuel et SMS*, obs. sous Cass. soc. 23 mai 2007, in: RDT 2007, p. 530.

¹³⁰⁴ CASS. soc., 23 mai 2007, n°05-17.818, Bull. 2007 V n° 84. Voir également, FABRE Alexandre, *L'enregistrement d'un SMS comme mode de preuve*, in: D. 2007, p. 1598.

3. En droit suisse

En droit suisse, d'abord par une décision du TF en 2000¹³⁰⁵ et ensuite par une législation¹³⁰⁶, le secret des télécommunications, garanti par la Constitution (art. 13 al.1), vaut aussi pour les communications par e-mail¹³⁰⁷. La législation règle les conditions auxquelles il est admis d'empiéter sur le secret des télécommunications ainsi que les obligations des fournisseurs d'accès.

En Suisse, ces dernières années, il existe une dizaine d'arrêts du TF portant sur l'utilisation des NTIC¹³⁰⁸. Un cas spécialement intéressant porte sur la violation de la vie privée de l'employeur par l'employé qui dévie les e-mails de son patron sur sa propre boîte, sans consentement de l'employeur¹³⁰⁹. Il faut en effet être aussi conscient que la protection de la vie privée vaut autant pour le patron que pour le salarié. Le TF a considéré que l'e-mail est couvert par le secret des correspondances¹³¹⁰. De plus, il soulève que « le simple fait de connaître les adresses et la période à laquelle l'utilisateur a envoyé ou reçu des messages constitue déjà une violation de ce secret »¹³¹¹. Dans cet arrêt, le TF a basé sa démonstration sur l'article 28 CC, en relevant tout de même que la portée des droits fondamentaux « peut se révéler utile »¹³¹².

Selon la doctrine majoritaire et le Préposé fédéral à la protection des données, le triage des e-mails est une méthode recommandée¹³¹³. Cette idée est la même que celle prônée par la CNIL en France. Ainsi, l'employeur qui ne doit pas, au travers d'informations récoltées, tirer des conclusions sur la vie privée de ses employés, a accès uniquement aux données d'affaire. Sur la base de cette interdiction faite à l'employeur, les données personnelles de l'employé ne devraient pas se trouver dans le domaine de données accessible à l'employeur. Le salarié doit ainsi avoir la possibilité d'enregistrer ses e-mails privés dans un dossier « privé », avec une garantie juridique et informatique que

¹³⁰⁵ ATF 126 I 50, consid. 6a.

¹³⁰⁶ Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication du 6.10.2000 (RS 780.1) et l'ordonnance sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication du 31.10.2001 (RS 780.11), entrées en vigueur le 1.01.2002. Cette législation fait l'objet d'une révision visant à adapter la loi aux nouvelles technologies, selon le Message du CF du 27.02.2013. On peut également citer les dispositions du Code pénal (art. 321ter CP et art. 179 octies CP).

¹³⁰⁷ SCHNEIDER Jürg, *Internet Service Provider im Spannungsfeld zwischen Fernmeldegeheimnis und Mitwirkungspflichten bei der Überwachung des E-Mail-Verkehrs über das Internet*, in: PJA 2005, p. 179; voir également: TISSOT Nathalie, *Etat de la jurisprudence Internet*, in: Quelques facettes du droit de l'Internet, PAN, Neuchâtel 2001, p. 47 s.

¹³⁰⁸ ATF 126 I 50; ATF 130 III 28; voir également plusieurs arrêts non publiés portant sur les e-mails coquins: arrêt AC.109/2003; des visites de sites pornographiques: arrêt AC.349/2000; des jeux sur Internet: arrêt 4C.106/2001.

¹³⁰⁹ ATF 130 III 28.

¹³¹⁰ ATF 126 I 50, consid. 6a; ATF 130 III 28, consid. 4.2.

¹³¹¹ ATF 126 I 50, consid. 6b; ATF 130 III 28, consid. 4.2.

¹³¹² ATF 130 III 28, consid. 4.2.

¹³¹³ LOBSIGER, p. 1451; RUDIN Beat, *Was darf die Chefin, was die Angestellte? Arbeits- und datenschutzrechtliche Schranken der technischen Überwachung der Internet-Nutzung am Arbeitsplatz*, in: Digma 2001, p. 4-11; PFPDT, *Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail*, § 8.2.3.

l'employeur n'y a pas accès.¹³¹⁴

Cela reviendrait à avoir quasiment le même système que pour le courrier privé classique qui arrive sur le lieu de travail¹³¹⁵. En plus du tri, l'expéditeur devrait également signifier le caractère privé du courrier¹³¹⁶. La protection serait totale. Si les règles sont violées, il existe les moyens suivants: art. 15 ou art. 25 LPD ou la voie pénale (art. 179 ss CP).

Evidemment, le risque du tri des e-mails réside dans le fait que l'employé pourrait enregistrer des mails professionnels dans son fichier personnel, ceci de manière abusive. Dans de tels cas de soupçons, l'employeur devrait entamer une procédure formelle afin de pouvoir lire la boîte privée de son salarié.¹³¹⁷

Le tri procure toutefois certains avantages à l'employeur. En cas de procédure, il peut prouver qu'il n'a pas accès aux communications privées de ses employés. Il existe aussi une série de mesures techniques que l'employeur peut utiliser pour protéger sa sécurité, sans atteindre le respect des correspondances. Par exemple, il peut filtrer ou bloquer l'accès à des sites non désirés ou bloquer le téléchargement de documents trop lourds pour le système¹³¹⁸.

L'alternative à cette idée de tri est évidemment l'interdiction absolue de communications privées au travail¹³¹⁹. Certains auteurs comme BAUMGARTNER prônent cette alternative¹³²⁰. Il s'agit évidemment d'une solution extrêmement simple mais plutôt illusoire. Comme nous l'avons déjà évoqué plus haut, nous pensons que cette culture d'entreprise et cette interdiction absolue n'est plus réaliste ni pragmatique avec le développement technologique de ces dernières années¹³²¹.

En ce qui concerne les SMS, l'interprétation des autorités suisses va dans le même sens que l'interprétation française. A la différence d'une conversation téléphonique enregistrée sans consentement, les SMS peuvent être considérés comme des preuves valables en droit pénal¹³²². En effet, les expéditeurs ne peuvent ignorer l'enregistrement. La justice pénale considère les SMS comme des lettres.

¹³¹⁴ LOBSIGER, p. 1451.

¹³¹⁵ ZBINDEN Reto, « "New Deal on Privacy" in der Arbeitswelt? », in: Von der Lochkarte zum Mobile Computing, Schulthess, Zürich 2012, p. 142.

¹³¹⁶ Pour cela, il ne suffirait pas d'écrire le nom du destinataire mais il faudrait être plus précis; cf. ATF 114 IV 16.

¹³¹⁷ LOBSIGER, p. 1452.

¹³¹⁸ RUDIN, Chefin, p. 8.

¹³¹⁹ voir ZBINDEN, p. 143 s.

¹³²⁰ BAUMGARTNER Urs, in: PJA 2003, p. 1432 ss.

¹³²¹ Du même avis: GEISER, Datenschutz, p. 33.

¹³²² Voir BÉCHERRAZ Georges-Marie, *Quand les SMS deviennent des preuves accablantes*, in: Quotidien 24 Heures du 15.10.2007, p. 17.

Conclusion du CHAPITRE II

Dans ce chapitre portant sur les autres composantes de la vie privée, nous avons vu combien chaque élément est en même temps une composante et un ajout à la notion de vie privée. La vie familiale, le domicile et la correspondance sont de plus en plus difficiles à séparer strictement de la vie professionnelle et du monde du travail. Lorsqu'un équilibre est trouvé avec la vie professionnelle et que les conditions de travail peuvent être choisies et non imposées, l'efficacité des salariés en sort renforcée. Les technologies impliquent de repenser les rapports hiérarchiques et de redéfinir les priorités. C'est une remise en cause profonde au sein d'une entreprise.

Le respect du domicile est un des domaines dans lequel la jurisprudence de Strasbourg a influencé de manière croissante celle de Luxembourg et des deux pays sous analyse. La jurisprudence française reste toutefois plus développée et plus dense pour ce qui relève des clauses de mobilité et les obligations de domicile.

Le mode particulier du télétravail a fait l'objet du premier accord européen entre partenaires sociaux; accord qui a été repris au niveau national par la France. La Suisse reste à la traîne en ce qui concerne une réglementation claire de ce mode de travail. Toutefois, les avantages et les inconvénients sont communs à tous les systèmes juridiques. Les avantages pour l'employeur résident dans la diminution des coûts liés au fonctionnement (matériel de bureau) et dans le renforcement de la productivité puisqu'il permet au salarié d'adapter son travail à son mode de vie (ex. vie familiale).¹³²³

Les avantages pour le travailleur sont: une meilleure concentration, la possibilité de rester dans un environnement qui lui est familier; il peut aménager son temps de travail tout en suivant son rythme personnel; il n'a pas ou peu de déplacement et il peut gérer de manière autonome sa charge du travail.

Le télétravail comporte en même temps un certain nombre de désavantages. Le principal inconvénient est le fait qu'il est accompagné d'un isolement sur le plan social. L'absence de séparation claire entre vie privée et professionnelle peut être un enjeu.

Evidemment, le télétravail doit être équilibré et équitable. Il ne s'agit pas de tomber du dicton « *anytime-anyplace* » à celui de « *always-everywhere* »¹³²⁴. La confusion du lieu de travail et du domicile est possible mais la séparation des temps de travail et de repos doit perdurer pour garder un élément indispensable à la protection de la vie privée¹³²⁵.

¹³²³ DE BENALCAZAR, p. 53; voir également ROBERT, p. 33.

¹³²⁴ GROTE Gudela, *Telearbeit - ein noch immer kontrovers diskutiertes Thema*, in: *Employeur Suisse* n°9, 2010, p. 8.

¹³²⁵ PROBST, p. 1111.

En conclusion, la confiance réciproque est indispensable :

« Vertrauen und Kontrolle, Eigenverantwortung und zentrale Steuerung, persönliche Nähe und technisch vermittelte Kommunikation sind Schlagwörter, die diese Herausforderung illustrieren. »¹³²⁶

Enfin, le respect de la correspondance sur le lieu de travail est un sujet très actuel et plusieurs théories s'affrontent. Tout de même, on pourra retenir que les règles établies concernant les écoutes téléphoniques peuvent s'appliquer de manière similaire aux autres technologies. La protection de la sphère privée doit rester une préoccupation importante et une interdiction totale de la communication privée est une atteinte grave à la personnalité du travailleur¹³²⁷. Elle ne se justifie que dans des circonstances très particulières. Des principes clés doivent être respectés pour atteindre un équilibre entre les intérêts des salariés et ceux des patrons. Ces principes sont la transparence (informer le salarié) et la proportionnalité.

Les situations ou états de fait s'entremêlent et les droits protégés se cumulent avec des inventions techniques permettant de tout faire, partant du téléphone aux micro-ordinateurs. Il devient de plus en plus difficile de délimiter selon l'objet puisqu'un même appareil permet plusieurs actions. De même, les appareils sont transportables en tout temps et en tout lieu. C'est un peu comme si on mettait son bureau dans sa poche ou au bout de ses doigts. Des règles devraient être établies pour toutes les communications quelque soit l'objet avec lequel elles sont produites.

2Pour conclure ce deuxième chapitre, il est important de retenir que la technique, l'évolution technologique ne remplacent par la direction du personnel et le rôle de l'employeur. La culture d'entreprise doit évoluer avec son temps:

« Ob private Nutzung absolut verboten oder in angemessenem Masse geduldet wird, ob die Nutzung überwacht wird oder auf die Selbstverantwortung der Arbeitnehmerinnen gebaut wird -- wie ein Unternehmen oder eine Behörde mit der Nutzung des Internets und seiner Dienste umgehen, hat viel mit Unternehmenskultur zu tun. Ein absolutes Verbot der privaten Nutzung -- daran ist aber nicht zu rütteln -- ist zulässig. Allerdings ist eine solche Lösung wohl eher praxisfremd, weil damit Verstöße geradezu vorprogrammiert sind. Ausserdem ist eine Kontrolle, ob eine private Nutzung vorliegt, nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässig und im Aufwand-Nutzen-Vergleich kaum verhältnismässig. Wer sich in der internetnutzenden Arbeitswelt umhört, wird schnell auch gewahr, dass zwar etliche Unternehmen und Behörden sehr restriktive Regelungen kennen, aber die Einhaltung kaum überwachen. Man hat dann -- wenn es einmal nötig werden sollte -- die nötigen Verbote zur Hand. Allerdings leidet so die Glaubwürdigkeit von Regelungen der Arbeitgeberin generell. »¹³²⁸

¹³²⁶ GROTE, p. 9.

¹³²⁷ Du même avis: HOLENSTEIN Christoph, *Die Benutzung von elektronischen Kommunikationsmitteln (Internet und Intranet) im Arbeitsverhältnis*, Berne 2002.

¹³²⁸ RUDIN, Chefin, p. 11.

Dans beaucoup de cas, le fait de vouloir contrôler son personnel par des moyens techniques ou de le surveiller démontre des lacunes dans la gestion du personnel. Or ces manques ne peuvent pas être compensés par des technologies élaborées. Probablement qu'un employé qui passe beaucoup de temps en correspondances privées, sur Internet ou en contact constant avec sa famille et ses amis via un chat, le faisait déjà avant même l'apparition d'Internet. Il ne s'agit donc pas de transférer le pouvoir de contrôle aux informaticiens mais bien d'exercer son pouvoir de direction.¹³²⁹

¹³²⁹ RUDIN, Chefin, p. 11.

Conclusion du TITRE II

La mise en œuvre de chaque composante de la vie privée dépend non seulement du contrôle qui en est fait mais également de l'implication de l'individu lui-même dans sa protection. Cette mise en œuvre traduit un véritable choix de société. Elle devrait consister en une « démarche active et évolutive, pragmatique et imaginative »¹³³⁰ et « suppose des remises en cause permanentes »¹³³¹. Avec l'apparition des réseaux sociaux notamment, les règles devraient être revues « dans le sens d'une plus grande vigilance et mobilisation de l'individu »¹³³². La responsabilité du salarié ne doit ainsi pas être négligée. S'il décide lui-même de partager des informations relatives à sa vie privée sur Internet, il a une véritable responsabilité. Il donne un certain consentement à l'usage de ses données. La dimension globale d'internet et sa maîtrise difficile sont des éléments à prendre en compte par chacun. Comme le mentionnaient déjà les lignes directrices du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard de la collecte et du traitement de données à caractère personnel sur les « inforoutes »¹³³³:

« L'utilisation d'Internet implique une responsabilité pour chaque action et comporte des risques pour la vie privée. Il est important de se conduire de manière à protéger et à promouvoir de bonnes relations avec les autres. »¹³³⁴

Il est aujourd'hui évident qu'avec les technologies utilisées sur le lieu de travail, chacun, à un moment donné ou un autre, utilise ces moyens pour des communications privées ou mélange le professionnel avec le privé. C'est inévitable. Donc au lieu de prendre des mesures d'interdiction absolues et irréalistes, il vaut mieux établir des règles claires, transparentes et connues de tous.¹³³⁵

¹³³⁰ MALLET-POUJOL, p. 9.

¹³³¹ *Idem*

¹³³² MALLET-POUJOL, p. 10.

¹³³³ Recommandation No. R(99) 5 sur la protection de la vie privée sur Internet, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 23 février 1999.

¹³³⁴ Recommandation No. R(99) 5, Introduction.

¹³³⁵ Du même avis: LOBSIGER, p. 1450.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

L'étude comparée de la reconnaissance de la vie privée du salarié démontre combien ce droit varie selon les époques, l'évolution technologique et les traditions juridiques. Malgré les variations, plusieurs dominantes sont communes: le respect des droits de l'homme du salarié, un équilibre entre les intérêts de l'employeur et celui du salarié, une adaptation et une mise en place du système d'information qui permettent une transparence et des règles claires et disponibles.

Cette reconnaissance de la vie privée, même si elle n'est pas absolue, mérite d'être mise en œuvre dans le respect des intérêts des uns et des autres. Comme on l'a vu dans cette première partie, la plus grande difficulté, tant pour l'entreprise que pour le salarié, est d'être dans le flou juridique. L'entrelacement des sphères privée et professionnelle est facilité par le développement quotidien des nouvelles technologies.

Ainsi, afin d'éviter des débordements, d'un côté comme de l'autre, l'usage du Web, du courrier électronique, de la téléphonie mobile, des réseaux sociaux, de la géolocalisation et tous les autres moyens existants et à venir dans la relation de travail doit être clarifié. Une interdiction absolue n'est plus la tendance. La tendance est à la tolérance mais encadrée de limites raisonnables.

Pour illustrer au mieux cette tolérance raisonnable, la deuxième partie donnera des pistes d'instruments juridiques ou non juridiques et décrira les acteurs impliqués dans la mise en œuvre d'une protection équilibrée.

DEUXIEME PARTIE: LA COMPARAISON DES MESURES DE MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE DU SALARIE

La deuxième partie a pour objectif de présenter l'ensemble des instruments pour la mise en œuvre de la protection de la vie privée du salarié et de les comparer. Elle vise également à analyser de façon critique la manière dont ces outils sont utilisés par différents acteurs du monde du travail. Dans un titre 1^{er}, un aperçu des différents instruments existants ou en révision sera présenté. Dans un titre 2, il s'agira d'analyser leur mise en œuvre par les autorités de surveillance et les autres acteurs.

TITRE I. - La détermination des instruments

Les dispositions régissant la vie privée du salarié prennent la forme de *hard* ou de *soft law*¹³³⁶. Ces deux modes de régulation ne s'opposent pas mais, au contraire, se complètent¹³³⁷. Ils permettent de rechercher une réponse juridique aux nouvelles difficultés créées dans le contexte des SI. Les formes souples de régulation ont été principalement développées au sein des organisations internationales. Elles sont aujourd'hui également utilisées par les Etats, les entreprises, les syndicats ou les ONG¹³³⁸. Les standards, les codes de conduite, les résolutions et autres moyens similaires constituent de nouveaux éléments du droit du travail national et international¹³³⁹.

Il ne s'agit pas de réinventer le droit mais de voir comment il évolue et s'adapte aux changements technologiques. A l'heure des réseaux et de l'interconnexion, le droit accompagne le progrès¹³⁴⁰:

« Il n'est donc pas surprenant de constater que le Droit contemporain ne s'est pas seulement adapté au progrès des techniques de communication, mais qu'il a pleinement participé à l'avènement de la "société de l'information et de la communication". »¹³⁴¹

Parmi l'ensemble des instruments, une distinction sera opérée entre la réglementation des Etats et des institutions démocratiques (Chapitre 1) d'un côté, et les instruments de régulation privés, de l'autre (Chapitre 2)¹³⁴².

¹³³⁶ Pour DELMAS-MARTY Mireille, *Droit et mondialisation*, in: Géopolitique et mondialisation, volume 19, Odile Jacob, Paris 2002, p. 210: le « droit mou » est représenté par les codes de conduite ou codes d'éthique et le « droit dur » par les règles juridiquement sanctionnées. DEVIN Guillaume / GAUTIER Claude, *Mondialisation et droit international public: Entre réalismes juridique et politique*, in: LAROCHE (dir.) *Mondialisation et gouvernance mondiale*, Iris, Paris 2003, p. 256 s.; on peut également parler d'**échelle de densité normative** comme l'explique: THIBIERGE Catherine, *Le droit souple, Réflexions sur les textures du droit*, in: RTDC 2003, p. 599 ss.

¹³³⁷ Nous souhaitons ainsi également faire rejoindre les visions américaines (pure autorégulation par les entreprises) et européenne (directives, régulations étatiques). Pour les USA, « c'est le secteur privé qui doit avoir l'initiative car les lois du marché permettent l'innovation, l'accroissement des offres de services et des prix moins élevés que dans un environnement réglementé » (voir note de bas de page n° 28 in: THIEFFRY Patrick, *L'émergence d'un droit européen du commerce électronique*, in: RTDE 2000, p. 623-674).

¹³³⁸ Voir THIBIERGE, p. 599 ss.

¹³³⁹ SIMMA Bruno / ZÖCKLER Markus, *Social Protection by International Law: Law-Making by Universal Organizations (Especially the United Nations)*, in: VON MAYDELL/NUSSBERGER (ed.), *Social Protection by Way of International Law*, Duncker & Humblot, Berlin 1996, p. 70.

¹³⁴⁰ Voir à ce propos: DE QUENAUDON René, *Droit et progrès*, in: Mélanges en l'honneur de Dominique SCHMIDT, Joly, Paris 2005, p. 187-219.

¹³⁴¹ SUPIOT Alain, *Homo Juridicus*, Essai sur la fonction anthropologique du Droit, Ed. du Seuil, Paris 2005, p. 196.

¹³⁴² SUPIOT, *Juridicus*, p. 200 s. L'auteur distingue les notions de **réglementation** et de **régulation**: " Réglementer c'est dicter des règles de l'extérieur, tandis que réguler, c'est faire observer les règles nécessaires au fonctionnement homéostatique d'une organisation. »

CHAPITRE I - Les instruments élaborés par les pouvoirs publics

Les pouvoirs publics ont établi une série de règles afin de mieux protéger la vie privée des salariés. Ils utilisent, en principe, un modèle traditionnel d'édiction des normes. Les règles sont fixées en fonction des débats politiques nationaux et des valeurs qui prévalent dans une communauté.

Dans ce chapitre, il s'agira de mieux comprendre comment les règles internationales et les règles nationales s'influencent et comment elles sont édictées. Dans une première section, les instruments des organisations internationales et régionales seront évoqués. Dans une deuxième section, les instruments des autorités étatiques, en particulier ceux de la France et de la Suisse, feront l'objet d'une analyse au regard des révisions en cours ou à venir.

Section 1. - Les organisations internationales et régionales

Dans cette section, il sera premièrement question de l'apport des organisations internationales (§ 1) dans la production de normes et deuxièmement, de celui du système régional européen (§ 2). Aux niveaux international et régional, des organisations intergouvernementales ont produit des textes visant à promouvoir la protection de la vie privée. Ces instruments ont une influence sur les législations nationales et sur les instruments privés d'autorégulation.

La nature des normes élaborées au niveau international a évolué. « Ce changement dans la nature des normes est fondé sur le pari d'une efficacité des mécanismes de *soft law*. »¹³⁴³ La formulation d'instruments non-contraignants est une partie intégrante des activités normatives des Nations Unies, et particulièrement dans le domaine économique et social (ex. résolutions, déclarations, commentaires généraux, codes de conduite, etc.). Il peut s'agir assez souvent d'un processus. On adopte un standard de *soft law* dans un premier temps, qui deviendra ensuite un instrument contraignant ou alors un standard de *soft law* peut être reconnu plus tard comme contraignant. Enfin, ce même instrument peut aussi servir à l'interprétation et la concrétisation de normes obligatoires.¹³⁴⁴

§ 1. L'apport des organisations internationales

Dans un premier temps, une présentation des instruments juridiques existants (A.) sera effectuée. Dans un deuxième temps, il s'agira de voir si de nouveaux instruments se dessinent et si oui, sous quelle forme (B.).

A. Les instruments juridiques existants

A ce jour, parmi les instruments des organisations internationales, les plus significatifs ont été développés par l'OCDE (1.), l'ONU (2.) et l'OIT (3.). L'instrument de l'OCDE est une référence de nombreux autres textes, y compris ceux du monde onusien. Pour cette raison, il sera présenté avant les deux autres.

Pour chaque instrument, sa nature juridique et sa pertinence actuelle feront partie des critères d'analyse. Un bref rappel du contenu de l'instrument sera aussi effectué. Si une révision est en cours, elle sera envisagée à la lumière de la relation de travail.

¹³⁴³ MOREAU Marie-Ange, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations*, Dalloz, Paris 2006, p. 125.

¹³⁴⁴ SIMMA/ZÖCKLER, p. 78 ss.

1. *Les Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel (OCDE)*

Les Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel (ci-après: Lignes directrices de l'OCDE) ont été adoptées par le Conseil de l'OCDE le 23 septembre 1980¹³⁴⁵. Il s'agit de recommandations du Conseil qui ne sont pas des instruments ayant force obligatoire mais qui expriment un engagement «politique» de la part des pays membres¹³⁴⁶. Elles sont le résultat d'expériences partagées entre gouvernements de l'OCDE, entreprises et industrie. Le Conseil de l'OCDE, conscient des législations nationales différentes, a souhaité concilier les valeurs fondamentales et antagonistes de la vie privée et de la libre circulation. Les Lignes directrices de l'OCDE représentent le **premier ensemble de principes convenus au niveau international sur le respect de la vie privée**.

Ces principes permettent aux pays membres, sur le plan intérieur, d'établir des procédures juridiques, administratives et autres, ou des institutions pour protéger la vie privée et les données à caractère personnel¹³⁴⁷. Parmi les moyens permettant de réaliser cet objectif, on peut citer le fait d'adopter une législation nationale appropriée; d'encourager et soutenir les systèmes d'autorégulation; de donner aux personnes physiques des moyens raisonnables pour exercer leurs droits; d'instituer des sanctions et des recours appropriés en cas d'inobservation des mesures mettant en œuvre les principes; et de veiller à ce que les personnes concernées ne fassent l'objet d'aucune discrimination inéquitable.¹³⁴⁸

A l'époque de l'élaboration des Lignes directrices de l'OCDE, certains Etats avaient fait valoir les avantages qu'offrirait une convention internationale de vaste portée ayant force obligatoire. Le Groupe d'experts mandaté s'est concentré sur son mandat d'établir des lignes directrices sans exclure la possibilité d'un texte contraignant dans le futur.

En 2011, l'OCDE a envisagé une révision de ses lignes directrices. Le rapport, publié à l'occasion du trentième anniversaire du texte, montrait combien les lignes directrices étaient visionnaires mais que la situation était devenue très différente de celle de 1980. Par exemple, « lors de la rédaction des principes, l'individu occupait une position passive. Aujourd'hui, il intervient activement dans la création et la diffusion des données de caractère personnel et il lui faut sans doute mieux comprendre les responsabilités qui lui incombent sur le plan de la protection de la vie privée »¹³⁴⁹.

La révision des Lignes directrices de l'OCDE a été adoptée par le Conseil des ministres de l'OCDE le 11 juillet 2013. Les principales modifications apportées sont

¹³⁴⁵ Voir OCDE, *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, (www.oecd.org), disponible p. http://www.oecd.org/document/18/0,3746,fr_2649_34255_1815225_1_1_1_1,00.html (consulté le 15.07.2005).

¹³⁴⁶ OCDE, *Protection de la vie privée en ligne*, Paris 2003, p. 54.

¹³⁴⁷ Lignes directrices de l'OCDE, point 19.

¹³⁴⁸ Idem.

¹³⁴⁹ OCDE, *La protection de la vie privée et ses mutations: Les lignes directrices de l'OCDE, 30 ans après*, DSTI/ICCP/REG(2010)6/FINAL, p. 44, 13.04.11, p. [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP/REG\(2010\)6/FINAL&docLanguage=Fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP/REG(2010)6/FINAL&docLanguage=Fr), (consulté le 31.08.13)

les suivantes : un renforcement de la responsabilité des entreprises ; une attention particulière attribuée aux failles de sécurité des systèmes et la nécessité de faciliter la coopération transfrontière.

2. *Les Principes directeurs des Nations Unies pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel (ONU)*

Les Principes directeurs des Nations Unies pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel ¹³⁵⁰ (ci-après: Principes directeurs) ont été adoptés en 1990. Ils constituent des recommandations et s'adressent aux Etats et aux organisations internationales gouvernementales (ci-après: OI).

Ces principes directeurs donnent des orientations aux Etats membres lorsqu'ils introduisent des réglementations nationales relatives aux fichiers informatisés de données à caractère personnel. Les procédures de mise en œuvre de ces réglementations sont laissées à l'initiative de chaque Etat.

Les dix principes sont destinés à être incorporés dans la législation nationale. Ils sont énoncés de manière simple et claire et concernent les garanties minimales qui devraient être prévues dans les législations nationales.

Ce texte n'a pas trouvé l'impact voulu. Pourtant, « dans le cadre de l'examen des rapports périodiques sur l'application par les Etats membres du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques effectué par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, la question de la protection des données commence à être soulevée à l'égard de certains pays »¹³⁵¹.

3. *Le Recueil de directives pratiques du BIT sur la protection des données personnelles des travailleurs (OIT)*

Le Recueil de directives pratiques du BIT sur la protection des données personnelles des travailleurs (ci-après: Recueil) a été élaboré en 1997¹³⁵². Ce Recueil n'a pas valeur de norme internationale du travail¹³⁵³ et ne lie donc pas les mandants de l'OIT mais peut donner des indications et orientations dans ce domaine particulier. Il peut faire office de modèle pour des lois nationales ou régionales.

Le Recueil se base principalement sur trois textes: la Convention 108 du Conseil de l'Europe, les Lignes directrices de l'OCDE et la Directive 95/46/CE de l'Union européenne¹³⁵⁴. Ces textes sont des règles générales applicables au traitement de

¹³⁵⁰ ONU, Principes directeurs pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa Résolution 45/95 du 14 décembre 1990, disponible p. http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/45/95&Lang=F (consulté le 12.07.2010).

¹³⁵¹ PFPDT, *Vers une régulation globale du droit à la vie privée: propositions et stratégies!*, 31^{ème} Conférence internationale des commissaires à la protection des données et à la vie privée, Berne 2009, p. http://www.privacyconference2009.org/program/Presentaciones/common/pdfs/jean_philippe_walter_plenar_io6_speech_fr.pdf, (consulté le 31.08.13).

¹³⁵² BIT, *Protection des données personnelles des travailleurs*, Recueil de directives pratiques du BIT, Bureau international du Travail, Genève 1997.

¹³⁵³ Il ne s'agit pas d'une convention internationale du travail ouverte à ratification.

¹³⁵⁴ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24.10.1995, relative à la protection des

données mais ne sont pas des réponses aux enjeux spécifiques du monde du travail, contrairement au Recueil.

Sans s'attarder aux définitions du Recueil qui reprennent celles des autres textes internationaux, il est intéressant de spécifier les éléments propres à la relation sectorielle du travail. Dans les principes généraux, il est relevé que les données à traiter ne peuvent l'être que « pour des raisons directement liées à l'emploi » (pt. 5.1 du Recueil). En ce qui concerne le traitement, « les employeurs devraient procéder à une évaluation régulière de leurs méthodes » (pt. 5.7 du Recueil) et les travailleurs doivent être tenus informés (pt. 5.8 du Recueil). Le Recueil accorde une importance particulière aux personnes qui traitent les données et note qu'elles « devraient être régulièrement formées pour s'assurer qu'elles comprennent les mécanismes de collecte des données » (pt. 5.9 du Recueil). Cet aspect préventif concerne tant les employeurs que les informaticiens. Pour la collecte des données, le consentement explicite du travailleur est une condition importante. « La collecte de données personnelles doit être considérée comme une exception qui demande à être justifiée »¹³⁵⁵. Enfin, la durée du stockage devrait dépendre de la durée pendant laquelle le but du traitement est atteint (pt. 8.5 du Recueil).

Depuis 1997, l'OIT n'a plus traité de la question de la protection des données du salarié, à l'exception peut-être de l'article 3 de la Convention de l'OIT n°185 sur les pièces d'identité des gens de mer (révisée) de 2003. Cette disposition traite de la protection des données biométriques des marins.

L'OIT n'envisage pas de développer de nouveaux instruments sur la protection de la vie privée des salariés, ni dans les discussions sectorielles à venir, ni au sein des conférences internationales du travail des prochaines années¹³⁵⁶.

B. Vers de futurs instruments?

Il n'existe pas de norme internationale contraignante visant spécifiquement à protéger la vie privée des salariés. Il n'existe pas non plus de convention internationale onusienne contraignante visant à protéger universellement les droits à la sphère privée. Cette lacune est dénoncée depuis plusieurs années par la **Conférence internationale des Commissaires à la protection des données et à la vie privée**¹³⁵⁷. Les commissaires appellent de leurs vœux un instrument juridique contraignant des Nations Unies¹³⁵⁸. En 2009, lors de leur conférence annuelle, les commissaires se sont

personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, JOCE n°L281, 38^{ème} année, 23.11.1995, pp. 31-50.

¹³⁵⁵ Observations relatives au recueil de directives de pratiques, annexées au Recueil de directives pratiques du BIT.

¹³⁵⁶ Voir l'agenda des réunions sectorielles de l'OIT jusqu'en 2015, disponible p. http://www.ilo.org/gb/GBSessions/GB319/pol/WCMS_221632/lang--en/index.htm (consulté le 31.08.13) et l'agenda des conférences internationales du travail jusqu'en 2016, disponible p. http://www.ilo.org/gb/GBSessions/GB319/ins/WCMS_222513/lang--en/index.htm (consulté le 31.08.13).

¹³⁵⁷ Cette Conférence a lieu chaque année depuis 1979.

¹³⁵⁸ Cet appel date de la Conférence de Montreux (septembre 2005) et il a été réitéré chaque année (voir la dernière résolution sur le sujet en 2011, appelée *Resolution calling for the organisation of an intergovernmental conference with a view to developing a binding international instrument on privacy and the protection of personal data*, disponible p.

mis d'accord sur une Déclaration appelée « *The Madrid Privacy Declaration* »¹³⁵⁹. Cette déclaration réaffirme que la vie privée est un droit fondamental, protégé notamment par la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Elle rappelle également les Lignes directrices de l'OCDE.

Les deux points de cette déclaration qui retiennent le plus notre attention sont les deux derniers :

- l'appel à « un moratoire sur le développement ou la mise en œuvre de nouveaux systèmes de surveillance » et
- l'appel à « la création d'un nouveau cadre international pour la protection de la vie privée, avec la pleine participation de la société civile ».

L'idée de moratoire paraît impossible à mettre en œuvre. Les technologies se développent à une rapidité telle que la science et la technique ne peuvent pas être stoppées ou freinées par une commission indépendante d'experts. Cette proposition n'est pas très raisonnable.

Par contre, l'idée de créer un nouveau cadre international pour la protection de la vie privée paraît intéressante. Ce cadre ne doit pas être nécessairement contraignant. Il peut s'agir de *soft law*. L'expérience de ces dernières années montre que si l'on veut mener un processus démocratique avec la société civile et le secteur privé pour créer un cadre, il serait plus pragmatique de viser un objectif de *soft law*. En plus du pragmatisme, un cadre international non contraignant mais rappelant les grands principes sur lesquels tous s'entendraient serait un grand pas.

Comme les experts savent qu'il sera très difficile d'aboutir à un cadre juridique contraignant, ils proposent d'autres options dont celle de renforcer la coopération internationale en créant par exemple une « agence mondiale de la protection des données »¹³⁶⁰. Cette agence mondiale serait un nouvel organisme qui permettrait des changements de pratiques ou l'adoption de normes et qui serait construit sur la base de la Conférence actuelle des commissaires à la protection des données. La création d'une nouvelle organisation internationale spécialisée n'est pas forcément la meilleure idée qui soit. Elle engendrerait des coûts importants¹³⁶¹ et il n'est pas certain que son efficacité serait plus significative que l'actuelle Conférence des commissaires à la protection des données.

Lors de la prochaine Assemblée générale des Nations Unies (en automne 2013), l'Allemagne proposera d'inscrire les principes de protection des données dans un accord international. Cette action s'inscrit dans le contexte des récentes révélations

http://privacyconference2011.org/htmls/adoptedResolutions/2010_Jerusalem/2010_J3.pdf (consulté le 02.03.2012).

¹³⁵⁹ Le texte français de cette Déclaration est disponible p. <http://thepublicvoice.org/madrid-declaration/fr/> (consulté le 31.08.13).

¹³⁶⁰ Voir PFPDT, *Vers une régulation globale du droit à la vie privée: propositions et stratégies!*, 31^{ème} Conférence internationale des commissaires à la protection des données et à la vie privée, Berne 2009, p. http://www.privacyconference2009.org/program/Presentaciones/common/pdfs/jean_philippe_walter_plenar_io6_speech_fr.pdf, (consulté le 31.08.13).

¹³⁶¹ Les Etats membres des organisations internationales réduisent leur contribution et font pression sur les budgets depuis la crise de 2008. Dans ce contexte, la création d'une nouvelle OI est très difficile.

d'Edward SNOWDEN sur le système de surveillance des Etats-Unis. Cet accord international pourrait prendre la forme d'un protocole additionnel à l'art. 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹³⁶². Il est très difficile de prévoir quelle sera la réaction des gouvernements face à cette idée.

Et finalement, puisque l'objet de notre étude vise les salariés, si un instrument international devait régler spécifiquement l'usage des technologies au travail, probablement que l'organisme le plus propice à son élaboration serait l'OIT. Sur la base du Recueil de directives pratiques, on pourrait imaginer élaborer une recommandation énonçant des principes universels. Une recommandation n'obligerait pas les Etats parties puisqu'elle n'est pas soumise à ratification. Toutefois, elle aurait le mérite de donner des pistes et de relancer la discussion tripartite sur le sujet. Mais, comme mentionné plus haut, cette idée n'est pas à l'ordre du jour des prochaines Conférences internationales du travail.

§ 2. *L'apport des organisations régionales européennes*

Les organisations régionales européennes ont apporté deux textes phares : la Convention 108 du Conseil de l'Europe (A.) et la Directive 95/46/CE de l'UE (B.). Il s'agira de présenter la nature juridique de ces instruments et de s'attarder sur le processus important de révision ou de modernisation en cours.

A. *La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Convention 108)*

La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Convention 108)¹³⁶³, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 17 septembre 1980 est ratifiée par 45 des 47 Etats membres et par l'Uruguay¹³⁶⁴. Les auteurs de la Convention 108 avaient conscience de la nécessité d'une réglementation universelle et ont opté, dès son adoption, pour une convention ouverte aux Etats non membres de l'organisation. Cet instrument demeure **le seul texte juridique contraignant sur le plan international**.

En 2011, le Bureau du comité consultatif de cette convention (T-PD) a entamé des travaux afin de **moderniser** la Convention 108¹³⁶⁵ et la Recommandation (89)2 sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi.

Le projet de convention modernisée¹³⁶⁶ amène les changements importants suivants: 1°) une actualisation des définitions; 2°) une précision du champ d'application; 3°)

¹³⁶² Il serait basé sur l'Observation Générale n°16 relative à l'article 17 du Pacte, disponible p. www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.GC.34_fr.doc (consulté le 23.06.11).

¹³⁶³ Conseil de l'Europe, *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, série des Traités européens n°108, Strasbourg 1981.

¹³⁶⁴ Voir le tableau des ratifications, disponible p. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=108&CM=1&DF=&CL=FRE> (Etat au 30.08.2013).

¹³⁶⁵ Au préalable une large consultation publique a été mise en circulation avec une série de questions précises.

¹³⁶⁶ Le projet peut être consulté p. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/TPD_documents/T-

l'intégration de deux nouveaux principes (le principe de proportionnalité et le consentement); 4°) l'introduction de devoirs pour les responsables (notamment la transparence et la sécurité) et 5°) un renforcement des autorités de contrôle.¹³⁶⁷

- 1° Les définitions subissent un toilettage¹³⁶⁸. La notion de « personne identifiable » est précisée dans l'exposé des motifs. La notion de fichier est abandonnée et celle de maître du fichier est remplacée par la notion de responsable de traitement, laquelle est complétée par les notions de sous-traitant et de destinataire des données.
- 2° Cette révision limite le champ d'application de la Convention 108 en excluant les traitements réalisés par une personne physique dans le cadre d'activités exclusivement en lien avec sa vie privée et familiale¹³⁶⁹.
- 3° Le principe de **proportionnalité** (art. 5 § 1 du projet) est inscrit dans le texte de la Convention¹³⁷⁰. Il vise les données et leur traitement. A la lumière de la jurisprudence de la CEDH¹³⁷¹, il est important que ce principe soit explicitement introduit dans le nouveau texte. Il s'agit d'un principe clé de la relation de travail. La balance des intérêts et la recherche de l'équilibre sont au coeur de l'analyse de la vie privée du salarié.
L'introduction d'une nouvelle disposition prévoyant le **consentement** de la personne concernée est prévue. Un consensus ne s'est pas encore dessiné sur le consentement explicite et non équivoque. Il est prévu que le traitement de données ne puisse être effectué que sur la base d'« un consentement spécifique, libre, éclairé »¹³⁷². Le consentement explicite requiert une action positive et affirmative de la personne concernée; cette action est d'autant plus importante dans les activités en ligne¹³⁷³.
- 4° Le devoir de **transparence** du SI est intégré dans cette révision. Il s'agit d'une « obligation d'information des personnes sur lesquelles on traite des données, à mettre à charge des personnes qui effectuent le traitement »¹³⁷⁴ (art. 7bis du projet). Ce devoir va dans le sens d'une meilleure protection de la vie privée en

PD(2012)04Rev4_F_Convention%20108%20modernisée%20version%20F.pdf (consulté le 05.05.2013)

¹³⁶⁷ Voir DE TERWANGNE Cécile, *La modernisation de la Convention 108 du Conseil de l'Europe*, in: EPINEY A. / FASNACHT T., *Le développement du droit européen en matière de protection des données et ses implications pour la Suisse*, Schulthess, Zürich / Bâle / Genève 2012, p. 23-67.

¹³⁶⁸ WALTER Jean-Philippe, *Modernisation de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Convention 108)*, Conférence internationale sur la protection des données, Skopje 2012, p. <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00628/00665/index.html?lang=fr> (consulté le 12.12.12).

¹³⁶⁹ Dans ce contexte, une attention particulière devra être accordée au phénomène des réseaux sociaux. Des informations personnelles sont partagées dans le cadre d'activités purement domestiques. A ce stade des discussions, il est proposé d'appliquer pleinement la convention dès que des données personnelles sont accessibles à des personnes externes à la sphère personnelle.

¹³⁷⁰ Il est complété par le principe de minimisation des données à l'art. 8bis § 2 du projet.

¹³⁷¹ CourEDH, S. et Marper c. Royaume-Uni, 4 décembre 2008, req. n°30562/04 et 30566/04, Rec. 2008, paragr. 118.

¹³⁷² Voir art. 5 § 2 du projet.

¹³⁷³ WALTER, *Modernisation*.

¹³⁷⁴ DE TERWANGNE, *Modernisation*, p. 55.

pratique. Dans le secteur de l'emploi, il impose ainsi à l'employeur d'informer le salarié sur le fonctionnement des SI en place¹³⁷⁵.

La **sécurité** des données est déjà prévue dans la Convention 108. La modernisation vise à clarifier la responsabilité de la sécurité¹³⁷⁶. Le responsable du traitement ou le sous-traitant doit prendre des « mesures appropriées » (art. 7 du projet). Le Rapport explicatif précise que l'exigence de sécurité doit être adaptée aux fonctions spécifiques du traitement de données et proportionnée aux risques encourus¹³⁷⁷.

Le projet pose le principe selon lequel le responsable du traitement a la charge de respecter le droit à la protection des données durant toutes les phases du traitement et de prendre toutes les mesures appropriées – y compris en cas de sous-traitance – pour mettre en œuvre les dispositions de protection des données¹³⁷⁸. Il s'agit de l'introduction du principe du « respect de la vie privée dès la conception » (*Privacy by Design*) qui vise à prendre en compte la question de la protection des données dès le stade de la conception d'un produit, d'un service ou d'un SI. L'insertion de ce principe est une réelle nouveauté qui permet de mieux prévenir les problèmes en amont.

Toutefois, cette idée ne fait pas l'unanimité et certains privilégient l'introduction d'une obligation du responsable du traitement de procéder à une analyse de risque ou analyse d'impact en matière de protection des données¹³⁷⁹. De plus, le responsable de traitement devra mettre en place des mécanismes internes permettant de démontrer aux personnes concernées et aux autorités de contrôle la conformité des traitements avec les dispositions applicables. Ces mesures visent, par exemple, la nomination d'un délégué à la protection des données à l'intérieur de l'entreprise.

Toutes ces obligations complémentaires (*Privacy by Design*, étude d'impact et mécanismes internes) figurent actuellement à l'art. 8bis du projet.

5° Le **renforcement des autorités de contrôle** est prévu à l'art. 12bis du projet. Il s'agit d'un nouveau chapitre qui transpose l'art. 2 du Protocole additionnel de 2001¹³⁸⁰. Le renforcement vise principalement l'indépendance et les pouvoirs des

¹³⁷⁵ Par exemple, en cas de vidéosurveillance, de conservation des données et des traces des cartes magnétiques, de lecture des puces RFID, etc.

¹³⁷⁶ DE TERWANGNE, Modernisation, p. 56.

¹³⁷⁷ Voir paragr. 61 du Rapport explicatif: « *There should be specific security measures, both of technical and organisational nature, for each processing, taking into account: the nature of the personal data; the degree of vulnerability of the technical architecture performing the processing; the need to restrict access to the data; requirements concerning long-term storage; and so forth. The security measures must be appropriate for the data and for the purpose of the processing.* », p. [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/TPD_documents/T-PD-BUR\(2013\)3_rev2_EN_Draft%20expl.%20report.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/TPD_documents/T-PD-BUR(2013)3_rev2_EN_Draft%20expl.%20report.pdf), (consulté le 31.08.13).

¹³⁷⁸ Art. 8bis du projet.

¹³⁷⁹ WALTER Jean-Philippe, *La Convention 108 – d'un standard européen vers un standard universel?*, Conférence internationale sur la protection des données, Varsovie 2011, p. <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00898/01767/index.html?lang=fr> (consulté le 10.05.2012).

¹³⁸⁰ Conseil de l'Europe, Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, 08.11.2001, Strasbourg. (ratifié par la Suisse et la France)

autorités de contrôle (par exemple, un pouvoir de décision et de sanction autonome).

Enfin, le projet de convention révisée prévoit, à son chapitre V, l'établissement d'un comité conventionnel qui devrait améliorer l'application et le suivi de la convention. Ce comité ne serait pas simplement consultatif, mais aurait des compétences d'évaluation et de suivi. Son rôle serait similaire à celui du Groupe de l'art. 29 de l'UE¹³⁸¹.

A ce stade des travaux, le projet de modernisation a été transmis du T-PD au Comité des Ministres pour considération¹³⁸². Le caractère général, simple et pragmatique des dispositions de la Convention 108 est maintenu, avec des textes sectoriels plus détaillés au moyen de Recommandations du Comité des Ministres. Un projet révisé de Recommandation sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi devrait être achevé pour la 30ème réunion Plénière en octobre 2013.

B. La directive n°95/46 sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation (Directive 95/46)

La Directive 95/46/CE¹³⁸³ est la pierre angulaire historique de la législation sur la protection des données dans l'UE. Les autres instruments législatifs importants et pertinents de l'UE en matière de protection des données sont le règlement n° (CE) 45/2001 applicable au traitement des données par les institutions et les organismes de l'UE¹³⁸⁴ et la directive 2002/58/CE sur la vie privée et les communications électroniques¹³⁸⁵. L'art. 16 TFUE constitue la base juridique pour la protection des données applicable à tous les traitements de données à caractère personnel, dans les secteurs public et privé, et l'art. 8 de la Charte DFUE consacre la protection des données à caractère personnel en tant que droit fondamental.

La Directive 95/46/CE fait actuellement l'objet d'une révision importante. Fin 2010, la CE a présenté sa stratégie pour renforcer les règles de l'UE en matière de protection des données¹³⁸⁶. Sur la base de cette stratégie, elle a lancé un réexamen et une

¹³⁸¹ GREENLEAF Graham, *Modernising Data Protection Convention 108: A Safe Basis for a Global Privacy Treaty ?*, in : Computer Law & Security Review, vol. 29 n° 4, 2013.

¹³⁸² Le Comité des Ministres a chargé un comité ad hoc d'examiner et de finaliser le projet. La forme juridique de l'exercice de révision n'est pas encore définitive mais il s'agira vraisemblablement d'un protocole d'amendement de la Convention.

¹³⁸³ Directive n°95/46 du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données (JOCE L281, 23.11.1995, p. 31).

¹³⁸⁴ Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, JO L 8 du 12.1.2001, p. 1.

¹³⁸⁵ 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), JO L 201 du 31.7.2002, p. 37; telle que modifiée par la directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009.

¹³⁸⁶ Communiqué de presse de la CE, *Protection des données: la Commission européenne présente sa stratégie pour renforcer les règles de l'Union en la matière*, Bruxelles le 4 novembre 2010, p. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1462&format=HTML&aged=0&language=FR> (consulté le 03.04.2011).

consultation publique large afin de réviser la Directive 95/46/CE.

La stratégie vise à moderniser le cadre européen dans lequel s'inscrivent les règles relatives à la protection des données. Les objectifs essentiels sont les suivants¹³⁸⁷:

- **Renforcer les droits des personnes** (la collecte et le traitement des données, la transparence, le consentement éclairé, le « droit à l'oubli », la sensibilisation, les données sensibles, recours et sanctions);
- **Renforcer la dimension « marché intérieur »** (sécurité juridique et conditions égales aux responsables de traitement, responsabiliser davantage les responsables du traitement, autoréglementation et certification);
- **Renforcer et harmoniser le rôle et les pouvoirs dévolus aux autorités chargées de la protection des données.**

Les objectifs de la révision sont pertinents et clairs. Le renforcement des droits des personnes est probablement le plus important à mettre en œuvre. Les deux autres objectifs visent à assurer cette protection. Le nouveau projet a été publié début 2012 et il est passablement critiqué¹³⁸⁸. Les consultations sur l'approche globale de ce paquet de réformes ont permis de conclure que la fragmentation actuelle de la protection des données à caractère personnel fait l'objet de vives critiques, en particulier de la part des opérateurs économiques. Ces derniers réclament une plus grande sécurité juridique et une harmonisation plus poussée des règles en matière de protection des données à caractère personnel. Ils considèrent que la complexité des règles relatives aux transferts internationaux de données à caractère personnel constitue un obstacle. Ce problème de fragmentation des législations nationales fait l'objet d'un consensus parmi les entreprises, les autorités de surveillance et les conseillers¹³⁸⁹.

Les principaux changements envisagés sont¹³⁹⁰ : 1°) la nature juridique d'instrument ; 2°) l'introduction du champ d'application territorial et une actualisation des définitions générales ; 3°) l'introduction de nouveaux principes pour renforcer les droits des individus ; 4°) l'introduction d'obligations pour les responsables de traitement ; 5°) l'introduction de dispositions sur les codes de conduite et la certification ; 6°) le renforcement des autorités de contrôle indépendantes ; 7°) l'institution d'un Comité européen de la protection des données.

¹³⁸⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, « Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne », COM(2010) 609 final, Bruxelles, 4.11.2010.

¹³⁸⁸ 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), COM(2012) 11 final, Bruxelles, 25.01.2012.

¹³⁸⁹ HARTUNG Jürgen, *Neue Regulierungsaspekte in der EU-Datenschutzreform*, in: WEBER / THOUVENIN (éd.), *Neuer Regulierungsschub im Datenschutzrecht?*, Schulthess, Zürich/Bâle/Genève 2012, p. 34 ss ; HUSTINX Peter, *The Reform of EU Data Protection : towards more effective and more consistent data protection across the EU*, in: EPINEY A. / FASNACHT T., *Le développement du droit européen en matière de protection des données et ses implications pour la Suisse*, Schulthess, Zürich / Bâle / Genève 2012, p. 18.

¹³⁹⁰ Le projet de règlement contient 90 articles. Pour une analyse détaillée, voir : HARTUNG, p. 31-54.

- 1° Cette révision prévoit de modifier la nature juridique de l'instrument. Il ne s'agirait plus d'une directive mais d'un **règlement** qui serait appliqué directement par les pays Membres¹³⁹¹. Ce changement permettrait de « doter l'Union d'un cadre juridique plus solide et plus cohérent en matière de protection des données, assorti d'une application rigoureuse des règles, afin de permettre à l'économie numérique de se développer sur tout le marché intérieur et aux personnes physiques de maîtriser l'utilisation qui est faite des données les concernant, et de renforcer la sécurité juridique et pratique pour les opérateurs économiques et les pouvoirs publics »¹³⁹². Le choix du règlement, comme nouvelle technique législative, est contesté ou au minimum questionné. En Allemagne, par exemple, cela signifierait que la loi nationale et les lois des Länder ne seraient en grande partie plus applicables. Des questions se posent par rapport à la manière d'intégrer le règlement dans la législation nationale et par rapport à l'interprétation différente qui serait effectuée dans chaque pays.¹³⁹³ Le Contrôleur européen de la protection des données répond à ses préoccupations en insistant sur les éléments suivants : le projet de règlement s'appuie sur la législation nationale existante et donne la possibilité d'élaborer des règles nationales supplémentaires, à condition qu'elles soient conformes au règlement. La prétention n'est pas d'avoir une loi à travers toute l'Europe mais d'assurer plus de cohérence, avec un niveau beaucoup plus élevé, et de laisser un espace approprié pour les spécificités nationales¹³⁹⁴.
- 2° Certaines définitions sont reprises de la Directive 95/46/CE ou modifiées selon d'autres directives postérieures¹³⁹⁵. Le **champ d'application territorial** tel que prévu dans le projet de règlement (art. 3) va poser un certain nombre de questions pour les entreprises établies hors de l'UE. Selon le projet, le règlement s'appliquera au responsable du traitement qui n'est pas établi dans l'UE mais dont les activités sont liées à l'offre de biens ou de services dans l'UE ou à l'observation du comportement de personnes de l'UE¹³⁹⁶.
- 3° Les droits des personnes concernées seront renforcés par le **principe de transparence** (art. 11 du projet de règlement), le consentement éclairé (le

¹³⁹¹ Voir BAERISWYL Bruno, *Le point sur le droit de la protection des données*, in : RSJ 2012, p. 457-460.

¹³⁹² COM(2012) 11, 25.01.2012, p. 2.

¹³⁹³ HARTUNG, p. 34 ss.

¹³⁹⁴ HUSTINX Peter, *A Clear Signal for Stronger EU Data Protection*, in : Zeitschrift für Datenschutz 2013, p. 301-302, p. https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2013/13-06-17_Editorial_ZfD_EN.pdf (consulté le 30.08.13).

¹³⁹⁵ Les termes utilisés dans les textes suivants sont repris : 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 »), JO L 201 du 31.7.2002, p. 37 ; Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques ; Directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques ; Règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, texte présentant de l'intérêt pour l'EEE; JO L 337 du 18.12.2009, p. 11.

¹³⁹⁶ HARTUNG, p. 40.

principe est clarifié), le «droit à l'oubli» et une protection contre le profilage (art. 20 du projet de règlement). L'objectif est de permettre aux personnes d'avoir un meilleur contrôle sur leurs propres données. L'introduction du « droit à l'oubli » a fait débat et, au final, le projet de règlement prévoit plutôt un renforcement du droit à l'effacement qu'un véritable droit à l'oubli¹³⁹⁷.

- 4° L'instauration d'une **responsabilité globale du responsable du traitement** est prévue dans le projet de règlement dans différents articles (art. 11-16, 19 et 32 du projet de règlement). Le responsable de traitement peut être une organisation comme une entreprise ou une collectivité. La nouveauté réside dans le renversement de la preuve puisqu'il reviendra au responsable de traitement de démontrer que toutes les mesures nécessaires ont été prises¹³⁹⁸. Cette responsabilité globale contient plusieurs éléments prévus à l'art. 22 du projet de règlement : a) l'obligation d'information ; b) la nécessité d'études d'impact (art. 33 du projet de règlement) ; c) le principe de *Privacy by Design* (art. 23 du projet de règlement) ; d) la documentation (art. 28 du projet de règlement); e) la désignation d'un délégué à la protection des données (art. 35 du projet de règlement).
- a) **L'obligation d'information** (pendant du principe de transparence) est prévue à l'art. 14 du projet de règlement. Il s'agit d'une obligation proactive¹³⁹⁹, réglée très en détail dans le projet de règlement et de façon très complexe. Cette obligation semble être administrativement lourde à mettre en œuvre¹⁴⁰⁰.
- b) **Les études d'impact** doivent être effectuées par le responsable de traitement dans une série de situations précisées par le projet de règlement en cas de risque particulier pour les droits des personnes concernées. La difficulté réside dans l'interprétation de ce risque particulier. L'art. 33 § 2 du projet de règlement présente une liste non exhaustive des risques. Le responsable de traitement aura de la difficulté à juger de la nécessité ou non de l'étude d'impact. Une des conséquences possibles est un flot de demandes et de questions auprès des autorités de surveillance de protection des données. Il n'est pas certain que la disposition, comme elle est rédigée actuellement, fasse diminuer la bureaucratie pour les entreprises.¹⁴⁰¹

¹³⁹⁷ HUSTINX, Reform, p. 20 ; HARTUNG, p. 45 s. Il ne s'agit plus d'un véritable « droit à l'oubli » comme précédemment annoncé par la CE en 2011 dont la version prévoyait à son art. 15 § 2 : « *Where the controller referred to in paragraph 1 has made the data public, it shall in particular ensure the erasure of any public Internet link to, copy of, or replication of the personal data relating to the data subject contained in any publicly available communication services which allows or facilitates the search or access to this personal data.* » A propos du droit à l'oubli, voir: KORENG Ansgar / FELDMANN Thorsten, *Das « Recht auf Vergessen », Ueberlegungen zum Konflikt zwischen Datenschutz und Meinungsfreiheit*, in: *Zeitschrift für Datenschutz* 2012, p. 312.

¹³⁹⁸ HUSTINX, Reform, p. 21.

¹³⁹⁹ HARTUNG, p. 47.

¹⁴⁰⁰ Pour une vision critique de l'art. 14 du projet de règlement, voir: ECKHARDT Jens, *EU-DatenschutzVO - Ein Schreckgespenst oder Fortschritt ?*, in: *Computer und Recht* 2012, p. 195 s.

¹⁴⁰¹ HARTUNG, p. 47 ; HORNING Gerrit, *Eine Datenschutz-Grundverordnung für Europa ? Licht und Schatten im Kommissionsentwurf vom 25.1.2012*, in : *Zeitschrift für Datenschutz* 2012, p. 104.

- c) Les principes de *Privacy by Design* et *Privacy by Default* sont intégrés dans le projet de règlement¹⁴⁰². Ces deux principes sont intéressants car ils permettent une meilleure prévention et obligent à une réflexion approfondie lorsqu'une entreprise met en place et développe un SI. Toutefois, le texte fait l'objet de critiques car il précise « compte étant tenu des techniques les plus récentes et des coûts liés à leur mise en œuvre ». Ces deux moyens d'interprétation sont très variables. Il sera surtout intéressant de voir comment la CE va définir « les techniques les plus récentes »¹⁴⁰³.
- d) La charge sur les entreprises qu'imposerait une **nouvelle disposition sur la documentation**, telle que prévue dans le projet de règlement est très lourde, voire inutile. La bureaucratie interne qui serait provoquée par cette obligation n'est pas acceptable. Même le Contrôleur européen de la protection des données avoue que cette disposition est beaucoup trop détaillée¹⁴⁰⁴. Il est souhaitable que cette disposition soit revue.
- e) Le projet de règlement prévoit l'obligation pour le responsable de traitement de désigner « systématiquement un **délégué à la protection des données** lorsque: a) le traitement est effectué par une autorité ou un organisme publics; ou b) le traitement est effectué par une entreprise employant 250 personnes ou plus; ou c) les activités de base du responsable du traitement ou du sous-traitant consistent en des traitements qui, du fait de leur nature, de leur portée et/ou de leurs finalités, exigent un suivi régulier et systématique des personnes concernées »¹⁴⁰⁵. L'obligation faite aux entreprises paraît exagérée, voire disproportionnée puisqu'elle ne laisse aucune flexibilité, ni aucune liberté de s'organiser. Le fait d'imposer des charges supplémentaires sur des entreprises, même si elles ont plus de 250 collaborateurs, n'est peut-être pas la meilleure solution.

En gonflant la responsabilité globale du responsable de traitement, la CE donne l'impression de surcharger le projet afin d'obtenir le minimum à la fin des négociations. Le manque de flexibilité de la responsabilité globale du responsable de traitement est critiquable. Les obligations sont très détaillées et il est obligatoire de désigner un délégué à la protection des données. Le projet additionne surcharge administrative et nomination obligatoire d'un délégué.¹⁴⁰⁶

- 5° Les **codes de conduite** et la **certification** sont des instruments à encourager, selon les art. 38 et 39 du projet de règlement. Le projet de règlement précise le contenu possible d'un code de conduite par rapport à la Directive 95/46 tout en mentionnant que les autorités de contrôle ont la possibilité de se prononcer sur la conformité.

¹⁴⁰² L'art. 23 du projet de règlement titre : « Protection des données dès la conception et protection des données par défaut ».

¹⁴⁰³ SCHULZ Sebastian, *Privacy by Design*, in: Computer und Recht 2012, p. 204 ss.

¹⁴⁰⁴ HUSTINX, Reform, p. 21.

¹⁴⁰⁵ Art. 35 § 1 du projet de règlement.

¹⁴⁰⁶ HARTUNG, p. 52.

- 6° Les art. 46 et suivants du projet de règlement se réfèrent aux **autorités de contrôle indépendantes**. Le critère d'indépendance est renforcé par l'introduction d'une disposition détaillée. Le projet de règlement est très procédural et peu flexible car l'établissement d'une autorité de contrôle est réglé dans les détails¹⁴⁰⁷. Les Etats n'ont que très peu de marge de manœuvre. C'est le cas également pour les fonctions et pouvoirs de l'autorité de contrôle. Les moyens mis à disposition des autorités afin de renforcer leur rôle sont notamment ¹⁴⁰⁸ : les sanctions visant à ordonner une rectification ; les avertissements, l'interdiction d'un traitement, le pouvoir d'investigation, les sanctions des infractions administratives (pour plus de détails, voir l'art. 79 du projet de règlement qui fixe les sanctions administratives qui peuvent atteindre des montants conséquents).
- 7° L'institution d'un **Comité européen de la protection des données** est une nouveauté. Ce comité est basé sur l'actuel Groupe de l'art. 29¹⁴⁰⁹. Il est prévu qu'il soit composé « du directeur d'une autorité de contrôle de chaque État membre et du contrôleur européen de la protection des données ».

En ce qui concerne l'emploi, le projet de règlement prévoit, à son art. 82, que les Etats membres peuvent adopter, par voie législative, des règles spécifiques pour le traitement des données à caractère personnel dans le secteur de l'emploi¹⁴¹⁰. Le projet de règlement précise que des situations particulières de traitement des données peuvent être réglées séparément; c'est le cas du traitement des données du travailleur. Ainsi, des lois nationales dans le secteur de l'emploi continueront probablement d'exister et le *patchwork* ou la diversité que cette révision voulait abolir, persistera. De plus, il y a une certaine contradiction entre la liberté laissée aux Etats d'établir une législation nationale et l'art. 82 § 3 du projet de règlement qui permet à la CE d'adopter « des actes délégués aux fins de préciser davantage les critères et les exigences applicables »¹⁴¹¹.

Le paquet de réformes présenté par la Commission ne devrait probablement pas être accepté par le Parlement avant mars 2014 et entrer en vigueur au plus tôt en 2016. Le projet complexe et controversé prévoit, selon l'art. 91 § 2 du projet de règlement, qu'il sera applicable deux ans après la publication au Journal officiel.

Les commissions du Parlement européen ont été consultées. Elles ont rendu leur avis au premier trimestre 2013. La commission Libertés civiles, justice et affaires intérieures (LIBE) a entamé ses travaux et doit traiter plus de 4000 amendements déposés, « un record révélateur du grand intérêt suscité par la réforme et de l'intense action d'influence autour du législateur »¹⁴¹². Le vote de la LIBE est prévu en automne 2013. Sur cette base, le Parlement négociera avec le Conseil.

¹⁴⁰⁷ Art. 49 du projet de règlement.

¹⁴⁰⁸ Art. 53 du projet de règlement.

¹⁴⁰⁹ HUSTINX, Reform, p. 21; voir art. 66 du projet de règlement.

¹⁴¹⁰ Art. 82 du projet de règlement, intitulé: Traitement de données en matière d'emploi.

¹⁴¹¹ Voir HARTUNG, p. 35; HORNUNG, p. 105.

¹⁴¹² CNIL, *Projet de règlement européen : agir vite dans un calendrier contraint*, 17.07.2013, p. <http://m.cnil.fr/linstitution/actualite/actualite/article/projet-de-reglement-europeen-agir-vite-dans-un-calendrier-constraint/> (consulté le 26.07.13).

Finally, ce projet de règlement fait encore débat et, malgré les objectifs visés très louables, il doit être simplifié et clarifié pour une mise en œuvre efficace. Parmi les sujets les plus débattus restent: la consécration du droit à l'oubli et la nécessaire mise en place, en contrepartie de la simplification des formalités administratives, d'instruments de responsabilisation des responsables de traitement et sous-traitants¹⁴¹³. Même si des coûts supplémentaires ou des charges administratives sont nécessaires pour assurer une meilleure protection à l'intérieur d'une entreprise, il s'agira de trouver un équilibre raisonnable entre toutes les nouvelles obligations ou propositions. Il ne faudra certainement pas oublier de laisser un peu plus de liberté aux entreprises et le choix des moyens.

Section 2. - Les autorités étatiques

Dans cette section, les instruments principaux des autorités étatiques, c'est-à-dire les lois, seront brièvement énoncés. Il ne s'agira pas d'analyser les sources légales de la protection de la vie privée au travail¹⁴¹⁴ mais plutôt de présenter l'évolution de la législation en vigueur. Comme mentionné plus haut, les instruments internationaux et régionaux évoluent. Il en est de même des législations nationales.

Les législations des deux pays sous analyse seront présentées à la lumière des débats en cours sur la pertinence des instruments. On débutera par la législation nationale française (§1) pour continuer avec la législation nationale suisse (§2).

§ 1. La législation nationale française

Les bases légales nationales pertinentes de la protection de la vie privée du salarié sont la loi du 6 janvier 1978¹⁴¹⁵, appelée loi informatique et libertés, et les dispositions du Code du travail (notamment les art. L1121-1 et art. L1321-3).

Même si la législation française en matière de protection des données a été très précoce, la Directive 95/46 constitue le socle commun à tous les pays de l'UE. La Directive 95/46 a été transposée en droit français par la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel¹⁴¹⁶, réformant la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

La CNIL joue un rôle important dans l'élaboration des normes puisqu'elle a le pouvoir d'émettre un avis sur les projets de décrets ou autres projets de textes soumis par le gouvernement. Aujourd'hui, la révision de la Directive 95/46 est en cours et la CNIL, à travers le Groupe de l'art. 29, a pu contribuer à l'élaboration du projet de règlement et conseiller la CE. En pleine révision des règles européennes, la France ne reste donc

¹⁴¹³ Idem.

¹⁴¹⁴ Les dispositions légales en vigueur, tant en Suisse qu'en France, ont fait l'objet d'une analyse détaillée dans la première partie.

¹⁴¹⁵ Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹⁴¹⁶ 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.

pas inactive. Elle participe aux discussions en cours dans l'UE mais elle débat également de l'avenir de sa réglementation en interne.

La CNIL a lancé un vaste débat avec la société civile et a rencontré, en 2012, une quarantaine d'experts d'horizons variés. Ces experts ont notamment été interrogés sur les formes de régulation de demain et leurs attentes à propos des autorités de protection des données. Une synthèse de ces échanges¹⁴¹⁷ montre que, pour la plupart des experts, il faut adapter la régulation et qu'il faudrait avoir une approche technique et juridique pour mieux protéger les personnes. Les particuliers devraient jouer un rôle plus actif dans le dispositif de régulation qui leur est appliqué.

§ 2. *La législation nationale suisse*

Les bases légales nationales pertinentes de la protection de la vie privée du salarié sont la LPD qui date de 1992, le CO (art. 328 ss) et d'autres dispositions comme les art. 27 et 28 CC ainsi que l'art. 26 OLT 3.

Le Conseil fédéral a soumis la LPD à une évaluation approfondie et a présenté les principaux résultats dans un rapport du 9 décembre 2011¹⁴¹⁸. L'évolution importante de la situation technique et sociale imposait un réexamen. Même si la LPD a été révisée à quelques reprises¹⁴¹⁹, aucune nouveauté fondamentale n'a été insérée. Les principales modifications législatives depuis l'entrée en vigueur ont été effectuées, en grande partie, par la ratification d'accords internationaux¹⁴²⁰. D'ailleurs, le rapport d'évaluation du CF précise qu'il faut en priorité attendre les développements européens avant d'entreprendre une révision.

En résumé, les experts consultés ont recommandé un élargissement du devoir d'information et de transparence pour les responsables de traitement, l'introduction d'un droit d'action des organisations (voies de droit collective), une augmentation des compétences du Préposé (en particulier en matière de sanctions) et la mise en valeur des mesures techniques permettant de préserver la sphère privée en amont¹⁴²¹.

La neutralité technique du texte devrait être préservée puisque le législateur n'est pas en mesure d'aller plus vite ou plus loin que la technologie¹⁴²². La notion de consentement devrait être renforcée en permettant aux personnes concernées de s'exprimer par rapport à l'usage de leurs données¹⁴²³. Des solutions intelligentes doivent

¹⁴¹⁷ CNIL, *Vie privée à l'horizon 2020*, in: Cahiers IP - Innovation & Prospective n°1, 2012, p. http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/La_CNIL/publications/DEIP/CNIL-CAHIERS_IPn1.pdf, (consulté le 31.08.13)

¹⁴¹⁸ Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données du 9 décembre 2011, FF 2012 255 ss.

¹⁴¹⁹ Voir 1ère partie.

¹⁴²⁰ BAERISWIL Bruno, *Datenschutzgesetzgebung in der Schweiz - Standortbestimmung und Ausblick*, in: KIESER Ueli / PÄRLI Kurt (éd.), *Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich: Aktuelle Herausforderungen*, St-Gall 2012, p. 28.

¹⁴²¹ FF 2012 268.

¹⁴²² BELSER Urs, *Die Technologieneutralität des Datenschutzgesetzes: ein strategisch richtiger Entscheid des Gesetzgeber?*, in: Von der Lochkarte zum Mobile Computing, Schulthess, Zürich 2012, p. 17.

¹⁴²³ Voir SIMITIS Spiros, *Entwicklung und Dilemmata des Datenschutzes*, in: EPINEY A. / HÄNNI J. / BRÜLISAUER F. (éd.), *L'indépendance des autorités de surveillance et autres questions actuelles du droit de*

être mises en place avec l'Europe, soit par des accords bilatéraux, soit en s'alignant sur les exigences européennes. Un certain nombre de vides juridiques devraient être comblés par une révision de la LPD et par d'autres adaptations. Une possibilité serait, par exemple, la modification de l'art. 28 CC¹⁴²⁴.

En décembre 2011, en approuvant le rapport d'évaluation, le CF a chargé le DFJP d'examiner l'opportunité de renforcer la législation. Ce dernier a constitué un groupe d'accompagnement afin de tenir compte des différents intérêts. Il soumettra des propositions d'ici fin 2014, à la lumière des développements en Europe¹⁴²⁵.

la protection des données, Schulthess, Zürich/Bâle/Genève 2012, p. 6: « *Ihr ohnehin bestehendes Recht, grundsätzlich selbst zu befinden, ob sie die Daten für sich behalten oder Dritten zugänglich machen möchten, müsste daher ebenso generell von den Datenschutzgesetzen anerkannt und festgeschrieben werden.* » L'auteur explique que la personne concernée devrait explicitement pouvoir faire part de son consentement.

¹⁴²⁴ Voir SCHNEIDER-MARFELS Karl-Jascha, *Facebook, Twitter & CO: « Imperium in imperio »*, in: Jusletter 20.02.2012. (www.jusletter.ch) (consulté le 04.06.12).

¹⁴²⁵ Office fédéral de la justice, *Renforcement de la protection des données*, 03.06.2013, p. http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen/staat_und_buerger/ref_gesetzgebung/ref_datenschu_tzstaerkung.html (consulté le 30.08.13).

Conclusion du CHAPITRE I

Sur le long terme, les Etats devraient faire au mieux pour harmoniser ou rendre leurs règles « inter-opérationnelles »¹⁴²⁶. La difficulté des législations nationales réside dans le champ d'application de ces lois. Cette limitation géographique contredit le flux d'informations sans frontières¹⁴²⁷. De plus, les législations nationales régissent souvent des problèmes spécifiques et il leur manque une approche intégrée du problème¹⁴²⁸.

Toutefois, il ne faudrait pas effacer toutes les spécificités. Il serait judicieux de tendre vers une harmonisation qui favorise le pluralisme, telle que décrite par DELMAS-MARTY :

« Dans la relation entre normes nationales et internationales, la reconnaissance d'une marge nationale d'appréciation conduit au pluralisme par la voie de l'harmonisation. Alors que l'unification suppose des règles précises auxquelles les Etats sont tenus de se conformer à l'identique, en application d'une stricte hiérarchie des normes, l'harmonisation impose seulement un rapprochement autour de principes communs. »¹⁴²⁹

La régulation internationale permet de faciliter une approche globale. La coopération internationale ou la co-régulation sont des moyens qui permettent de sécuriser les données.

Dans ce chapitre, on a pu constater un mouvement généralisé de révision ou de modernisation des instruments internationaux et régionaux. Les législations nationales suivront puisqu'elles devront tenir compte des nouvelles obligations internationales ou régionales. Il faut toutefois relever un danger lié aux multiples révisions en cours et à la surcharge qu'elles engendrent. Il s'agit de voir si les instruments s'influencent les uns les autres et si les révisions sont alignées.

La modernisation des deux textes européens « phares » en matière de protection des données est simultanée, parallèle mais leur résultat ne sera pas identique. Même s'il s'agit de deux textes de nature juridique différente, « il est impératif que les deux textes soient en totale cohérence sous peine de voir les Etats membres de l'Union européenne et signataires de la Convention 108 tiraillés entre des engagements contradictoires »¹⁴³⁰.

¹⁴²⁶ LITAN Robert E., *Law and Policy in the age of the Internet*, in: Duke Law Journal 50, 2001, p. 1045 ss., p. <http://www.law.duke.edu/journals/dlj/articles/dlj50p1045.htm> (consulté le 16.05.02); pour une critique des lois nationales sur la vie privée, voir: FROMKIN Michael, *The Death of Privacy ?*, in : Stanford Law Review 52 (2000), p. 1461-1543; GELLMAN Robert M., *Can Privacy be Regulated Effectively on a National Level? Thoughts on the Possible Need for International Rules*, in: Villanova Law Review 41 (1996), p. 129-172.

¹⁴²⁷ WEBER, p. 114.

¹⁴²⁸ Idem, p. 115.

¹⁴²⁹ DELMAS-MARTY, Droit, p. 211.

¹⁴³⁰ DE TERWANGNE, Modernisation, p. 25.

De plus, plusieurs auteurs craignent que les nouveaux textes européens diminuent la protection en ce qui concerne l'exportation des données à l'étranger, en particulier vers le continent américain¹⁴³¹. Il faudrait s'assurer que les données ne soient pas exportées dans des endroits où la protection est plus faible. Le texte actuel de la Directive 95/46 CE prévoit que le bénéficiaire doit fournir une « protection adéquate ». Toutefois, le projet de règlement utilise les termes de « protection appropriée ». Les pays européens doivent renforcer leur protection face au système américain, en particulier suite aux récentes révélations¹⁴³². Une prise de conscience politique de cet état de fait a lieu, notamment en Allemagne.

Le projet de règlement européen amènera de nombreux changements législatifs. Il touchera tant les entreprises européennes que celles hors de l'UE. Il ne s'agit pas d'une révolution mais d'une évolution¹⁴³³. Toutefois, un grand nombre de points restent à clarifier.

Si certains pensent que la Convention 108 a le potentiel de devenir un instrument global de protection des données, encore faudrait-il que les règles d'accession soit appropriées et transparentes. En effet, aujourd'hui, entre 80 et 100 pays dans le monde ont mis en place une réglementation de protection des données ou de protection de la vie privée. La majorité se trouve en dehors de l'Europe. Mais à ce jour, un seul pays non européen a ratifié la Convention 108¹⁴³⁴.

Toutefois, toute tentative d'harmonisation a ses limites, étant donné les différences qui persistent entre les différents pays; ne serait-ce que pour la mise en œuvre. Afin de répondre à cette diversité, une autre approche originale est proposée depuis plusieurs années par le Prof. REIDENBERG qui prône un accord intergouvernemental qu'il appelle: « *General Agreement on Information Privacy* »¹⁴³⁵. Ce traité devrait reconnaître les principes fondamentaux de protection des données et créer un forum de négociation de haut niveau pour prendre des décisions fondées sur le consensus¹⁴³⁶. Institutionnellement, ce traité serait intégré dans le régime de l'OMC en suivant un modèle similaire à ce qui a été fait avec la propriété intellectuelle.

Enfin, même si le droit devrait être élaboré de manière nouvelle¹⁴³⁷, il ne s'agit pas de faire table rase du passé mais de revisiter ou de repenser le droit¹⁴³⁸. Le droit de la protection des données fait face à de nouveaux défis avec des problèmes qui ne sont pas neufs mais qui changent d'échelle. Il faut souvent savoir y répondre vite. « Mais le

¹⁴³¹ On peut citer par exemple: GREENLEAF Graham, *Modernising Data Protection Convention 108: A Safe Basis for a Global Privacy Treaty?*, in: *Computer Law & Security Review*, vol. 29, n°4, 2013.

¹⁴³² Ex. de l'affaire PRISM et des révélations d'Edward Snowden.

¹⁴³³ HARTUNG, p. 53.

¹⁴³⁴ Il s'agit de l'Uruguay.

¹⁴³⁵ REIDENBERG Joel R., *E-commerce and Transatlantic Privacy*, in: *Houston Law Review* 2001, p. 719-749; idée soutenue par WEBER, p. 114 s.

¹⁴³⁶ Sur le modèle de l'intégration de la propriété intellectuelle dans l'Uruguay Round.

¹⁴³⁷ Pour MOREAU Marie-Ange, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations*, Dalloz, Paris 2006, p. 35: « Le passage à une économie de réseau (*network economy*) impose de repenser les mécanismes propres à la structure traditionnelle des normes sociales [...] »

¹⁴³⁸ Certains pensent qu'il faudrait faire table rase; créer un nouveau droit. Nous ne sommes pas de cette opinion et pensons que le système juridique est apte à s'adapter et qu'il doit évoluer. Voir dans le même sens: VIVANT Michel, *La mesure du défi: le virtuel saisi par le droit, le droit bousculé par le virtuel*, in: *Le droit des autoroutes de l'information et du multimédia: un nouveau défi*, Bruylant, Bruxelles 1997, p. 27-36.

temps du législateur ou du juge n'est pas et ne peut généralement pas être celui de l'internet. »¹⁴³⁹ D'ailleurs, il serait erroné de vouloir donner des réponses légales rapides et mal conçues. « Le droit doit prendre son temps à tous les stades de son élaboration afin de s'assurer que la science et la technique servent à améliorer la condition humaine et ne portent pas atteinte à la dignité de la personne. »¹⁴⁴⁰

¹⁴³⁹ PAUL Christian, *Du droit et des libertés sur internet*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, Paris 2001, p. 12.

¹⁴⁴⁰ DE QUENAUDON René, *Droit et progrès*, in: Mélanges en l'honneur de Dominique SCHMIDT, Joly, Paris 2005, p. 218.

CHAPITRE II - Les instruments de régulation privés

Aux côtés des pouvoirs publics, il existe d'autres acteurs susceptibles d'établir des règles relatives à la protection de la vie privée sur le lieu de travail. Ces acteurs sont ceux du monde économique et ceux du monde des technologies de l'information. Ils sont souvent organisés en réseaux. En effet, tant la globalisation qu'Internet facilitent la création de réseaux d'experts, de décideurs ou de techniciens¹⁴⁴¹.

Une des raisons principales du développement des formes de régulation privées (par opposition aux règles des autorités publiques) réside dans les lacunes ou la non-existence de lois :

«La spécificité de ces nouvelles techniques de régulation vient du caractère innovant des combinaisons, des «options» qui sont jugées adéquates et opportunes par les acteurs sociaux soit au niveau institutionnel, soit sur le terrain de l'autonomie collective, soit par les entreprises elles-mêmes. Il y a un enrichissement des modalités d'intervention normative, car chaque technique, qui peut combiner plusieurs "options", a une fonction spécifique en termes de recherche de démocratie sociale et d'efficacité concrète. »¹⁴⁴²

Les modes de gouvernance peuvent varier selon la nature des problèmes, les effets de la régulation sur les cibles visées et sur les parties tierces. Les négociations peuvent être élevées à des niveaux supérieurs lorsqu'il est nécessaire de le faire.¹⁴⁴³

Parmi les instruments de régulation privés, une distinction sera opérée entre les instruments privés élaborés unilatéralement (section 1) et les instruments privés négociés (section 2) avec les partenaires sociaux ou d'autres acteurs.

Section 1. - Les instruments élaborés unilatéralement

Les instruments élaborés unilatéralement peuvent être considérés soit comme de la réglementation, soit comme de l'autoréglementation. Les deux modes d'élaboration ne s'opposent pas de manière stricte¹⁴⁴⁴. Le droit est ainsi relayé « par des instruments de nature à lui procurer le niveau d'effectivité recherché »¹⁴⁴⁵. La technique traditionnelle du droit du travail d'adopter des normes contraignantes est complétée par une

¹⁴⁴¹ TRUDEL, p. 96.

¹⁴⁴² MOREAU, Normes, p. 132 s.; voir également: MATHIAS Paul, *From Code to Law*, in: MASSIT-FOLLEA F. / MEADEL C. / MONNOYER-SMITH L., *Normative Experience in Internet Politics*, Presses des Mines, Paris 2012, p. 51.

¹⁴⁴³ RAMOS MARTIN / VISSER, p. 523.

¹⁴⁴⁴ BERNS / DOCQUIR / FRYDMAN / HENNEBEL / LEWKOWICKZ, p. 150 s.; SINCLAIR Darren, *Self-Regulation Versus Command and Control? Beyond False Dichotomies*, in: *Law & Policy*, vol. 19, n°4, 1997, p. 529-559; PRIEST Margot, *The Privatization of Regulation: Five Models of Self-Regulation*, in: *Ottawa Law Review*, vol. 29, n°2, 1997-1998, p. 233-302.

¹⁴⁴⁵ TRUDEL, p. 100.

régulation plus souple¹⁴⁴⁶.

Les instruments élaborés unilatéralement se divisent en deux catégories : la régulation quasi-unilatérale du chef d'entreprise (§1) et les instruments techniques ou industriels qu'il choisit de mettre en place (§2).

§ 1. La régulation (unilatérale) par le chef d'entreprise

Le chef d'entreprise peut choisir diverses formes afin d'exercer son pouvoir de régulation dans l'entreprise. Les formes traditionnelles et réglementaires sont le règlement intérieur, les directives ou le règlement d'entreprise (A.). Les formes moins traditionnelles et plus souples et souvent plus utilisées par les multinationales sont la charte d'éthique ou le code de conduite (B.).

La dénomination de l'instrument n'est pas toujours pertinente et peut induire en erreur. « Seule l'analyse du contenu [...] importe pour identifier et traiter la juridicité de règles émises par l'entreprise. »¹⁴⁴⁷

A. Le règlement intérieur / le droit « dur »

L'employeur exerce son pouvoir de direction dans l'entreprise. Un pouvoir disciplinaire découle ensuite de ce pouvoir de direction. Il n'est pas absolu¹⁴⁴⁸ ou tout puissant; il coexiste avec la reconnaissance des droits fondamentaux du salarié.¹⁴⁴⁹

Le pouvoir disciplinaire (et réglementaire) du patron est justifié par « sa qualité de chef d'entreprise se trouvant à la tête d'une communauté d'intérêts organisée et hiérarchisée dont il assume la responsabilité »¹⁴⁵⁰. Il l'est également par le principe contractuel: le contrat place « le salarié dans un état de subordination et corrélativement investit l'employeur de l'autorité nécessaire pour assurer l'exécution de la prestation de travail »¹⁴⁵¹. L'employeur peut ainsi donner des ordres, en contrôler l'exécution et punir les manquements à ses directives¹⁴⁵².

Le droit français parle généralement de règlement intérieur (a.) alors que le droit suisse parle de règlement d'entreprise ou de directives (b.). Ce mode de régulation est régi par la législation nationale.

1. En droit français

Le règlement intérieur est régi par les articles L1311-1 et suivants du Code du travail. Il est élaboré par l'employeur, puis soumis à l'avis du comité d'entreprise, ou à défaut aux délégués du personnel¹⁴⁵³. Son établissement est obligatoire dans toute entreprise

¹⁴⁴⁶ MOREAU, Normes, p. 131.

¹⁴⁴⁷ ANTONMATTEI Paul-Henri / VIVIEN Philippe, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français: état des lieux et perspectives*, in: Dr. soc. 2007, p. 523.

¹⁴⁴⁸ En comparaison avec le droit romain et l'autorité du *pater familias* sur sa *domus*.

¹⁴⁴⁹ LAURENT-MERLE Isabelle, *Le pouvoir disciplinaire face aux droits et libertés du salarié en Europe occidentale*, in: RDT 2007, p. 298-305.

¹⁴⁵⁰ LAURENT-MERLE, p. 298.

¹⁴⁵¹ Idem.

¹⁴⁵² WAQUET, Pouvoir de direction, p. 1054.

¹⁴⁵³ Article L1321-4 du Code du travail :

de plus de 20 salariés¹⁴⁵⁴. Lorsqu'il est définitif, il est transmis à l'inspecteur du travail¹⁴⁵⁵ qui a un pouvoir de contrôle administratif¹⁴⁵⁶. L'inspecteur peut, lorsqu'il estime qu'il y a une clause non régulière, demander le retrait ou la modification d'une clause¹⁴⁵⁷.

Si le règlement veut jouer son rôle, il doit être adapté aux besoins d'une entreprise et doit rester un instrument suffisamment souple pour l'employeur. L'employeur doit pouvoir exercer son pouvoir réglementaire au sens « le plus précis que le droit constitutionnel donne à ce terme: celui d'un pouvoir d'édicter des règles qui complètent les dispositions générales arrêtées par une autorité normative de niveau supérieur et qui s'intègrent ainsi dans l'ordre juridique étatique »¹⁴⁵⁸.

Depuis 1982, avec les lois Auroux¹⁴⁵⁹, l'employeur n'est toutefois plus libre d'aborder les thèmes qui lui conviennent. La législation délimite le périmètre du règlement et prévoit des clauses obligatoires et des clauses interdites. Le contenu du règlement intérieur porte exclusivement sur la discipline, l'hygiène et la sécurité (art. L1321-1 du Code du travail¹⁴⁶⁰). La notion de discipline est imprécise ; elle inclue les questions liées à l'organisation de l'entreprise (y compris les horaires et la durée du travail, l'accès à l'entreprise, l'exercice du droit disciplinaire)¹⁴⁶¹. Des restrictions au contenu sont prévues à l'art. L1321-3 du Code du travail. Le règlement doit respecter les lois et conventions collectives ainsi que les droits des personnes et les libertés individuelles¹⁴⁶².

« 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.

Le règlement intérieur indique la date de son entrée en vigueur. Cette date doit être postérieure d'un mois à l'accomplissement des formalités de dépôt et de publicité.

En même temps qu'il fait l'objet des mesures de publicité, le règlement intérieur, accompagné de l'avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et, le cas échéant, du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, est communiqué à l'inspecteur du travail.

Ces dispositions s'appliquent également en cas de modification ou de retrait des clauses du règlement intérieur. »

¹⁴⁵⁴ Article L1311-2 du Code du travail.

¹⁴⁵⁵ Article L1321-4 al. 3 du Code du travail.

¹⁴⁵⁶ Article L1322-1 et ss. du Code du travail; ANTONMATTEI Paul-Henri / VIVIEN Philippe, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français: état des lieux et perspectives*, in: Dr. Soc. 2007, p. 523. Les auteurs critiquent ce contrôle administratif et soutiennent un contrôle judiciaire uniquement.

¹⁴⁵⁷ Art. L1322-1 du Code du travail.

¹⁴⁵⁸ SUPIOT Alain, *La réglementation patronale de l'entreprise*, in: Dr. Soc. 1992, p. 217.

¹⁴⁵⁹ Cette révision a mis fin à l'ambivalence entre la thèse contractuelle classique et la thèse institutionnelle moderne de la nature du règlement intérieur. Voir : PELISSIER / JEAMMAUD / LYON-CAEN / DOCKES, p. 798 s.

¹⁴⁶⁰ Art. L1321-1 du Code du travail:

« Le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement :

- 1° Les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement, notamment les instructions prévues à l'article L. 4122-1 ;
- 2° Les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés, dès lors qu'elles apparaîtraient compromises ;
- 3° Les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur. »

¹⁴⁶¹ GUIOMARD, p. 103.

¹⁴⁶² Article L1321-3 du Code du travail:

La jurisprudence a jugé de nombreux cas relatifs au règlement intérieur en relation avec des clauses spécifiques. Le Conseil d'Etat a reconnu un certain nombre de clauses se rapportant de près ou de loin à la vie privée, comme nulles dans les cas suivants: une clause interdisant toute conversation étrangère au service¹⁴⁶³; des clauses autorisant la direction à ouvrir à tout moment les armoires individuelles¹⁴⁶⁴ ou les fouilles¹⁴⁶⁵; une clause interdisant le mariage entre salariés de l'entreprise¹⁴⁶⁶; une clause permettant à l'employeur de contrôler sans réserve le taux d'alcoolémie des employés¹⁴⁶⁷. Lorsque les restrictions sont limitées et justifiées, le Conseil d'Etat a par contre approuvé la clause. On peut citer par exemple le cas d'une clause imposant le port d'un badge d'identification dans une centrale nucléaire. Dans cette affaire, l'inspecteur du travail et le directeur régional du travail et de l'emploi avaient approuvé cette clause (transmise par note de service¹⁴⁶⁸). Le Conseil d'Etat a statué en considérant que le badge en question « n'entraîne aucune atteinte à la vie privée des salariés »¹⁴⁶⁹ et est justifié « par la nécessité d'assurer la sécurité des personnes ainsi que des installations nucléaires »¹⁴⁷⁰.

La Cour de cassation a, elle aussi, statué en la matière. Une clause prévoyant « l'interdiction d'utiliser le matériel ainsi que les outils d'une entreprise à des fins personnelles et relatives au caractère confidentiel des documents et matériels détenus par le personnel dans l'exercice de ses fonctions »¹⁴⁷¹ a été reconnue valable. Une clause prévoyant le contrôle par la hiérarchie à tout moment d'un coffre-fort dans lequel le salarié doit déposer son fond de caisse a également été reconnue comme valable¹⁴⁷². Enfin, une clause du règlement intérieur d'un établissement spécialisé dans l'accueil des mineurs en difficulté prévoyant « l'interdiction faite aux membres du personnel éducatif de recevoir à leur domicile des mineurs placés dans

« Le règlement intérieur ne peut contenir :

1° Des dispositions contraires aux lois et règlements ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement ;

2° Des dispositions apportant 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 recherché ;

3° Des dispositions discriminant les salariés dans leur emploi ou leur travail, à capacité professionnelle égale, en raison de leur origine, de leur sexe, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur situation de famille ou de leur grossesse, de leurs caractéristiques génétiques, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales ou mutualistes, de leurs convictions religieuses, de leur apparence physique, de leur nom de famille ou en raison de leur état de santé ou de leur handicap. »

¹⁴⁶³ CE, 25 janvier 1989, n° 64296, Soc. S.I.T.A..

¹⁴⁶⁴ CE, 12 juin 1987, n° 72388, Soc. Gantois.

¹⁴⁶⁵ CE, 11 juillet 1990, n° 86022, Griffine-Maréchal.

¹⁴⁶⁶ CASS. soc., 10 juin 1982, n°80-40.929, Bull. n° 392.

¹⁴⁶⁷ CE, 8 juillet 1988, n° 71484 71542, Soc. Comptoir Lyon Alemand Louyot.

¹⁴⁶⁸ Selon l'art. L1321-5 du Code du travail: « Les notes de service ou tout autre document comportant des obligations générales et permanentes dans les matières mentionnées aux articles L. 1321-1 et L. 1321-2 sont, lorsqu'il existe un règlement intérieur, considérées comme des adjonctions à celui-ci. Ils sont, en toute hypothèse, soumis aux dispositions du présent titre. »

¹⁴⁶⁹ CE, 29 décembre 1995, n° 129747, Syndicat des personnels de l'énergie atomique du Tricastin, non publié.

¹⁴⁷⁰ Idem.

¹⁴⁷¹ CASS. soc., 2 mars 2011, n°09-68890.

¹⁴⁷² CASS. soc., 21 octobre 2008, n°07-41513, Bull. 2008 V n° 193.

l'établissement »¹⁴⁷³ est une restriction « à la liberté du salarié, justifiée par la nature du travail à accomplir et proportionnée au but recherché » et donc légitime.

La jurisprudence, dans son ensemble, semble considérer que les règles susceptibles de porter atteinte aux libertés des salariés devraient se trouver dans le règlement intérieur¹⁴⁷⁴.

Le règlement intérieur est à distinguer des *notes de services* (textes ou circulaires transmis aux salariés). Si elles ne concernent ni la discipline, ni l'hygiène et la sécurité, elles ne sont pas considérées comme faisant partie du règlement intérieur. « A l'inverse, les notes de service, ou tout autre document établissant des règles de caractère général et permanent dans les matières qui relèvent normalement du règlement intérieur sont soumises au même régime que celui-ci par l'article L.1321-5 du code du travail »¹⁴⁷⁵. Elles ne produisent un effet qu'après avoir été soumises au comité d'entreprise, selon l'art. L. 1321-4 du Code du travail¹⁴⁷⁶. Si l'employeur ne respecte pas cette procédure, il ne peut pas reprocher au salarié un manquement aux obligations édictées par le règlement ou par une note de service¹⁴⁷⁷.

En présence d'une violation du règlement intérieur, l'employeur est libre de sanctionner ou non le salarié¹⁴⁷⁸. La sanction doit être proportionnelle à la faute¹⁴⁷⁹ et peut être annulée par un juge prud'homal¹⁴⁸⁰. La solution à favoriser, pour des raisons de transparence et de sécurité du droit, est celle qui consiste à établir, dans le règlement intérieur en tant que tel, la sanction correspondant à la faute. Toutefois, il ne s'agit pas d'une obligation¹⁴⁸¹.

¹⁴⁷³ CASS. soc., 13 janvier 2009, n°07-43282, Bull. 2009 V n° 3.

¹⁴⁷⁴ GUIOMARD, p. 104.

¹⁴⁷⁵ Ministère du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité, Circulaire DGT 2008/22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur, p. http://www.smtaquitaine.fr/uploads/media_items/circulaire-dgt-charte-%C3%A9thique-et-ri.original.pdf (consulté le 10.05.2010). Cette circulaire tente de différencier les instruments patronaux et leur effet juridique. Comme l'explique DE QUENAUDON dans son analyse critique de la circulaire, la DGT « rejoint la thèse selon laquelle la production normative de l'employeur ne se limite pas au règlement intérieur et documents qui lui sont assimilés. Il y a en effet des « normes patronales innommées », portant prescriptions générales et permanentes dans d'autres matières que celles objet du règlement intérieur et échappant dès lors au régime de celui-ci pour être néanmoins soumises à d'autres règles étatiques dont le célèbre article L 1121-1 du Code du travail et au contrôle de l'inspection du travail » (voir : DE QUENAUDON René / GOMEZ-MUSTEL Marie-José, *Bref commentaire de la circulaire DGT n° 2008/22 du 19 nov. 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur*, in : RDT 2009, p. 38-41.)

¹⁴⁷⁶ CASS. soc., 9 mai 2012, Bull. 2012 V n° 134.

¹⁴⁷⁷ Idem.

¹⁴⁷⁸ Il est également libre de sanctionner les agissements considérés comme fautifs qui ne figurent pas dans le règlement intérieur (cf. Art. L1331-1 du Code du travail). Voir également ANTONMATTEI / VIVIEN, p. 526 s.

¹⁴⁷⁹ LAURENT-MERLE, p. 304.

¹⁴⁸⁰ Art. L1333-1 du Code du travail.

¹⁴⁸¹ Voir ANTONMATTEI / VIVIEN, p. 526; selon la note de la Direction des relations du travail du 16.05.1983, 1.2.2.1, in : Dr. soc. 1983, p. 584: « Les sanctions figurant au règlement intérieur peuvent être prises en raison d'interdictions ou obligations non fixées dans le règlement intérieur. »

2. *En droit suisse*

Le droit suisse distingue le **règlement d'entreprise**¹⁴⁸² et les **directives et instructions de l'employeur**¹⁴⁸³. A la différence du règlement intérieur français, le règlement d'entreprise suisse est construit soit unilatéralement, soit en accord avec une délégation du personnel¹⁴⁸⁴. Toutefois, même si l'employeur choisit d'établir le règlement unilatéralement, il doit consulter les travailleurs *a posteriori*. Le règlement d'entreprise est régi par le droit public ; il est obligatoire pour toute entreprise industrielle au sens de la LTr. Les autres entreprises peuvent en établir un, à titre volontaire.

Le règlement d'entreprise couvre les règles relatives à la protection de la santé et des accidents, l'ordre intérieur et le comportement des travailleurs ainsi que les sanctions disciplinaires¹⁴⁸⁵. Son contenu est limité par le droit impératif et les conventions collectives¹⁴⁸⁶ et son contrôle est prévu par l'autorité cantonale¹⁴⁸⁷.

Le règlement d'entreprise est à distinguer du *règlement du personnel* qui, en principe, fait partie intégrante du contrat de travail. Le règlement du personnel est souvent utilisé et développé par les grandes entreprises afin d'éviter de multiplier des contrats de travail longs et complexes. Il contient les dispositions communes à tous les travailleurs ou à une grande partie d'entre eux. Il est soumis aux règles du CO. Certaines dispositions peuvent être des directives et instructions de l'employeur.

En pratique, lorsqu'il s'agit de régler la question de la protection de la vie privée des salariés ou des possibilités de contrôle de l'employeur, l'instrument du règlement du personnel est le plus souvent utilisé¹⁴⁸⁸. Ce règlement est considéré comme un ensemble de directives et d'instructions au sens de l'art. 321d CO¹⁴⁸⁹. Le droit de donner des directives est limité par la protection de la personnalité du travailleur, prévue à l'art. 328 CO¹⁴⁹⁰.

Le règlement assure la transparence et la sécurité du droit. Plus il est clair, plus les salariés savent ce qui est permis et ce qui est interdit. Il permet d'éviter ou de prévenir des conflits entre employeur et employés et d'informer convenablement les salariés des règles en place.¹⁴⁹¹

¹⁴⁸² Art. 37 ss LTr.

¹⁴⁸³ Art. 321d CO.

¹⁴⁸⁴ Art. 37 al. 4 LTr.

¹⁴⁸⁵ Art. 38 al. 1 LTr.

¹⁴⁸⁶ Art. 38 al. 3 LTr.

¹⁴⁸⁷ Art. 39 LTr; l'autorité cantonale est en principe l'office cantonal de l'inspection.

¹⁴⁸⁸ Cet instrument est principalement utilisé par les moyennes et grandes entreprises. Voir DUNAND / MAHON, n. 14 ad art. 321d CO, p. 108.

¹⁴⁸⁹ Le PFPDT propose quelques exemples de dispositions pertinentes pour un règlement interne dans ses guides ; voir par ex. Le Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail, p. <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00628/00629/00634/index.html?lang=fr> (consulté le 31.08.13).

¹⁴⁹⁰ Pour une analyse détaillée du droit de donner des directives en relation avec la protection de la vie privée, voir 1ère Partie, Titre II, Chapitre I, section 1, § 1, C. 2.

¹⁴⁹¹ PFPDT, *Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail*, p. <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00628/00629/00634/index.html?lang=fr> (consulté le 31.08.13).

B. *Le code de conduite / le droit « souple »*

Le code de conduite est d'influence anglo-saxonne¹⁴⁹² et il contient historiquement les règles d'éthique¹⁴⁹³ ou les règles de bonne pratique. Il est souvent mis en ligne sur le site Intranet de l'entreprise pour des raisons de transparence et fait parfois partie intégrante du système qualité de l'entreprise. Lorsqu'il est communiqué, il peut être accompagné d'une acceptation par le salarié qui peut prendre différentes formes¹⁴⁹⁴. Dans certains cas, le code de conduite prévoit une procédure de contrôle interne afin de suivre le respect des dispositions¹⁴⁹⁵.

L'élaboration du code de conduite sur un mode volontaire s'est principalement développée au sein des multinationales¹⁴⁹⁶. Il s'agit d'une technique souple, flexible et qui est souvent présentée comme une alternative aux autres formes de régulation¹⁴⁹⁷. Le code de conduite fait généralement partie des instruments de responsabilité sociale de l'entreprise.

Un code de conduite peut être rédigé et élaboré unilatéralement par le chef d'entreprise¹⁴⁹⁸. Il peut aussi être basé sur un dialogue social fort¹⁴⁹⁹. Cette deuxième solution est à privilégier pour deux raisons: les employés comprennent mieux le contenu et ils se sentent responsabilisés et une négociation entre partenaires sociaux renforce la crédibilité de l'instrument¹⁵⁰⁰. Il faut toutefois reconnaître que cet instrument est, en principe, établi de façon unilatérale par l'employeur¹⁵⁰¹.

Le code de conduite peut avoir des effets juridiques en droit du travail. Il peut être considéré « comme un engagement unilatéral, voir comme un accord atypique, auquel le juge reconnaît des effets juridiques »¹⁵⁰². D'ailleurs, lorsqu'il se rapproche substantiellement du règlement intérieur, il s'agit d'une obligation juridique. Il peut être

¹⁴⁹² Aux Etats-Unis, par exemple, l'autorégulation par le secteur privé est encouragée car le schéma du *bottom-up* est privilégié à celui du *top-down*, particulièrement dans les domaines des communications. Voir : THIEFFRY, p. 628, note de bas de page n°28.

¹⁴⁹³ HAUTEFORT Marie, *Code de conduite et règlement intérieur: attention aux interférences*, in: Jurisprudence Sociale Lamy n°155, 2004, p. 10. Pour les questions d'éthique, on parle plus de charte que de code de conduite.

¹⁴⁹⁴ Voir les exemples donnés par : BLANPAIN Roger / VAN GESTEL Marc, *Use and Monitoring of E-Mail, Intranet and Internet Facilities at Work*, Kluwer Law International, La Haye / Londres / New York 2004, p. 22.

¹⁴⁹⁵ Plusieurs auteurs critiquent la fiabilité des systèmes de vérification des codes de conduite : MAUPAIN Francis, *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière, Peut-on régler sans contraindre ?*, OIT Genève, p. 252 ss ; NEAL Alan. C., *Corporate Social Responsibility : Governance Gain or Laissez-faire Figleaf*, in : Corporate Labour Law and Policy Journal, vol. 29, n°4, 2008, p. 459-474.

¹⁴⁹⁶ MOREAU, Normes, p. 174 ss.

¹⁴⁹⁷ Idem, p. 176.

¹⁴⁹⁸ Il est souvent autocertifié et autovérifié ; voir MAUPAIN, Mondialisation, p. 252.

¹⁴⁹⁹ ANTONMATTEI / VIVIEN, p. 524 ; les auteurs préconisent une élaboration unilatérale avec concertation des représentants du personnel puisque selon eux, une charte ou un code de conduite est plutôt un instrument de gestion d'entreprise (voir art. L2323-6 du Code du travail).

¹⁵⁰⁰ MOREAU, Normes, p. 180; CONTRA: ANTONMATTEI / VIVIEN, p. 524.

¹⁵⁰¹ Voir CAUSSÉ Nadège, *La valeur juridique des chartes d'entreprise au regard du droit du travail français*, PUAM, Aix-en-Provence 2000; SOBCZAK André, *Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, L.G.D.J., Paris 2002.

¹⁵⁰² THIBIERGE, p. 600.

assimilé, selon les cas, à la forme moderne du règlement intérieur¹⁵⁰³. Le code de conduite, même adopté volontairement, dans l'exercice d'un pouvoir de droit privé, n'est pas forcément dénué d'effet obligatoire¹⁵⁰⁴.

S'il comporte des directives, il est, en réalité, un véritable règlement intérieur. La dénomination de l'instrument n'est pas pertinente mais c'est le contenu qui est important. Lorsque les dispositions relèvent du pouvoir disciplinaire de l'employeur, de la sécurité ou de la santé au travail, en principe, il devrait être soumis, selon le droit français, au comité d'entreprise et à l'inspecteur du travail¹⁵⁰⁵. En droit suisse, il serait soumis au respect de l'art. 321d CO ou à la LTr. Un cas très intéressant, tant du point de vue français que suisse est celui du code de conduite de NOVARTIS, multinationale suisse implantée en France. L'entreprise avait publié son code de conduite sur son Intranet. Or, ce code contenait des dispositions problématiques qui relevaient d'un règlement intérieur¹⁵⁰⁶. Le code a du être retiré de l'Intranet¹⁵⁰⁷.

Les codes de conduite ou chartes peuvent facilement relever de la législation sur le règlement intérieur, « sauf s'ils se contentent d'énoncer des grands principes et de rester dans les généralités »¹⁵⁰⁸. Aux Etats-Unis, il existe même des affaires où les tribunaux ont condamné des entreprises pour violation des dispositions du code de conduite en tant que tel¹⁵⁰⁹. Ces affaires sont croissantes en Californie. Elles démontrent que des instruments, a priori dépourvus de portée juridique, peuvent être rattrapés par le droit des obligations ou par le droit commercial¹⁵¹⁰.

Le contenu des codes de conduite est extrêmement variable selon le type d'entreprise (banque, assurance, entreprise de construction, etc.)¹⁵¹¹. On peut distinguer le contenu selon plusieurs catégories qui règlent¹⁵¹²:

- uniquement les conditions de travail internes à l'entreprise (dont le respect de la vie privée ou de la dignité des travailleurs) ;
- les relations avec l'environnement immédiat et les acteurs présents autour de l'entreprise ;
- les relations de l'entreprise avec l'extérieur, avec le monde politique ou la communauté internationale.

¹⁵⁰³ HAUTEFORT, p. 10.

¹⁵⁰⁴ NEAU-LEDUC Christine, *La responsabilité sociale de l'entreprise: quels enjeux juridiques?*, in: Dr. soc. 2006, p. 955. L'auteur cite l'affaire Kasky c. Nike, Cour suprême de Californie, 27 Cal.4th 939, n°S087859, 2.05.2002, affaire qui relate la condamnation de Nike pour avoir trompé les consommateurs en publiant des rapports sociaux évoquant les bonnes conditions de travail des entreprises productrices de chaussures, or ce n'était pas la réalité.

¹⁵⁰⁵ HAUTEFORT, p. 10-12; voir également ANTONMATTEI / VIVIEN, p. 524 qui cite TGI Nanterre, 6 octobre 2004, in : RJS 2004, n°1244.

¹⁵⁰⁶ Ce cas relève de l'Article L1321-5 du Code du travail.

¹⁵⁰⁷ TGI Nanterre, 6 octobre 2004, in : RJS 2004, n°1244; HAUTEFORT, p. 10-12.

¹⁵⁰⁸ HAUTEFORT, p. 11.

¹⁵⁰⁹ Nike Inc. v. Kasky, 539 U.S. 654 (2003); Jane Doe I et al. vs Wal-Mart et al., complaint filed in the Superior Court of the State of California (County of Los Angeles, Central District), September 2005.

¹⁵¹⁰ BERNS / DOCQUIR / FRYDMAN / HENNEBEL / LEWKOWICKZ, p. 39.

¹⁵¹¹ BLANPAIN / VAN GESTEL, p. 12.

¹⁵¹² Cette topographie intéressante est établie par: BERNS / DOCQUIR / FRYDMAN / HENNEBEL / LEWKOWICKZ, p. 16 ss.

Malheureusement, la réalité dépasse ces catégories bien divisées puisque les codes de conduite peuvent englober un ensemble de questions, allant des procédures d'alerte aux conditions de travail. Il s'agira d'analyser chaque code *in concreto* pour déterminer sa nature juridique et la légalité des clauses qu'il contient¹⁵¹³.

§ 2. *Les instruments techniques ou industriels*

Les instruments techniques ou industriels mis en place à l'intérieur de l'entreprise peuvent prendre la forme de standards ou de labels (A.), destinés en principe à la certification ou d'instruments techniques (B.).

A. *Les standards privés*

Le marché de la certification a développé des outils permettant de certifier une entreprise ou un SI. Les standards privés ou labels sont souvent soumis au contrôle d'experts. Ils sont accompagnés d'un système de monitoring qui peut aussi, selon les cas, s'appliquer aux entreprises ayant adopté des codes de conduite. Le label ou le standard peut fonctionner soit comme un substitut au code de conduite, soit comme un complément.

Lorsqu'une entreprise est certifiée, elle subit des audits à des périodes déterminées. Les solutions plutôt techniques apportées par la certification ont l'avantage d'utiliser les possibilités techniques d'Internet et d'assurer des mesures de sécurité transparentes.

Toutefois, une série de risques sont inhérents à la certification: la valeur des expertises réalisées et la légitimité des organismes¹⁵¹⁴. Il ne faut certainement pas croire que les normes juridiques peuvent être remplacées par la certification¹⁵¹⁵.

Pourtant, différentes législations nationales ou européennes font la promotion de la certification¹⁵¹⁶. La Suisse a mis ce système en place en 2008. Elle est donc un bon laboratoire pour voir si cet instrument est utilisé à bon escient. Tout d'abord, la première difficulté est de trouver des organismes agréés et accrédités pour certifier des systèmes d'information et le respect de la protection des données. Il n'en existe que très

¹⁵¹³ Le meilleur exemple est celui du code de conduite de Dassault Systèmes : voir CASS soc., 8 décembre 2009, n° 08-17191, Bull. 2009 V n°276. Pour une analyse détaillée du code de conduite et des enjeux juridiques, voir : DE QUENAUDON René, *Un « code de conduite des affaires » en quête de statut juridique*, commentaire de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 17 avril 2008, in : RDT 2009, p. 311-315.

¹⁵¹⁴ UTTINGER Ursula, *Datenschutzüberprüfungen: Zertifizierungen sowie andere Möglichkeiten oder: Was hat Art. 11 DSGVO verändert?*, in: KIESER U. / PÄRLI K. (éd.), *Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich: Aktuelle Herausforderungen*, St-Gall 2012, p. 69-80.

¹⁵¹⁵ NEAU-LEDUC, *Enjeux*, p. 956.

¹⁵¹⁶ Par exemple l'art. 11 LPD:

« 1. Afin d'améliorer la protection et la sécurité des données, les fournisseurs de systèmes de logiciels et de traitement de données ainsi que les personnes privées ou les organes fédéraux qui traitent des données personnelles peuvent soumettre leurs systèmes, leurs procédures et leur organisation à une évaluation effectuée par des organismes de certification agréés et indépendants.

2. Le Conseil fédéral édicte des dispositions sur la reconnaissance des procédures de certification et sur l'introduction d'un label de qualité de protection des données. Il tient compte du droit international et des normes techniques reconnues au niveau international. »

cf. également l'art. 39 du projet de règlement européen.

peu¹⁵¹⁷. Si l'on analyse le nombre d'entreprises qui ont fait la démarche de se faire certifier, le résultat est plutôt maigre¹⁵¹⁸. Celles qui ont signifié leur certification au PFPDT sont encore moins nombreuses¹⁵¹⁹. On peut ainsi conclure que la volonté du législateur n'est pas respectée, ni même mise en œuvre.

En France, la labellisation est une compétence récente de la CNIL¹⁵²⁰ ; il ne s'agit donc pas d'un instrument privé. Elle a la possibilité de délivrer des labels à des produits ou à des procédures ayant trait à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Ce n'est qu'en 2011 que la CNIL a commencé à utiliser cette procédure particulière en publiant une délibération visant à fixer une procédure de labellisation¹⁵²¹. A ce jour, la CNIL a délivré 6 labels pour des procédures d'audits¹⁵²².

L'expérience suisse montre que l'effet de l'intégration d'une disposition sur la certification dans la législation est marginal, pour ne pas dire nul¹⁵²³. Il ne faut pas pour autant abandonner cette idée ; c'est une possibilité parmi d'autres. Par contre, les bienfaits de la certification doivent être relativisés.

B. *La régulation technique*

Aux côtés de la régulation juridique à proprement parler, il ne faut pas négliger le développement de **méthodes de protection techniques** (cryptage, anonymisation de données, cryptographie). Les SI contiennent des outils techniques de sécurité qui servent tant l'employeur que le salarié. La protection des données est assurée par des moyens tels que des programmes antivirus, des pare-feu, les mots de passe, et d'autres instruments techniques élaborés pour la sécurité informatique de l'entreprise.

En principe, les outils développés pour assurer la sécurité d'une entreprise, assurent également la sécurité du salarié et le préserve d'intrusions extérieures. Il faut rappeler que les atteintes à la vie privée du salarié ne viennent pas uniquement de l'intérieur mais peuvent venir de l'extérieur de l'entreprise, que ce soit en raison de la soustraction du système informatique à un tiers ou en raison de la mise en réseau¹⁵²⁴.

L'entreprise doit obligatoirement mettre en place un système technique de sécurité pour se protéger des attaques subies en grande partie via Internet. Une majorité des entreprises subit des attaques de spams, de sabotage, de vol de données ou d'autres

¹⁵¹⁷ Par exemple, en Suisse, il n'en existe que deux: SQS et KPMG; voir UTTINGER, p. 72.

¹⁵¹⁸ UTTINGER, p. 73.

¹⁵¹⁹ Idem, p. 74 ss.

¹⁵²⁰ Au sens de l'art. 11 ch. 3 lit. c Loi Informatique et libertés

¹⁵²¹ Délibération n° 2011-249 du 8 septembre 2011 portant modification de l'article 69 du règlement intérieur de la Commission nationale de l'informatique et des libertés et insérant un chapitre IV bis intitulé « Procédure de labellisation », JORF n°0220 du 22 septembre 2011.

¹⁵²² CNIL, *Un an après la délivrance des premiers labels : où en est-on ?*, 31 juillet 2013, p. <http://www.cnil.fr/linstitution/actualite/article/article/un-an-apres-la-delivrance-des-premiers-labels-ou-en-est-on/> (consulté le 31.08.13).

¹⁵²³ Idem, p. 80.

¹⁵²⁴ FREY Martin B. / MÜLLER Stephan M., *Unternehmen am IT-Tropf Neue Methoden der Risikobeurteilung am Beispiel einer Betriebsunterbrechung*, in : DIGMA 2003, p. 10-14.

cyberattaques. Le dernier rapport du MELANI, c'est-à-dire la centrale fédérale suisse d'enregistrement et d'analyse pour la sécurité informatique, montre que les cyberattaques contre des entreprises ou services gouvernementaux sont nombreuses et parfois spectaculaires¹⁵²⁵. Ainsi, si l'entreprise ne se protège pas, elle est face à des problèmes opérationnels, légaux et économiques.

Une étude récente au niveau mondial montre que les données des employés sont la cible la plus facile à viser et que la perte ou la détérioration des dossiers internes a augmenté de plus de 100% par rapport à 2012¹⁵²⁶. Cette étude précise également que les employés actuels ou les anciens employés d'une entreprise peuvent être une source d'incidents de sécurité. Cette étude montre également que les outils tels que les *smartphones* et les tablettes présentent des risques de sécurité élevés. Les efforts pour mettre en œuvre des programmes de sécurité mobiles ne présentent pas de gains significatifs par rapport à 2012.

L'exemple technique le plus connu, élaboré sur Internet, pour la protection de la vie privée est le P3P, *Platform for Privacy Preferences*¹⁵²⁷. Il s'agit d'une méthode basée sur un protocole technique capable d'établir une négociation automatique entre l'ordinateur de l'internaute et celui du site afin d'atteindre un accord qui règlera l'échange d'informations entre le site web et ses visiteurs¹⁵²⁸. En novembre 2011, cette plateforme a publié deux premiers projets de standards permettant de répondre aux problèmes relevant de la vie privée. Ces standards permettent un *tracking* des sites Internet (en fonction de leur respect ou non de la vie privée). Ils sont d'essence purement technique et sont établis par des organismes privés¹⁵²⁹.

Certains auteurs prônent des solutions techniques plutôt que juridiques. Par exemple, le Professeur WEBER parle de l'élaboration d'un « *online privacy system* » qui engloberait un nombre de principes généraux tels que: le choix de l'individu de partager ou non ses informations; la facilité de l'usage du système technique pour l'individu; l'information des personnes dont les données sont utilisées; la possibilité de vérifier ses données; la possibilité de bénéficier de voies de droit¹⁵³⁰.

¹⁵²⁵ MELANI, *Sûreté de l'information*, Situation en Suisse et sur le plan international, Rapport semestriel 2012/2, p. <http://www.melani.admin.ch/dokumentation/00123/00124/01535/index.html?lang=fr> (consulté le 01.05.13). Voir également, PwC, *Key findings from the Global State of Information Security Survey 2014*, 2013, p. <http://www.pwc.com/gx/en/consulting-services/information-security-survey/download.jhtml> (consulté le 01.09.13)

¹⁵²⁶ PwC, *Key findings from the Global State of Information Security Survey 2014*, 2013, p. <http://www.pwc.com/gx/en/consulting-services/information-security-survey/download.jhtml> (consulté le 01.09.13).

¹⁵²⁷ <http://www.w3c.org> (consulté le 01.09.13)

¹⁵²⁸ SALVAS Bertrand, *La protection de la vie privée sur le Web avec P3P: l'arrimage incertain du technique et du juridique*, in: *Lex Electronica*, vol. 8 n°1, 2002, p. <http://www.lex-electronica.org/articles/v8-1/salvas.htm> (consulté le 17.07.03).

¹⁵²⁹ Comme l'Internet Engineering Task Force (IETF) ou l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN); voir à ce propos: ROJINSKY Cyril, *Cyberspace et nouvelles régulations technologiques*, in: D. 2001, p. 844-847.

¹⁵³⁰ WEBER Rolf H., *Towards a Legal Framework for the Information Society*, Schulthess, Zürich 2003, p. 112.

Enfin, une entreprise qui met en place un SI performant et respectueux de la protection des données a un certain retour sur investissement, non seulement vis-à-vis du salarié mais aussi vis-à-vis de sa clientèle. La protection des données au sein de l'entreprise n'est pas uniquement à traiter sous forme de risque mais sous forme d'opportunité.¹⁵³¹ Il faut toutefois que l'employeur et ses salariés connaissent les techniques ou aient au minimum connaissance des menaces potentielles car chacun doit jouer son rôle. Les instruments techniques sont indispensables, nécessaires et utiles.

Section 2. - Les instruments négociés

Les instruments développés par le biais de la négociation sont souvent le fruit d'un processus ouvert qui permet de relayer les réalités vécues par les usagers. Ces processus ne produisent pas nécessairement des règles de droit.¹⁵³² Les instruments présentés ci-après sont négociés, soit par les partenaires sociaux (§1), proches du monde du travail, soit par les acteurs extérieurs au monde du travail et organisés en réseaux (§2).

§ 1. Les partenaires sociaux

Il existe plusieurs niveaux de négociation collective qui sont intéressants pour cette analyse. Il ne s'agit pas ici de détailler le partenariat social ou les formes de partenariat mais d'identifier les niveaux de négociation pertinents pour régler la question de la protection des données des salariés. La négociation peut avoir lieu au niveau national (A.) ou au niveau transnational (B.).

A. Les accords négociés en entreprise et les conventions collectives

Selon les niveaux de négociation de chaque pays, il y a plus ou moins d'accords négociés au niveau de l'entreprise, au niveau sectoriel, régional ou national.

En France, « la négociation d'une convention ou d'un accord d'entreprise permet d'adapter les règles du code du travail aux spécificités et besoins de l'entreprise »¹⁵³³. En principe, ce sont les délégués syndicaux qui négocient avec l'employeur. S'il n'y a pas de délégué syndical, « un accord peut être conclu, sous certaines conditions, par les représentants élus du personnel au comité d'entreprise (ou à défaut par les délégués du personnel) ou, en l'absence de représentants élus, par un salarié spécifiquement mandaté »¹⁵³⁴. Ces accords sont appelés accords d'entreprise.

En Suisse, lorsqu'un règlement est élaboré en collaboration avec le personnel ou plus

¹⁵³¹ RUDIN Beat, *Erfolg - und Geld zurück vom « Return on Investment » von Datenschutz- und Informationssicherheitsmassnahmen*, in : DIGMA 2003, p. 4-5.

¹⁵³² TRUDEL, p. 97.

¹⁵³³ Ministère du travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, *La négociation collective dans l'entreprise*, 8 mars 2013, p. <http://www.travail-emploi-sante.gouv.fr/informations-pratiques,89/fiches-pratiques,91/convention-collective,110/la-negociation-collective-dans-l,1008.html> (consulté le 15.05.2013)

¹⁵³⁴ Idem.

spécifiquement avec la commission du personnel élue¹⁵³⁵, on parle de règlement élaboré par convention. La pratique montre qu'un règlement interne est mieux suivi et mieux respecté si les salariés ont pu participer à son élaboration. Il est donc préférable de choisir la voie de la négociation au sein de l'entreprise.

A un autre niveau de négociation, on peut citer la convention collective.

En France, il existe une distinction entre la convention collective et l'accord collectif. La convention traite de l'ensemble du droit du travail (contrat de travail, hygiène, congés, salaires, classification, licenciement...) alors que l'accord ne porte que sur certains thèmes.¹⁵³⁶

En Suisse, la convention collective de travail (CCT) se définit comme un accord passé entre, d'une part, des employeurs ou associations d'employeurs, et, d'autre part, des associations de travailleurs, afin de définir le contenu des contrats individuels de travail¹⁵³⁷.

L'utilisation de la CCT ou de l'accord collectif pour régler la question de la vie privée du salarié et l'usage des SI peut s'avérer intéressant. Pour des secteurs tels que les télécommunications, par exemple, il pourrait être pertinent de régler une série de questions liées à l'usage du SI et la protection de la vie privée dans la CCT. Il pourrait être envisagé d'introduire un chapitre sur l'usage des technologies par exemple, étant donné que la majorité des salariés du secteur sont en contact constant avec cet outil.

Ce niveau de négociation pour régler la question de la vie privée des employés n'est pas illusoire. En Belgique, depuis 2002, une convention collective sur la protection de la vie privée des employés en relation avec les communications électroniques est en vigueur¹⁵³⁸. Il s'agit d'une CCT nationale qui a été négociée pendant deux ans¹⁵³⁹.

B. *Les accords négociés au niveau transnational*

1. *Au niveau européen*

Il y a deux types d'accords européens qui doivent être distingués : 1°) les accords-cadres établis selon les art. 154 et 155 TFUE et 2°) les autres accords européens conclus avec les comités d'entreprise européens¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁵ Art. 5 ss LPart.

¹⁵³⁶ Ministère du travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, *L'application d'une convention ou d'un accord collectif dans l'entreprise*, 28 février 2012, p. <http://travail-emploi.gouv.fr/informations-pratiques,89/les-fiches-pratiques-du-droit-du,91/convention-collective,110/l-application-d-une-convention-ou,1009.html> (consulté le 15.05.2013).

¹⁵³⁷ Voir art. 356 et ss CO.

¹⁵³⁸ Convention collective de travail n° 81 du 26 avril 2002 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électroniques en réseau (ratifiée par l'AR du 21 juin 2002, paru au MB du 29 juin 2002)

¹⁵³⁹ Pour en savoir plus sur cette convention collective de travail, voir : BLANPAIN / VAN GESTEL, p. 133 ss.

¹⁵⁴⁰ Les comités d'entreprises européens (CEE) permettent aux représentants des travailleurs d'être informés et consultés par la direction, au niveau européen, sur les développements en cours au sein de leur entreprise et sur toute décision transnationale qui pourrait avoir un impact sur les travailleurs. La nouvelle législation européenne sur les CEE, la directive refondue 2009/38/CE, est entrée en vigueur en 2009.

1° Le premier type d'accord est le résultat du processus autonome du dialogue social européen¹⁵⁴¹. Deux procédures existent pour leur mise en œuvre mais une seule nous intéresse dans le cas présent. Il s'agit de celle où les partenaires sociaux européens concluent des accords d'une nouvelle génération d'initiatives « volontaires », dont la mise en œuvre au niveau national, sectoriel et de l'entreprise, est conférée aux partenaires sociaux eux-mêmes. Ces accords sont connus sous l'intitulé « accords volontaires »¹⁵⁴².

A l'image de l'accord-cadre sur le télétravail¹⁵⁴³, la réglementation n'a pas besoin d'être exclusivement basée sur des règles obligatoires mais elle peut être basée sur des lignes directrices, sur un processus pratique d'apprentissage, sur des indicateurs.¹⁵⁴⁴ Ce type d'accord-cadre est encore relativement rare mais il pourrait être un instrument à considérer pour régler la relation de travail et l'usage des technologies.

2° En principe, les accords européens contiennent des dispositions substantielles sur les conditions d'emploi, les conditions de travail, la santé et la sécurité au travail, la formation, l'égalité, les droits syndicaux et les licenciements collectifs. Ces accords pourraient être assimilés à des conventions collectives de niveau européen. « L'élaboration des codes de conduite dans le cadre du dialogue social sectoriel au niveau européen montre l'intérêt de lier une technique d'autorégulation et un mécanisme institutionnel régional. »¹⁵⁴⁵

2. *Au niveau mondial*

Lorsque les codes de conduite sont signés par des organes de représentation organisés sur le plan international, ils obtiennent une légitimité via le dialogue social¹⁵⁴⁶. Ces accords sont « négociés et conclus entre une entreprise multinationale et une fédération internationale, représentant les salariés provenant d'une même industrie ou exerçant un métier identique »¹⁵⁴⁷. Dans ces cas, le partenariat social donne une certaine légitimité aux outils de responsabilité sociale.

Les accords négociés au niveau transnational « sont en quelque sorte de nouvelles technologies juridiques »¹⁵⁴⁸. Ils sont, en principe, négociés entre un grand groupe industriel et les fédérations internationales syndicales¹⁵⁴⁹. Sur le contenu, les accords internationaux peuvent être divisés en trois catégories: la première focalisée sur des

¹⁵⁴¹ Art. 154 et 155 TFUE.

¹⁵⁴² A ce jour, 4 accords volontaires ont été conclus: sur le télétravail (2002), sur le stress lié au travail (2004), sur le harcèlement et la violence au travail (2007) et sur les marchés du travail inclusifs (2010).

¹⁵⁴³ Voir Première partie, Chapitre II, section 1, §2, B.

¹⁵⁴⁴ RAMOS MARTIN / VISSER, p. 518.

¹⁵⁴⁵ MOREAU, Normes, p. 184.

¹⁵⁴⁶ MOREAU, Normes, p. 180 s.

¹⁵⁴⁷ NEAU-LEDUC Christine, *Les accords sur la « responsabilité sociale de l'entreprise »*, in: Dr. soc. 2008, p. 76.

¹⁵⁴⁸ MOREAU, Normes, p. 349.

¹⁵⁴⁹ Selon la base de données disponible en ligne sur: www.ewcdb.eu, il existerait plus de 80 accords européens ou codes de conduite conclus sur des sujets substantiels et une centaine d'accords internationaux dont l'objectif est de : « *The aim is to put in place the best standards on trade union rights, health, safety and environmental practices, and quality of work principles across the company's global operations.* »

sujets déterminés tels que la liberté syndicale, la formation professionnelle ou les restructurations; la deuxième focalisée sur les droits et principes fondamentaux au travail¹⁵⁵⁰ et la troisième qui va plus loin en touchant aux conditions de travail et d'emploi.¹⁵⁵¹ Toutefois, chaque accord-cadre est différent. La liberté contractuelle implique que chaque accord prévoit ses propres règles d'application, d'efficacité et son propre mode de contrôle et de sanction¹⁵⁵².

Il est aujourd'hui encore plutôt rare de trouver des dispositions sur la protection de la vie privée dans ce type d'accord. Il en existe toutefois déjà qui prévoient des règles en matière de protection des données¹⁵⁵³.

Ces instruments pourraient se révéler pertinents à l'avenir pour réglementer l'usage des technologies. Etant donné l'élargissement des objets et des acteurs¹⁵⁵⁴, ces instruments ne devraient pas être négligés. Ils peuvent s'avérer utiles pour les salariés de multinationales dont les données voyagent à travers le monde.

Ce type d'accord-cadre influencera la négociation collective en général et les organisations de travailleurs elles-mêmes le considèrent comme plus crédible que le code de conduite ou la charte d'éthique¹⁵⁵⁵.

§ 2. *Les réseaux*

Les acteurs sont multiples et s'organisent en réseau, hors de l'entreprise. Les technologies de l'information ont créé des réseaux qui relient des communautés d'intérêt. Ces communautés « produisent des tendances, susceptibles de constituer des ensembles normatifs assortis d'un degré de contrainte comparable aux règles de droit »¹⁵⁵⁶. Ces pratiques se sont développées notamment pour des raisons de rapidité. Ces communautés peuvent être diverses: partenaires sociaux, réseaux sociaux, réseaux d'experts en technologies (service providers, développeurs de software), etc.

Les instruments de ces communautés d'intérêt sont souvent développés et diffusés directement sur Internet. Nous donnerons plusieurs exemples : 1°) un instrument développé par un syndicat international pour protéger les droits en ligne ; 2°) des codes de conduite développés par les fournisseurs d'accès et 3°) le phénomène de la Netiquette.

1° Les partenaires sociaux, de façon indépendante, peuvent proposer des instruments à leurs membres par l'intermédiaire de la toile. Ces instruments peuvent faire partie de campagnes de sensibilisation. Un des premiers exemples fut probablement la campagne « Des droits en ligne pour les travailleurs en

¹⁵⁵⁰ En référence à la Déclaration de l'OIT de 1998 sur les principes et droits fondamentaux au travail.

¹⁵⁵¹ MOREAU, Normes, p. 344.

¹⁵⁵² NEAU-LEDUC, Les accords, p. 76 ss.

¹⁵⁵³ PICHOT E., *Le développement d'accords transnationaux*, Commission européenne DG/Emploi D2, 2006, p. ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2895&langId=fr (15.10.10); voir les accords Poor, Advanced Materials GEPE; Unilever; Kraft Jacobs Philipp Morris, etc.

¹⁵⁵⁴ MOREAU, Normes, p. 345.

¹⁵⁵⁵ NEAU-LEDUC, Les accords, p. 77; voir encore TEYSSIE Bernard, *La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe*, in. Dr. soc. 2005, p. 982-990.

¹⁵⁵⁶ TRUDEL, p. 96.

ligne » menée par la FIET (prédécesseur de *Union Network International*) à partir de 1998. Cette campagne a été suivie par le développement, au sein du monde syndical et des chercheurs, d'un code de bonnes pratiques sur les équipements électroniques des entreprises. Les syndicats s'inquiétaient particulièrement de l'incidence sur la vie privée de la surveillance électronique des communications¹⁵⁵⁷.

- 2° Les fournisseurs d'accès et de services Internet ont produit plusieurs codes de conduite¹⁵⁵⁸. Ces acteurs sont très favorables à la co-régulation basée sur une responsabilisation volontaire.
- 3° Le phénomène de la Netiquette a été adopté en 1995. La Netiquette propose « *a minimum set of behaviors which organizations and individuals may take and adapt for their own use* »¹⁵⁵⁹. « Il ne s'agit, bien entendu, que de simples propositions de comportement pour des activités en ligne, telle que l'utilisation d'une messagerie électronique. [...] Chacun est libre de ne pas respecter la règle de comportement, mais il s'expose aux foudres de la communauté s'il l'enfreint. »¹⁵⁶⁰ Cet instrument est perçu comme une approche déontologique. Ces dernières années, on constate des références de moins en moins nombreuses à la Netiquette. Cette disparition progressive et imperceptible de toute référence peut être interprétée, soit comme un épuisement de ses principes, soit comme une désuétude¹⁵⁶¹. D'autres communautés d'intérêt ont développé de nouveaux instruments plus actuels.

¹⁵⁵⁷ Ce Code couvre principalement la communication syndicale, la communication étrangère à l'activité professionnelle, le contrôle et la surveillance des communications, les conditions d'utilisation de l'équipement électronique. Ce code est disponible p. <http://www.andrewbibby.com/pdf/Code%20Fr.pdf> (consulté le 05.10.2006).

¹⁵⁵⁸ Voir par exemple le site des fournisseurs d'accès et de services Internet : (www.afa-france.com) (consulté le 05.12.2007)

¹⁵⁵⁹ Le document de référence datant d'octobre 1995 est disponible sous le nom de Netiquette Guidelines, octobre 1995, p. <http://tools.ietf.org/html/rfc1855> (consulté le 30.08.2013). Pour une version française, voir p. <http://www.afa-france.com/netiquette.html> (consulté le 30.08.2013).

¹⁵⁶⁰ ROJINSKY, p. 847.

¹⁵⁶¹ MATHIAS, p. 52 s.

Conclusion du CHAPITRE II

Après avoir passé en revue les diverses formes de régulation, il semble que la méthode qui assure le mieux la sécurité juridique de l'employeur et du salarié dans la protection de la vie privée est celle du règlement intérieur ou règlement d'entreprise, négocié avec les travailleurs et ou syndicats¹⁵⁶². Ce moyen a des effets directs et concrets, par le biais de sanctions notamment. C'est aussi le moyen le plus proche des collaborateurs, en particulier s'il fait partie intégrante du contrat de travail. Les dispositions de ce règlement doivent être raisonnables (principe général de la proportionnalité) et adaptées aux circonstances et enjeux de chaque entreprise¹⁵⁶³. Le règlement peut prévoir des sanctions qui peuvent varier d'intensité. Elles se traduisent généralement par des blâmes, des avertissements et peuvent aller dans les cas majeurs jusqu'au licenciement (une gradation est à mettre en place). Le règlement intérieur est une prérogative patronale légitime et nécessaire. Il est plus efficace lorsqu'il est accompagné d'une information claire et transparente des salariés¹⁵⁶⁴.

Le règlement tente de respecter au mieux l'équilibre entre sécurité de l'entreprise et protection de la vie privée des salariés utilisant les systèmes d'information. Son objectif est d'apporter une aide concrète et pratique aux entreprises et aux salariés qui doivent régler cette question. La prévention et la sécurité du droit sont les grands avantages de cet instrument.

Pour n'importe quel instrument, les effets juridiques dépendent des engagements pris. « Dans le cas du code de bonne conduite ou de la charte éthique, l'engagement unilatéral qui en résulte est doté d'une force juridique limitée. [...] Si l'accord conclu peut s'analyser en un accord collectif de travail, son effet obligatoire est certain tant à l'égard des parties que de leur salariés. »¹⁵⁶⁵

Dans ce chapitre, les dangers de l'autorégulation ont été présentés et peuvent être résumés comme suit: un manque d'expertise, un manque d'expérience juridique, le risque de ne pas considérer toutes les parties prenantes et qu'elles ne soient pas toutes liées par les règles privées.¹⁵⁶⁶

Enfin, la tendance des grandes entreprises ou des grands groupes est de multiplier les instruments (unilatéraux ou négociés). Cette multiplication peut provoquer, tant pour l'employeur que pour les salariés des incertitudes, des contradictions (d'un instrument à l'autre) et des problèmes d'organisation. Il est donc préférable de choisir un seul instrument ou une méthode harmonisée.

¹⁵⁶² Il est vrai que le règlement intérieur est un acte unilatéral de l'employeur et qu'il n'a pas à être négocié. Toutefois, il doit être soumis pour avis au comité d'entreprise. Dès lors, pour un soutien plein et entier, autant le négocier au préalable.

¹⁵⁶³ LAURENT-MERLE, p. 301 ss.

¹⁵⁶⁴ Comme le proposent ANTONMATTEI / VIVIEN, p. 528: Ce document pourrait être remis à l'employé au moment de l'embauche et mis à disposition via l'Intranet de l'entreprise.

¹⁵⁶⁵ NEAU-LEDUC, Enjeux, p. 958.

¹⁵⁶⁶ WEBER, p. 115.

Conclusion du TITRE I

Le droit du travail a « pour fonction d'assurer une régulation sociale »¹⁵⁶⁷. En cela, le droit souple ouvre plus facilement le chemin vers les phénomènes sociaux, les acteurs et la pratique¹⁵⁶⁸. « Il nous donne enfin une vision élargie d'un *droit-guide*, non plus seulement un droit qui impose mais aussi un droit qui propose et conseille, qui oriente et inspire. »¹⁵⁶⁹

Les règles de droit en matière de protection de la vie privée du salarié doivent rester techniquement et technologiquement neutres. Peu importe les moyens utilisés, les textes de loi doivent rester applicables. De plus, il n'est pas opportun de créer des règles de droit singulières ou très spécifiques. Ce que doit permettre le système, c'est de pouvoir modifier le droit en fonction des besoins sociaux et des circonstances.

La pensée qui résume notre point de vue par rapport à l'ensemble des instruments est reflétée dans la citation suivante :

« Comme la régulation résulte de la synergie plutôt que de l'application d'un seul texte, les lois laissent une grande place aux notions commandant de s'enquérir de ce qui prévaut dans d'autres systèmes normatifs. Dès lors que la loi n'est qu'un volet d'un processus de régulation à composante plurielle, il faut qu'elle soit rédigée en ménageant des ouvertures vers les autres ordres normatifs. »¹⁵⁷⁰

Finalement, l'élaboration des normes de protection de la vie privée des salariés est variée et multiple. Tout comme le développement de la responsabilité sociale¹⁵⁷¹, le développement de normes de protection vis-à-vis des systèmes d'information est global; il permet la prise en compte tant des réseaux que des entreprises transfrontalières ou multinationales. Pour une meilleure efficacité, la législation nationale et internationale est insuffisante. Les entreprises ont donc tout intérêt à créer un espace de droit adapté à leur secteur, à leur système d'information, à leur structure. Cette multiplicité s'explique aussi par les liens nombreux qui existent entre la notion de vie privée et d'autres sujets légaux (par ex. droit à la liberté, droit à la dignité).

« Cela justifie le développement des nouveaux modes de régulation construits par les opérateurs privés en liaison ou non avec les autres acteurs présents sur le marché du travail. L'émergence de ce vaste mouvement d'autorégulation est en interférence avec les normes traditionnelles de régulation des marchés du travail et ses acteurs. Il en

¹⁵⁶⁷ VIVANT, p. 32.

¹⁵⁶⁸ THIBIERGE, p. 599 ss.

¹⁵⁶⁹ Idem, p. 602.

¹⁵⁷⁰ TRUDEL, p. 98.

¹⁵⁷¹ Voir l'analyse de: NEAU-LEDUC Christine, *La responsabilité sociale de l'entreprise: quels enjeux juridiques?*, in: Dr. soc. 2006, p. 952-958.

résulte de nouvelles dynamiques et de nouvelles synergies. »¹⁵⁷² Pour toutes ces raisons, il est difficile d'atteindre un cadre légal totalement cohérent. Une complémentarité est indispensable et nécessaire mais les niveaux de régulation doivent bien ou mieux s'articuler entre eux.

Les régulations de demain seront un mélange de technologie et de procédures, dans un dispositif mixte regroupant droit, économie, outils technologiques et communication.

¹⁵⁷² MOREAU, Normes, p. 184 s.

TITRE II. - La mise en œuvre des instruments

L'établissement de règles appropriées est important, l'application des normes et leur mise en œuvre est primordiale. Ainsi, il est judicieux de s'attarder sur la manière dont les autorités et les autres acteurs concrétisent la protection de la vie privée des salariés. Dans un premier chapitre, les méthodes de travail et les compétences des autorités nationales de surveillance seront présentées et comparées. Dans un deuxième chapitre, l'application au sein-même de l'entreprise fera l'objet de l'examen. Il s'agira de voir si les méthodes utilisées sont appropriées et si le rôle du correspondant à la protection des données ainsi que celui des partenaires sociaux, dans la mise en œuvre des instruments, est efficace.

CHAPITRE I - L'application par les autorités de surveillance

Les autorités de surveillance ont déjà été évoquées à plusieurs reprises dans cette étude. Il s'agit, à ce stade, de se concentrer sur leurs capacités de mise en œuvre des règles édictées.

La plupart des pays ont créé des autorités centrales de surveillance, dont les compétences varient. Toutefois, à l'échelle mondiale, la mosaïque actuelle de structures nationales et régionales de surveillance n'offre manifestement pas encore le niveau de protection que l'on serait en droit d'exiger dans une économie mondialisée.

Notre attention se portera sur les méthodes de fonctionnement et les compétences des autorités de surveillance nationales établies en France et Suisse. Nous procéderons en deux temps, tout d'abord en analysant les travaux et pratiques de la CNIL en France (section 1), et ensuite ceux du PFPDT en Suisse (section 2).

Section 1. - La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)

La CNIL a été créée par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée en 2004. La France a joué un rôle précurseur en créant cette autorité de contrôle en 1978 déjà¹⁵⁷³. La CNIL est une autorité administrative **indépendante** « chargée de veiller au respect de l'identité humaine, de **la vie privée** et des libertés dans **un monde numérique** »¹⁵⁷⁴. Les articles 11 et ss de la loi informatique et libertés régissent le champ d'application, le mandat, les compétences et la composition de la CNIL.

Les compétences attribuées à la CNIL pour surveiller le respect de la vie privée feront l'objet d'un premier chapitre (§1). Dans un deuxième chapitre, la méthode utilisée par cette autorité de surveillance sera analysée (§2).

L'article 11 de la loi informatique et libertés¹⁵⁷⁵ définit les missions exercées par la

¹⁵⁷³ Cette initiative sera suivie en 1995 par l'Union européenne qui prévoit que chaque Etat membre doit, au terme de l'art. 28 de la Directive 95/46/CE, créer une autorité de contrôle similaire à la CNIL.

¹⁵⁷⁴ Voir le site de la CNIL (www.cnil.fr) (consulté le 31.08.13)

¹⁵⁷⁵ Art. 11 de la loi informatique et libertés:

« La Commission nationale de l'informatique et des libertés est une autorité administrative indépendante. Elle exerce les missions suivantes :

- 1° Elle informe toutes les personnes concernées et tous les responsables de traitements de leurs droits et obligations ;
- 2° Elle veille à ce que les traitements de données à caractère personnel soient mis en œuvre conformément aux dispositions de la présente loi. A ce titre :
 - a) Elle autorise les traitements mentionnés à l'article 25 donne un avis sur les traitements mentionnés aux articles 26 (traitements Etat sécurité et infractions pénales) et 27 et reçoit les déclarations relatives aux autres traitements ;
 - b) Elle établit et publie les normes mentionnées au I de l'article 24 et édicte, le cas échéant, des règlements types en vue d'assurer la sécurité des systèmes ;
 - c) Elle reçoit les réclamations, pétitions et plaintes relatives à la mise en œuvre des traitements de données à caractère personnel et informe leurs auteurs des suites données à celles-ci ;

CNIL. Ses missions peuvent être résumées comme suit: un rôle d'information sur les droits et obligations; la mise en œuvre conforme à la loi (voir art. 11 ch. 2 Loi Informatique et libertés); répondre aux différentes demandes; se tenir informée de l'évolution des technologies. La CNIL utilise six termes pour résumer ses missions: informer, protéger, réguler, contrôler, sanctionner, anticiper¹⁵⁷⁶.

Pour accomplir ses tâches, les moyens administratifs principaux à sa disposition sont:

-
- d) Elle répond aux demandes d'avis des pouvoirs publics et, le cas échéant, des juridictions, et conseille les personnes et organismes qui mettent en œuvre ou envisagent de mettre en œuvre des traitements automatisés de données à caractère personnel ;
 - e) Elle informe sans délai le procureur de la République, conformément à l'article 40 du code de procédure pénale, des infractions dont elle a connaissance, et peut présenter des observations dans les procédures pénales, dans les conditions prévues à l'article 52;
 - f) Elle peut, par décision particulière, charger un ou plusieurs de ses membres ou le secrétaire général, dans les conditions prévues à l'article 44 (contrôle sur place), de procéder ou de faire procéder par les agents de ses services à des vérifications portant sur tous traitements et, le cas échéant, d'obtenir des copies de tous documents ou supports d'information utiles à ses missions ;
 - g) (Abrogé)
 - h) Elle répond aux demandes d'accès concernant les traitements mentionnés aux articles 41 et 42 ;
- 3° A la demande d'organisations professionnelles ou d'institutions regroupant principalement des responsables de traitements :
- a) Elle donne un avis sur la conformité aux dispositions de la présente loi des projets de règles professionnelles et des produits et procédures tendant à la protection des personnes à l'égard du traitement de données à caractère personnel, ou à l'anonymisation de ces données, qui lui sont soumis ;
 - b) Elle porte une appréciation sur les garanties offertes par des règles professionnelles qu'elle a précédemment reconnues conformes aux dispositions de la présente loi, au regard du respect des droits fondamentaux des personnes ;
 - c) Elle délivre un label à des produits ou à des procédures tendant à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, après qu'elles les a reconnus conformes aux dispositions de la présente loi ; dans le cadre de l'instruction préalable à la délivrance du label par la commission, le président peut, lorsque la complexité du produit ou de la procédure le justifie, recourir à toute personne indépendante qualifiée pour procéder à leur évaluation. Le coût de cette évaluation est pris en charge par l'entreprise qui demande le label ;
- 4° Elle se tient informée de l'évolution des technologies de l'information et rend public le cas échéant son appréciation des conséquences qui en résultent pour l'exercice des droits et libertés mentionnés à l'article 1er ; A ce titre :
- a) Elle est consultée sur tout projet de loi ou de décret relatif à la protection des personnes à l'égard des traitements automatisés. A la demande du président de l'une des commissions permanentes prévue à l'article 43 de la Constitution, l'avis de la commission sur tout projet de loi est rendu public ;
 - b) Elle propose au Gouvernement les mesures législatives ou réglementaires d'adaptation de la protection des libertés à l'évolution des procédés et techniques informatiques ;
 - c) A la demande d'autres autorités administratives indépendantes, elle peut apporter son concours en matière de protection des données ;
 - d) Elle peut être associée, à la demande du Premier ministre, à la préparation et à la définition de la position française dans les négociations internationales dans le domaine de la protection des données à caractère personnel. Elle peut participer, à la demande du Premier ministre, à la représentation française dans les organisations internationales et communautaires compétentes en ce domaine.

Pour l'accomplissement de ses missions, la commission peut procéder par voie de recommandation et prendre des décisions individuelles ou réglementaires dans les cas prévus par la présente loi.

La commission présente chaque année au Président de la République, au Premier ministre et au Parlement un rapport public rendant compte de l'exécution de sa mission. »

¹⁵⁷⁶ CNIL, Missions, p. <http://www.cnil.fr/linstitution/missions/> (consulté le 31.08.13).

1°) la **recommandation**; 2°) la **décision individuelle** ou 3°) la **décision réglementaire** (art. 11 al. 2). La CNIL dispose d'un véritable pouvoir de décision.

- 1° La recommandation est le moyen le plus utilisé par la CNIL. Elle l'utilise, soit dans la procédure mentionnée à l'art. 11 ch. 2 lit. c de la loi informatique et libertés, soit pour établir des guides de conduite relatif à une activité sectorielle¹⁵⁷⁷. Les recommandations sont publiées sous forme de délibérations¹⁵⁷⁸. Dans le domaine qui nous occupe, les quelques recommandations intéressantes sont: les délibérations 2010-096 du 8 avril 2010 et 2006-066 du 16 mars 2006 sur la géolocalisation des véhicules, prises suite au « développement des traitements de géolocalisation permettant aux employeurs privés ou publics de prendre connaissance de la position géographique de leurs employés par la localisation des véhicules qui leur sont confiés »¹⁵⁷⁹; ainsi que la délibération n° 02-017 du 21 mars 2002 portant adoption d'une recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de recrutement.
- 2° La décision individuelle vise soit des problèmes d'organisation ou de fonctionnement de la CNIL, soit des tiers dans les cas suivants¹⁵⁸⁰: art. 11 ch. 2 lit. f de la loi informatique et libertés (contrôle sur place); art. 45 de la loi informatique et libertés (sanction); art. 69 de la loi informatique et libertés (autorisation du transfert de données).
- 3° La décision réglementaire vise trois cas de figure: l'établissement du règlement intérieur de la CNIL (art. 13-II, al. 4 de la loi informatique et libertés); l'élaboration des normes simplifiées (art. 24-I de la loi informatique et libertés¹⁵⁸¹) et l'élaboration de règlements types en vue d'assurer la sécurité des systèmes (art. 11 ch. 2 litt. b Loi Informatique et libertés)¹⁵⁸².

Les compétences de la CNIL peuvent se diviser entre des compétences de contrôle (§1.) et des compétences de sanction (§2.).

§ 1. Les compétences de contrôle

La CNIL exerce son contrôle par l'intermédiaire de procédures (A.) ou par son pouvoir de saisine et d'investigation (B.)

¹⁵⁷⁷ LAFFAIRE, p. 359.

¹⁵⁷⁸ CNIL, Recommandations, p. <http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/deliberations/recommandations/> (consulté le 31.08.13).

¹⁵⁷⁹ Délibération n° 2010-096 du 8 avril 2010; JORF n°0114 du 19 mai 2010, texte n° 76.

¹⁵⁸⁰ Idem, p. 359.

¹⁵⁸¹ Art. 24-I de la loi Informatique et libertés: « Pour les catégories les plus courantes de traitements de données à caractère personnel, dont la mise en œuvre n'est pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés, la Commission nationale de l'informatique et des libertés établit et publie, après avoir reçu le cas échéant les propositions formulées par les représentants des organismes publics et privés représentatifs, des normes destinées à simplifier l'obligation de déclaration. »

¹⁵⁸² LAFFAIRE, p. 358.

A. Les procédures d'autorisation, d'avis et de déclaration

Chaque organisation a l'obligation légale de déclarer un fichier ou un traitement de données qui peut porter atteinte à la vie privée. Selon les cas de traitement de données, il existe plusieurs formalités préalables : 1°) la déclaration normale ou simplifiée, 2°) l'autorisation et 3°) la demande d'avis.

- 1° En principe, « les traitements automatisés de données à caractère personnel font l'objet d'une déclaration »¹⁵⁸³ auprès de la CNIL. La **déclaration** est la procédure la plus courante. Les art. 23 et 24 Loi Informatique et libertés décrivent précisément la procédure de déclaration ainsi que les délais. « Pour les traitements ou fichiers de données personnelles les plus courants et les moins dangereux, la CNIL élabore des textes-cadres auxquels les responsables de données personnelles doivent se référer pour accomplir des formalités déclaratives allégées ou en être exonérés. »¹⁵⁸⁴ Il s'agit des déclarations simplifiées au sens de l'art. 24 loi Informatique et libertés.
- 2° Le régime d'**autorisation** préalable¹⁵⁸⁵ concerne principalement les traitements de données sensibles¹⁵⁸⁶. Dans le cas d'une entreprise, il s'agit par exemple de fichiers tels que ceux liés à: la biométrie, les éthylotests, les dispositifs d'alerte professionnelle (*whistleblowing*).
- 3° La demande d'avis se réfère aux art. 26 et 27 Loi Informatique et libertés et concerne les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour le compte de l'État. L'avis de la CNIL est publié avec l'arrêté autorisant le traitement.

B. Les pouvoirs de saisine et d'investigation

La saisine de la CNIL est prévue à l'art. 11 ch. 2 lit. c. de la loi informatique et libertés. Les citoyens peuvent la saisir par simple lettre¹⁵⁸⁷. Tout tiers peut soumettre une **réclamation**, une **pétition** ou une **plainte**. Il s'agit « d'un mécanisme de contrôle *a posteriori* »¹⁵⁸⁸. Les art. 48 et suivants du règlement intérieur de la CNIL¹⁵⁸⁹ régissent ces mécanismes. Les plaintes sont les procédures les plus utilisées par les particuliers: il s'agit de « dénonciations d'agissements contraires à la loi Informatique et libertés »¹⁵⁹⁰.

Les plaintes sont régies par l'art. 49 du règlement intérieur de la CNIL. Elles sont transmises au responsable qui a la possibilité de donner des explications à la CNIL. Ensuite, le président ou le vice-président de la CNIL a plusieurs décisions à

¹⁵⁸³ Article 22 I de la loi informatique et libertés.

¹⁵⁸⁴ CNIL, p. <http://www.cnil.fr/la-cnil/missions/reguler/> (consulté le 31.08.13).

¹⁵⁸⁵ Art. 25 de la loi informatique et libertés.

¹⁵⁸⁶ LAFFAIRE, p. 361.

¹⁵⁸⁷ FENOLL-TROUSSEAU / HAAS, Internet, p. 20; sur le site web de la CNIL, il existe des modèles et la possibilité d'effectuer une plainte en ligne.

¹⁵⁸⁸ LAFFAIRE, p. 364.

¹⁵⁸⁹ Délibération n°2006-147 du 23 mai 2006 fixant le règlement intérieur de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, JORF n° 156 du 7 juillet 2006.

¹⁵⁹⁰ Art. 48 du règlement intérieur de la CNIL.

disposition: classer la plainte; concertation; lettre d'observation au responsable; contrôle sur place; engager une procédure; transmettre le dossier au procureur de la République. Dans les cas graves et d'atteinte immédiate, il peut demander d'ordonner des mesures de sécurité nécessaires à la sauvegarde. Le président est tenu d'informer le plaignant des suites données.

La CNIL n'est toutefois pas le seul organe qui peut être saisi. En effet, tout citoyen peut à tout moment saisir le juge compétent s'il s'estime victime d'une violation de la loi Informatique et libertés. « L'intervention du juge n'est subordonnée à aucune obligation de saisine préalable de la CNIL. »¹⁵⁹¹

La CNIL dispose également d'un pouvoir d'auto-saisine ou d'investigation. Elle peut décider seule de cette opportunité¹⁵⁹² qui est plutôt une opportunité *a posteriori*. Le pouvoir d'investigation est prévu à l'art. 11 ch. 2 lit. f Loi Informatique et libertés. La CNIL peut se faire communiquer tout renseignement utile, témoignage ou lever l'obligation du personnel informatique pour avoir accès aux programmes informatiques. L'art. 44 Loi Informatique et libertés prévoit la procédure à suivre pour le contrôle sur place¹⁵⁹³. Cette procédure est proche de la perquisition¹⁵⁹⁴. Suite à une

¹⁵⁹¹ LAFFAIRE, p. 365.

¹⁵⁹² FENOLL-TROUSSEAU / HAAS, Internet, p. 21.

¹⁵⁹³ Art. 44 loi informatique et libertés:

- « I. - Les membres de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ainsi que les agents de ses services habilités dans les conditions définies au dernier alinéa de l'article 19 (*habilitation par la Commission*) ont accès, de 6 heures à 21 heures, pour l'exercice de leurs missions, aux lieux, locaux, enceintes, installations ou établissements servant à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel et qui sont à usage professionnel, à l'exclusion des parties de ceux-ci affectées au domicile privé.
- Le procureur de la République territorialement compétent en est préalablement informé.
- II. - En cas d'opposition du responsable des lieux, la visite ne peut se dérouler qu'avec l'autorisation du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les locaux à visiter ou du juge délégué par lui.
- Ce magistrat est saisi à la requête du président de la commission. Il statue par une ordonnance motivée, conformément aux dispositions prévues aux articles 493 à 498 du nouveau code de procédure civile. La procédure est sans représentation obligatoire.
- La visite s'effectue sous l'autorité et le contrôle du juge qui l'a autorisée. Celui-ci peut se rendre dans les locaux durant l'intervention. A tout moment, il peut décider l'arrêt ou la suspension de la visite.
- III.- Les membres de la commission et les agents mentionnés au premier alinéa du I peuvent demander communication de tous documents nécessaires à l'accomplissement de leur mission, quel qu'en soit le support, et en prendre copie ; ils peuvent recueillir, sur place ou sur convocation, tout renseignement et toute justification utiles ; ils peuvent accéder aux programmes informatiques et aux données, ainsi qu'en demander la transcription par tout traitement approprié dans des documents directement utilisables pour les besoins du contrôle.
- Ils peuvent, à la demande du président de la commission, être assistés par des experts désignés par l'autorité dont ceux-ci dépendent.
- Seul un médecin peut requérir la communication de données médicales individuelles incluses dans un traitement nécessaire aux fins de la médecine préventive, de la recherche médicale, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou à la gestion de service de santé, et qui est mis en œuvre par un membre d'une profession de santé.
- Il est dressé contradictoirement procès-verbal des vérifications et visites menées en application du présent article.
- IV.- Pour les traitements intéressant la sûreté de l'État et qui sont dispensés de la publication de l'acte réglementaire qui les autorise en application du III de l'article 26, le décret en Conseil d'État qui prévoit cette dispense peut également prévoir que le traitement n'est pas soumis aux dispositions du présent article. »

investigation, trois décisions peuvent être prises en fonction de l'importance de la violation de la loi et des enjeux: un classement sans suite, un avertissement ou la dénonciation au parquet. Les avertissements sont publiés sous forme de délibération et font l'objet d'attention médiatique. Et dans les cas les plus graves, la CNIL dénonce au parquet les infractions.

§ 2. *Les compétences de sanction*

Aux compétences de contrôle s'ajoutent de vraies compétences de sanction. La CNIL peut ainsi assurer l'efficacité et le suivi de ses missions de contrôle. Elle dispose d'une palette de sanctions prévues aux art. 45 ss de la loi informatique et libertés. En parallèle des sanctions de la CNIL, il reste évidemment d'autres sanctions de différente nature prévues par la loi (sanctions pénales, civiles, administratives, disciplinaires)¹⁵⁹⁵.

Pour la CNIL, la loi prévoit une gradation de sanctions: avertissement (qui peut être rendu public), mise en demeure, sanction pécuniaire (pouvant aller de 150'000 euros jusqu'à 300'000 euros en cas de récidive), injonction de cesser le traitement (art. 45 I loi informatique et libertés). Dans les cas d'urgence, la CNIL peut décider l'interruption de la mise en œuvre du traitement, le verrouillage de certaines données ou informer le Premier ministre pour qu'il prenne des mesures (art. 45 II loi informatique et libertés). Enfin, en cas d'atteinte grave et immédiate aux droits et libertés, le président de la CNIL peut demander à la juridiction compétente d'ordonner les mesures de sécurité nécessaires à la sauvegarde (art. 45 II loi informatique et libertés).

La CNIL établit une liste exhaustive et publique de l'ensemble des sanctions. C'est en 2006 que la CNIL a fait usage pour la première fois de sanctions pécuniaires en condamnant un établissement bancaire à une amende de 45'000 euros¹⁵⁹⁶. En 2012, dans une affaire de géolocalisation, une entreprise a obtenu une amende de 10'000 euros¹⁵⁹⁷.

Section 2. - Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT)

Le poste de PFPDT a été créé en 1992. Le PFPDT est nommé par le Conseil fédéral et sa nomination est soumise à l'approbation de l'Assemblée fédérale¹⁵⁹⁸. Il est donc soumis aux règles sur le personnel de la Confédération. Il ne s'agit pas d'une autorité indépendante à proprement parler mais il doit exercer ses fonctions de manière

¹⁵⁹⁴ LAFFAIRE, p. 366.

¹⁵⁹⁵ En matière pénale, les sanctions touchent en principe directement le chef d'entreprise qui est considéré être le responsable du traitement. Au risque pénal, s'ajoute le risque d'image et les sanctions administratives ou pécuniaires de la CNIL. Voir : HEBERT Paul / MASOËRO Michel, *La Commission nationale informatique et libertés passe aux sanctions*, in: JCP 2006, p. 1784.

¹⁵⁹⁶ CNIL, Délibération n°2006-174, 28.06.2006; voir également: HEBERT / MASOËRO, p. 1783-1785.

¹⁵⁹⁷ CNIL, Délibération n°2012-213 du 22 juin 2012.

¹⁵⁹⁸ Art. 26 LPD.

indépendante, sans instructions de la part d'une autorité¹⁵⁹⁹. D'un point de vue administratif, il est rattaché à la Chancellerie fédérale (art. 26 al. 3 LPD). Le PFPDT conseille tant les particuliers que les organes de la Confédération en matière de protection des données. Il est chargé de surveiller la mise en œuvre de la LPD et des autres dispositions légales qui s'y rapportent.

Afin de mieux saisir comment le PFPDT met en œuvre la loi, il faut connaître ses compétences (§1) et sa méthode de travail (§2).

§1. Les compétences

Les compétences du PFPDT sont définies à la section 5 de la LPD et plus particulièrement aux art. 27 et ss de la LPD. Son mandat et ses tâches sont les suivantes: surveillance des organes fédéraux (art. 27 LPD¹⁶⁰⁰); surveillance et conseil des personnes privées (art. 28 LPD); soutien et conseil aux organes fédéraux et cantonaux (art. 31 al. 1 lit.a LPD); avis sur les projets législatifs de la Confédération (art. 31 al. 1 lit.b LPD); information (art. 30 LPD¹⁶⁰¹); collaboration avec les autres autorités de protection des données (art. 31 al. 1 lit.c LPD).

Le mandat principal du PFPDT est un mandat de sensibilisation et d'information. Il peut toutefois intervenir quand les principes de la LPD ne sont pas respectés. Cette intervention est limitée puisqu'il ne peut agir que « si l'atteinte à la personnalité résulte d'une faute systémique dans le traitement des données. Par faute systémique, il faut entendre que l'atteinte à la personnalité résulte d'une procédure telle qu'un grand

¹⁵⁹⁹ A propos de l'indépendance de l'autorité de surveillance, voir : WALTER Jean-Philippe, *L'indépendance des autorités de protection des données*, in : EPINEY A. / HÄNNI J. / BRÜLISAUER F. (éd.), *L'indépendance des autorités de surveillance et autres questions actuelles en droit de la protection des données*, Schulthess, Zürich / Bâle / Genève 2012, p. 71-76.

¹⁶⁰⁰ Art. 27 LPD:

¹ Le préposé surveille l'application par les organes fédéraux de la présente loi et des autres dispositions fédérales relatives à la protection des données. Aucune surveillance ne peut être exercée sur le Conseil fédéral.

² Le préposé établit les faits d'office ou à la demande de tiers.

³ Aux fins d'établir les faits, il peut exiger la production de pièces, demander des renseignements et se faire présenter des traitements. Les organes fédéraux sont tenus de collaborer à l'établissement des faits. Le droit de refuser de témoigner au sens prévu à l'art. 16 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative s'applique par analogie.

⁴ S'il apparaît que des prescriptions sur la protection des données ont été violées, le préposé recommande à l'organe fédéral responsable de modifier ou de cesser le traitement. Il informe le département compétent ou la Chancellerie fédérale de sa recommandation.

⁵ Si une recommandation est rejetée ou n'est pas suivie, il peut porter l'affaire pour décision auprès du département ou de la Chancellerie fédérale. La décision sera communiquée aux personnes concernées.

⁶ Le préposé a qualité pour recourir contre la décision visée à l'al. 5 et contre celle de l'autorité de recours.

¹⁶⁰¹ Art. 30 LPD:

¹ Le préposé fait rapport à l'Assemblée fédérale à intervalles réguliers et selon les besoins. Il transmet simultanément son rapport au Conseil fédéral. Les rapports périodiques sont publiés.

² S'il en va de l'intérêt général, il peut informer le public de ses constatations et de ses recommandations. Il ne peut porter à la connaissance du public des données soumises au secret de fonction qu'avec le consentement de l'autorité compétente. Si celle-ci ne donne pas son consentement, le président de la cour du Tribunal administratif fédéral qui est compétente en matière de protection des données tranche; sa décision est définitive.

nombre de personnes peuvent en être victimes. »¹⁶⁰²

Les compétences d'intervention *a posteriori* du PFPDT sont très limitées puisque, dans des cas individuels, le citoyen doit s'adresser à la justice civile.

§ 2. La méthode

La méthode de travail du PFPDT est une méthode standardisée. Le PFPDT peut agir de sa propre initiative ou sur dénonciation. Il décide lui-même s'il analyse une situation *in concreto* et après analyse, il peut émettre des recommandations. « Les entreprises ou les personnes incriminées peuvent rejeter les recommandations lorsqu'elles estiment que les reproches du PFPDT ne sont pas fondés. De son côté, le PFPDT peut maintenir sa recommandation et la soumettre au Tribunal administratif fédéral (TAF), qui doit alors décider s'il y a effectivement atteinte à la personnalité ou non. La décision du TAF est contraignante. »¹⁶⁰³ Le PFPDT a saisi le TAF à quatre reprises ces dernières années. Selon le jugement du TAF, le PFPDT assure le suivi. Il vérifie si les mesures imposées sont effectivement prises ou mises en œuvre.

A ce jour, les recommandations concernant les relations de travail sont au nombre de deux: une recommandation de 2003 sur les tests génétiques et tests paternité au sein d'une entreprise¹⁶⁰⁴ et une recommandation de 2007 relative aux tests d'alcoolémie et de drogue pour les employés CFF¹⁶⁰⁵.

¹⁶⁰² PFPDT, Les tâches du PFPDT, p. <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00618/00802/00814/index.html?lang=fr> (consulté le 15.07.12)

¹⁶⁰³ Idem.

¹⁶⁰⁴ PFPDT, Empfehlung gemäss Art. 29 Abs. 3 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992 in Sachen Vaterschaftstest / Verwandtschaftstest der X, Zürich, 28.01.2003.

¹⁶⁰⁵ PFPDT, Empfehlung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992 betreffend Drogen- und Alkoholttests bei den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB), 25.05.2007.

Conclusion du chapitre I

Les autorités de surveillance préfèrent la concertation et la médiation. Elles s'efforcent de trouver des solutions amiables aux problèmes. La pratique montre que la majorité des cas sont résolus par une simple intervention des autorités qui permet de trouver des solutions intéressantes et concrètes pour les parties.¹⁶⁰⁶

Toutefois, ces dernières années ont montré que la prévention et la médiation sont insuffisantes, en particulier face à de grands groupes Internet (réseaux sociaux, Google, Yahoo, etc.) entrés en bourse et sur les marchés financiers. Il est devenu nécessaire pour les autorités de disposer de moyens de sanction.

En cela, la France est plus avancée que la Suisse. En effet, depuis la loi du 6 août 2004, la CNIL dispose de larges pouvoirs de sanction. Elle a la possibilité de prononcer des sanctions pécuniaires. Le Conseil d'Etat la considère même comme une juridiction¹⁶⁰⁷. Une décision de la CNIL est soumise à recours et la CNIL, en tant que tribunal, doit respecter l'article 6 CEDH. Des exigences procédurales supérieures lui sont imposées.¹⁶⁰⁸

Les pouvoirs d'investigation et de sanction de la CNIL sont supérieurs à celui du PFPDT. Ils s'exercent « à l'égard de tous les traitements dont les opérations sont mises en œuvre, en tout ou en partie, sur le territoire national, y compris lorsque le responsable du traitement est établi sur le territoire d'un autre Etat membre de la Communauté européenne »¹⁶⁰⁹. Le PFPDT a besoin de moyens de contrôle renforcés avec un système de sanctions effectif et efficace¹⁶¹⁰. Le PFPDT réclame depuis plusieurs années plus de moyens et plus de compétences, notamment de sanction pour effectuer ses tâches correctement.

Ce chapitre sur l'application démontre que les règles en place peuvent être optimales et adaptées, encore faut-il qu'elles puissent être mises en œuvre correctement et avec les moyens suffisants. Les autorités de surveillance ont besoin de pouvoir faire les contrôles nécessaires et d'avoir les outils de suivi pertinents. Les dangers actuels et à venir doivent pouvoir être maîtrisés au mieux par les autorités compétentes.

¹⁶⁰⁶ FENOLL-TROUSSEAU / HAAS, Internet, p. 20.

¹⁶⁰⁷ CE, Ord. réf., 19 février 2008, req. n°311974, Société Profil France.

¹⁶⁰⁸ Voir AJDA, 2007 p. 1384 qui titrait: « La CNIL manque de moyens pour faire face à une tâche de plus en plus lourde ».

¹⁶⁰⁹ LAFFAIRE, p. 369.

¹⁶¹⁰ Cet état de fait perdure depuis plusieurs années et est dénoncé par le PFPDT. Voir par exemple, Le Temps, *Données privées: prendre conscience des risques*, 24.02.2012, p. 13 mais aussi: Le Temps, *Année décisive pour le préposé fédéral à la protection des données*, 03.07.2006, p. <http://www.letemps.ch/template/static.asp?ats=20060703100002785172194810700.xml>, (consulté le 3.07.06). Voir également: BELSER Urs, BELSER Urs, *Die Technologieneutralität des Datenschutzgesetzes: ein strategisch richtiger Entscheid des Gesetzgeber?*, in: Von der Lochkarte zum Mobile Computing, Schulthess, Zürich 2012, p. 17.

CHAPITRE II - L'application dans l'entreprise

L'application par les autorités administratives n'est pas suffisante pour sauvegarder la vie privée des salariés. Elle doit être complétée par des mesures prises directement dans l'entreprise. Ces mesures permettent une application *in concreto*, en fonction des besoins propres à chaque entité. Il existe plusieurs possibilités et plusieurs acteurs qui peuvent permettre une meilleure application en entreprise.

Dans une première section, nous présenterons le correspondant à la protection des données et dans une deuxième section, le rôle que peuvent jouer les institutions représentatives du personnel.

Section 1. - Le correspondant / Le conseiller à la protection des données

C'est le texte référence de la protection des données au niveau européen, la Directive 95/46 CE, qui prévoit la possibilité ou l'option de désigner un correspondant à la protection des données. L'idée est d'avoir une personne « sur le terrain » capable de mieux protéger les libertés et de faire entrer cette culture du respect des données dans l'entreprise. Cette option peut être introduite dans les législations nationales. A ce jour, en Europe, moins d'une vingtaine de pays ont adopté une législation dans ce sens. Seuls quatre pays de l'UE disposent d'un délégué à la protection des données qui est obligatoire¹⁶¹¹.

§ 1. En France

Le modèle de correspondant à la protection des données (CPD) établi par le droit français s'inspire du *Datenschutzbeauftragter* allemand. C'est par la loi de 2004, relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, qui a transposé la directive de 1995, que la France a institué le CPD. La loi du 6 août 2004 a modifié la loi informatique et libertés et a défini le correspondant à la protection des données (CPD) comme la personne « chargée d'assurer, d'une manière indépendante, le respect des obligations prévues dans la présente loi » (art. 22 III loi informatique et libertés).¹⁶¹²

¹⁶¹¹ Allemagne, Slovaquie, Hongrie, Grèce; Voir site web de la CNIL (missions, informer et conseiller...)

¹⁶¹² Art. 22 III de la loi informatique et libertés:

« Les traitements pour lesquels le responsable a désigné un correspondant à la protection des données à caractère personnel chargé d'assurer, d'une manière indépendante, le respect des obligations prévues dans la présente loi sont dispensés des formalités prévues aux articles 23 et 24, sauf lorsqu'un transfert de données à caractère personnel à destination d'un Etat non membre de la Communauté européenne est envisagé.

La désignation du correspondant est notifiée à la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Elle est portée à la connaissance des instances représentatives du personnel.

Le correspondant est une personne bénéficiant des qualifications requises pour exercer ses missions. Il tient une liste des traitements effectués immédiatement accessible à toute personne en faisant la demande et ne

Chaque entreprise est libre de désigner ou non un CPD. L'avantage principal est la dispense de certaines déclarations¹⁶¹³. Toutefois, la désignation ne permet « en aucun cas de se soustraire globalement au contrôle de la CNIL »¹⁶¹⁴. Le fait d'avoir un CPD dispense les entreprises des déclarations classiques (art. 23 et 24 Loi Informatique et libertés) mais pas du reste (ex. autorisations).

A. *Les tâches et le statut*

1. *Les tâches*

Les tâches du CPD sont décrites à l'art. 22 III de la loi Informatique et libertés: assurer, d'une manière indépendante, le respect des obligations prévues dans la présente loi (en particulier celles énoncées aux art. 6 et 8 de la loi) et tenir une liste des traitements effectués immédiatement accessible à toute personne en faisant la demande. Les principales obligations que doit assurer le CPD sont mentionnées à l'art. 6 de la loi Informatique et libertés: traiter et collecter de manière loyale et licite les données; finalités déterminées; respect du principe de proportionnalité; assurer l'exactitude des données; respect d'une durée de conservation.

Suite à la révision de la loi, tous attendaient le décret qui devait préciser le rôle du CPD. Il est paru un an après la révision de la loi afin notamment de clarifier les compétences du CPD (titre III du décret)¹⁶¹⁵. On peut résumer les missions du CPD comme suit: diffuser des informations relatives à la loi Informatique et libertés au sein de l'entreprise et veiller à son application (par exemple, via des recommandations internes); superviser les traitements et établir une liste des traitements automatisés mis en œuvre au sein de l'entreprise (et la tenir à jour)¹⁶¹⁶; détecter les problèmes éventuels; contacter la CNIL en cas de besoin et rendre compte de son activité par le biais d'un bilan annuel.¹⁶¹⁷

peut faire l'objet d'aucune sanction de la part de l'employeur du fait de l'accomplissement de ses missions. Il peut saisir la Commission nationale de l'informatique et des libertés des difficultés qu'il rencontre dans l'exercice de ses missions.

En cas de non-respect des dispositions de la loi, le responsable du traitement est enjoint par la Commission nationale de l'informatique et des libertés de procéder aux formalités prévues aux articles 23 et 24. En cas de manquement constaté à ses devoirs, le correspondant est déchargé de ses fonctions sur demande, ou après consultation, de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. »

¹⁶¹³ RAY Jean-Emmanuel, *Le nouveau correspondant aux données personnelles*, in: Semaine sociale Lamy n°1183, 2004, p. 7.

¹⁶¹⁴ Idem, p. 8.

¹⁶¹⁵ Décret n°2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹⁶¹⁶ L'art. 47 du Décret n°2005-1309 établit les traitements qui doivent figurer sur la liste. La CNIL a établi un modèle à cet effet. Il est disponible en annexe du guide du CIL 2011, p. http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/Guides_pratiques/Livrets/CIL/Cnil-CIL_V2/index.html#9/zoomed, (consulté le 31.08.13).

¹⁶¹⁷ HAAS Gérard, *Correspondant à la protection des données : une nouvelle fonction informatique*, in: Le Journal du Net, www.journaldunet.com/cgi/printer (24.02.06), 19.10.2004; BENSOUSSAN Alain / POTTIER Isabelle, *Le décret du 20 octobre 2005: l'acte de naissance du correspondant à la protection des données à caractère personnel*, in: Gazette du Palais du 25-26 janvier 2006, p. 13-16; voir art. 48 ss du décret n°2005-1309 du 20.10.05.

2. *Le statut*

Le CPD peut soit être un salarié de l'entreprise, soit un externe¹⁶¹⁸. Il n'est en effet pas obligatoire d'être membre du personnel pour exercer la fonction de CPD. « Sous certaines conditions, il est possible de désigner un correspondant n'appartenant pas à l'entreprise, sachant que le correspondant interne doit être privilégié car connaissant, *a priori*, l'activité et le fonctionnement de l'entreprise. »¹⁶¹⁹ Ainsi, des règles existent quant à la désignation en fonction du seuil de personnes chargées de la mise en œuvre du traitement. En dessous du seuil de 50 personnes, le choix est libre; au dessus du seuil, le choix d'un CPD est limité selon l'art. 44 du décret¹⁶²⁰. Selon la CNIL, on entend par « personnes chargées de la mise en œuvre du traitement », « toutes les personnes chargées de développer et d'assurer la maintenance de l'application (service informatique), tous les utilisateurs chargés notamment de saisir les données ou de les consulter (services opérationnels comme par exemple la Direction des ressources humaines, la direction marketing, le service comptabilité...), ainsi que toutes les personnes qui, en raison de leur fonction ou pour les besoins du service, accèdent aux données enregistrées »¹⁶²¹.

Les spécialistes pensaient que le décret allait préciser le profil et les qualifications attendus pour un CPD. Or, ni la loi, ni le décret ne définissent les qualifications requises pour le CPD¹⁶²². Le CPD doit agir de **manière indépendante** (art. 22 III Loi Informatique et libertés) et l'art. 46 du décret précise que le CPD **ne reçoit aucune instruction** pour l'exercice de sa mission. Il doit disposer d'une liberté organisationnelle et décisionnelle¹⁶²³. Une restriction s'applique au CPD: il ne peut pas être le responsable des traitements ou son représentant légal. De plus, les conflits

¹⁶¹⁸ Une majorité des PME choisit plutôt un CPD externe. Sur l'ensemble des désignations faites à la CNIL, 90% sont des salariés.

¹⁶¹⁹ JOURDAN Dominique, *Le correspondant « informatique et libertés »*, in: Semaine juridique sociale n°1-2, 2006, 1002, p. 14.

¹⁶²⁰ Art. 44 Décret n°2005-1309:

« Lorsque plus de cinquante personnes sont chargées de la mise en œuvre ou ont directement accès aux traitements ou catégories de traitements automatisés pour lesquels le responsable entend désigner un correspondant à la protection des données à caractère personnel, seul peut être désigné un correspondant exclusivement attaché au service de la personne, de l'autorité publique ou de l'organisme, ou appartenant au service, qui met en œuvre ces traitements.

Par dérogation au premier alinéa : a) Lorsque le responsable des traitements est une société qui contrôle ou qui est contrôlée au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, le correspondant peut être désigné parmi les personnes au service de la société qui contrôle, ou de l'une des sociétés contrôlées par cette dernière ; b) Lorsque le responsable des traitements est membre d'un groupement d'intérêt économique au sens du titre V du livre deuxième du code de commerce, le correspondant peut être désigné parmi les personnes au service dudit groupement ; c) Lorsque le responsable des traitements fait partie d'un organisme professionnel ou d'un organisme regroupant des responsables de traitements d'un même secteur d'activités, il peut désigner un correspondant mandaté à cette fin par cet organisme. »

¹⁶²¹ CNIL, *Le guide du CIL*, 2011, p. http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/Guides_pratiques/Livrets/CIL/Cnil-CIL_V2/index.html#/9/zoomed (consulté le 20.02.2012); MAKOWSKI Sabine, *Correspondant aux données personnelles, un nouvel interlocuteur*, in: Option Finance n°870, 2006, p. 31; JOURDAN, p. 14.

¹⁶²² La CNIL a publié un guide du CIL dans lequel elle précise notamment le profil du CPD: (http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/Guides_pratiques/Livrets/CIL/Cnil-CIL_V2/index.html#/8/zoomed)

¹⁶²³ CNIL, *Le guide du CIL*, 2011, p. 11.

d'intérêt sont à éviter.

Le critère d'indépendance qui caractérise le CPD peut être difficile à assurer dans les faits. Le salarié interne qui serait désigné n'est pas un salarié protégé au sens du Code du travail. Ainsi, l'indépendance est relative, notamment en raison du lien de subordination¹⁶²⁴. Un certain garde-fou existe toutefois puisqu' un employeur qui veut mettre fin aux fonctions du CPD ne peut le faire sans avoir contacté la CNIL « pour avis par lettre remise contre signature, comportant toutes précisions relatives aux faits dont il est fait grief »¹⁶²⁵.

La CNIL précise toutefois quelques critères: les « qualifications doivent porter tant sur la législation relative à la protection des données à caractère personnel, l'informatique et les nouvelles technologies, que sur la législation particulière au secteur d'activité du responsable de traitement »¹⁶²⁶.

« Transversalité et capacités organisationnelles sont au cœur des fonctions du correspondant; l'expérience, un facteur déterminant. »¹⁶²⁷

Ainsi, le CPD doit disposer de qualités de conseil, de pédagogue, d'audit, de connaissances techniques et d'une certaine autorité mais aussi d'une solide expérience de l'entreprise¹⁶²⁸. Il existe également des formations que les CPD peuvent suivre afin de se perfectionner¹⁶²⁹.

B. La méthodologie

Les formalités de désignation du CPD sont prévues à l'art. 45 du décret¹⁶³⁰. D'un point de vue pratique, la CNIL offre toutes les informations nécessaires. Il est possible de désigner un correspondant en ligne ou en envoyant un formulaire disponible sur le site de la CNIL. Le processus et le choix sont évidemment propres à chaque entreprise. Si

¹⁶²⁴ Voir DE QUENAUDON René, *La cote mal taillée du salarié correspondant à la protection des données à caractère personnel*, in: RDT 2006, p. 32-33; CAPRIOLI Eric / CANTÉRO Isabelle, *Le choix d'un Correspondant à la Protection des Données à Caractère Personnel*, in: Cah. dr. ent., 2006, p. 75-78 et in: JCP E , 2006, 1976, p. 1104-1108. Les prises de position du CPD salarié peuvent tôt ou tard le mettre en porte-à-faux avec sa direction et mener à un licenciement. Voir CASS. soc., 18 octobre 2006, n°04-48.612, Bull. 2006 V n° 307 p. 294.

¹⁶²⁵ Art. 53 Décret n°2005-1309. L'art. 55 Décret n°2005-1309 prévoit également un soutien de la CNIL au CPD si le responsable de traitement ne respecte pas ses obligations légales relatives au correspondant.

¹⁶²⁶ CNIL, *Le guide du CIL*, 2011, p. 9); MAKOWSKI, p. 31. Un an après le décret, l'AFCDP annonçait une répartition entre 60% de profils informatiques et techniques et 40% de profils juridiques, responsables qualité ou auditeurs.

¹⁶²⁷ MÉTALLINOS, p. 381.

¹⁶²⁸ RAY Jean-Emmanuel, *Droit du travail et TIC (II), Faut-il désigner un correspondant aux données personnelles?*, in: Dr. soc.2007, p. 281.

¹⁶²⁹ Voir CNIL, AFCDP (Association Française des Correspondants à la protection des Données à caractère Personnel), ISEP (par ex. module Culture Informatique & Libertés et Master spécialisé en management et protection des données à caractère personnel donnés par l'Institut supérieur d'électronique de Paris).

¹⁶³⁰ Art. 45 Décret n°2005-1309:

« La désignation d'un correspondant à la protection des données à caractère personnel est, préalablement à sa notification à la Commission nationale de l'informatique et des libertés, portée à la connaissance de l'instance représentative du personnel compétente par le responsable des traitements, par lettre remise contre signature. »

cette démarche est engagée, l'entreprise doit décider de façon stratégique tant pour sa réputation que pour son organisation. « La démarche pour faire un choix est essentielle, car c'est un véritable projet de l'entreprise dont il s'agit et qui se gère en mode projet. »¹⁶³¹

Certains auteurs proposent des étapes à suivre que l'on va détailler ci-après¹⁶³². Nous estimons utile d'avoir une méthodologie. En effet, les mesures tant organisationnelles qu'analytiques sont importantes, voir indispensables pour une meilleure efficacité du CPD¹⁶³³. La **première étape** consiste à faire un audit ou un **inventaire** interne complet de tous les fichiers et d'en déterminer leur nature et les risques encourus¹⁶³⁴. La **deuxième étape** consiste à faire un **diagnostic** des traitements de données afin de quantifier la quantité de fichiers à déclarer. Le diagnostic doit aussi montrer les responsabilités et l'organisation des traitements¹⁶³⁵. La **troisième étape** est la **mise en œuvre** et l'établissement d'un plan d'action. Que le CPD soit interne ou externe, il est bon d'adapter son contrat ou son mandat en établissant clairement les tâches et les responsabilités ainsi qu'une clause spéciale de confidentialité¹⁶³⁶. En effet, étant donné que la loi ne précise pas de façon exhaustive et détaillée les missions du CPD, d'autres missions que celles mentionnées ci-dessus peuvent lui être attribuées¹⁶³⁷. Il peut s'agir de tenir une liste de tous les traitements et pas uniquement ceux à déclarer; de mettre en place une charte ou un code de conduite ou une véritable politique de protection des données¹⁶³⁸. Dans ce cas-là, la notification à la CNIL devrait le mentionner¹⁶³⁹.

« La formalisation des rôles, missions et compétences du correspondant dans un document interne approuvé par la direction peut permettre d'asseoir le positionnement hiérarchique du correspondant et la reconnaissance de son rôle. »¹⁶⁴⁰

Enfin, il est important que l'entreprise ait conscience qu'en nommant un CPD, elle n'est pas déchargée de ses responsabilités (pénales ou civiles). Si le CPD peut faire son travail correctement, il peut limiter les risques et les sanctions¹⁶⁴¹. La réussite de son travail est indissociable du soutien et de l'implication pleine et entière du responsable

¹⁶³¹ CAPRIOLI / CANTÉRO, p. 1107.

¹⁶³² Voir CAPRIOLI Eric / CANTÉRO Isabelle, *Le choix d'un Correspondant à la Protection des Données à Caractère Personnel*, in: Cah. dr. ent. 2006, p. 75-78 et in: JCP E 2006, 1976, p. 1104-1108; MÉTALLINOS Nathalie, *Maîtriser le risque Informatique et Libertés*, in: Dr. soc. 2006, p. 378-382.

¹⁶³³ MÉTALLINOS, p. 378. Ces mesures doivent être prises en collaboration étroite avec le responsable du traitement.

¹⁶³⁴ MÉTALLINOS, p. 378 s. En effet, l'évaluation et le suivi des risques font partie d'un contrôle interne.

¹⁶³⁵ Comme le dit MÉTALLINOS, p. 380, « il ne s'agit pas seulement d'énumérer exhaustivement la liste des fichiers, applications ou logiciels utilisés: il faut aussi identifier les finalités des traitements, les personnes concernées, les utilisateurs, les destinataires, la durée de conservation ».

¹⁶³⁶ MÉTALLINOS, p. 381.

¹⁶³⁷ MAKOWSKI, p. 33; JOURDAN, p. 15.

¹⁶³⁸ Idem.

¹⁶³⁹ Voir art. 50 Décret n°2005-1309.

¹⁶⁴⁰ MÉTALLINOS, p. 381.

¹⁶⁴¹ Comme mentionné dans le chapitre précédent, les sanctions peuvent aller jusqu'à 300 000 euros d'amende et 5 ans de prison (art. 226-17 CP); et en cas de récidive dans les 5 ans, la CNIL peut prononcer une sanction allant jusqu'à 5 % du bénéfice hors taxe de l'entreprise. Cf. MAKOWSKI, p. 34.

de traitement¹⁶⁴².

§ 2. *En Suisse*

En Suisse, on parle de conseiller à la protection des données (ci-après: le conseiller). Cet acteur n'a été introduit qu'en 2008¹⁶⁴³. En allemand, on parle de « *Datenschutzverantwortlicher* », ce qui signifie « responsable de la protection des données ». Toutefois, le législateur n'avait pas l'intention de décharger le maître du fichier de sa responsabilité. Ainsi, la loi doit être interprétée selon les termes français de conseiller. « C'est donc avant tout au maître du fichier (ou, plus précisément, à l'entreprise qui traite les données) d'assumer la responsabilité. Le conseiller à la protection des données n'est responsable que dans les limites prévues par l'art. 55 CO. »¹⁶⁴⁴

La liste des entreprises (principalement des grandes entreprises ou des grands groupes) ayant désigné un conseiller est publiée sur le site du PFPDT¹⁶⁴⁵. En droit suisse, il n'existe pas à ce jour d'obligation de désigner un conseiller dans le secteur privé. Dans le secteur public, par contre, cette désignation est obligatoire¹⁶⁴⁶.

Il existe une association appelée Association des professionnels de la protection des données (APPD) qui a pour objet de promouvoir la LPD, ainsi que le statut des conseillers à la protection des données, des maîtres de fichiers mais également de tout professionnel concerné par la gestion des données personnelles¹⁶⁴⁷.

A. *Les tâches et le statut*

Le conseiller est régi par la section 5 de l'OLPD (art. 12 a et b OLPD). Les dispositions du droit suisse sont similaires à celles du droit français mais moins détaillées d'un point de vue procédural. Elles prévoient d'informer le préposé de la désignation; désignation qui sert à se délier du devoir de déclaration¹⁶⁴⁸. L'article 12 b OLPD décrit les tâches et le statut du conseiller¹⁶⁴⁹. Les termes utilisés en droit suisse

¹⁶⁴² MÉTALLINOS, p. 382.

¹⁶⁴³ LPD RS 235.1

¹⁶⁴⁴ Site du PFPDT, p. <http://www.edoeb.admin.ch/themen/00794/01609/01611/index.html?lang=fr> (consulté le 20.03.2010)

¹⁶⁴⁵ Site du PFPDT, voir Liste des maîtres de fichiers qui sont déliés du devoir de déclarer leurs fichiers selon l'art. 11a, al. 5, let. e LPD (désignation d'un conseiller à la protection des données indépendant).

¹⁶⁴⁶ Pour les organes fédéraux, voir art. 23 OLPD.

¹⁶⁴⁷ www.appd.ch

¹⁶⁴⁸ Art. 12 a OLPD

¹⁶⁴⁹ Art. 12b OLPD:

- 1 Le conseiller à la protection des données a notamment pour tâches:
 - a. de contrôler les traitements de données personnelles et de proposer des mesures s'il apparaît que des prescriptions sur la protection des données ont été violées;
 - b. de dresser l'inventaire des fichiers gérés par le maître du fichier mentionné à l'art. 11a, al. 3, LPD et de le tenir à la disposition du préposé ou des personnes concernées qui en font la demande.
- 2 Le conseiller à la protection des données:
 - a. exerce sa fonction de manière indépendante et sans recevoir d'instructions de la part du maître du fichier;
 - b. dispose des ressources nécessaires à l'accomplissement de sa tâche;
 - c. a accès aux fichiers, aux traitements et aux informations nécessaires à l'accomplissement de sa tâche.

sont semblables à ceux du droit français. Une précision existe toutefois en ce qui concerne son statut. Le conseiller doit « disposer des ressources nécessaires à l'accomplissement de sa tâche » (art. 12 b al. 2, let. b OLPD). Dans la pratique, ces ressources sont le plus souvent données sous forme de temps de travail¹⁶⁵⁰. Cette exigence de ressources permet une certaine indépendance matérielle.

Une autre différence avec le CPD français réside dans le fait que le conseiller n'a pas d'obligation de tenir un bilan ou un rapport annuel à transmettre au préposé.

B. La méthodologie

Le PFPDT propose des procédures standardisées sous forme de recommandations aux entreprises. La procédure est basée sur trois piliers: 1) la déclaration et le contrôle des fichiers (créer un formulaire standardisé au sein de l'entreprise); 2) une évaluation des risques; 3) la communication des violations à la législation.

Section 2. - Les institutions représentatives du personnel

Cette section dédiée aux institutions représentatives du personnel se concentrera principalement sur les règles et pratiques ayant cours en France. En Suisse, il n'existe pas d'obligation légale spécifique, à quelque niveau que ce soit, d'impliquer les institutions représentatives du personnel dans la protection de la vie privée des employés. Cela ne veut pas dire que les syndicats ou les commissions du personnel n'ont rien à voir avec la protection de la vie privée. Cela peut évidemment faire partie de négociations lors d'un règlement du personnel ou dans des cas graves qui touchent un grand nombre de salariés. Le dernier exemple en date est la transmission des données des salariés d'une grande banque suisse vers les USA. Dans ce cas, le syndicat de la branche défend les intérêts des salariés touchés et entre en négociation avec l'entreprise. Le dialogue social existe évidemment mais il n'y a pas à proprement parler d'obligation inscrite dans le droit suisse. Cette non-législation est principalement due à la philosophie du dialogue social ancrée en Suisse et dans laquelle le législateur ou l'Etat interviennent le moins possible. Les partenaires sociaux sont libres de déterminer les sujets sur lesquels ils souhaitent intervenir ou négocier ou encore être consultés.

En France, « il est admis que la consultation du personnel représente un préalable utile à la mise en place d'un projet informatique de quelque ampleur, dès lors que l'entreprise veut s'assurer qu'il sera socialement bien accepté »¹⁶⁵¹.

Toutefois, la répartition des responsabilités en matière de technologie et de protection de la vie privée en entreprise n'est pas toujours aisée. En effet, en raison du nombre d'acteurs, il peut exister des conflits entre le CPD et les instances qui représentent le personnel. Le CPD peut, par exemple, être confronté aux syndicats ou au comité

¹⁶⁵⁰ Voir le site du PFPDT, p. <http://www.edoeb.admin.ch/themen/00794/01609/01611/index.html?lang=fr>. (consulté le 02.03.10)

¹⁶⁵¹ LENOIR Christian / WALLON Bertrand, *Informatique, travail et libertés*, in: Dr. soc. 1998, p. 233; voir également: DE BENALCAZAR, p. 117 ss.

d'entreprise¹⁶⁵².

Un potentiel conflit existe également en raison de la désignation du CPD. En effet, comme le précise l'art. 45 du décret, la désignation est « portée à la connaissance de l'instance représentative du personnel compétente ». Or, il n'est pas clair de savoir quelle est l'instance; le comité d'entreprise ou le délégué du personnel? Il vaut mieux en informer les deux instances pour être certain de respecter la procédure. Au-delà de l'information, il serait même préférable d'en discuter au préalable avec les instances représentatives du personnel afin qu'elles ne mettent pas leur veto. Concertation, consensus et dialogue sont à privilégier.¹⁶⁵³ Les trois instances suivantes devraient être en dialogue avec le CPD : le délégué du personnel (§1), le comité d'entreprise (§2) et le CHSCT (§3).

§ 1. Le délégué du personnel

Le délégué du personnel est le correspondant officiel de l'inspection du travail. Depuis le 31.12.1992, il est devenu « délégué aux libertés individuelles et collectives mais l'ignore souvent »¹⁶⁵⁴.

Selon l'article L2313-2 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. Cette atteinte peut notamment résulter de toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement. »

L'employeur procède sans délai à une enquête avec le délégué et prend les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation. Il s'agit d'une des procédures d'alerte.

En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte, et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou le délégué si le salarié intéressé averti par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui statue selon la forme des référés.

En étant délégué aux libertés individuelles, le délégué du personnel pourrait être facilement confondu avec le CPD. Etant donné ses compétences, le délégué est une des personnes qui devraient collaborer étroitement avec le CPD, notamment en cas de carence de l'employeur.

¹⁶⁵² En référence à la décision de la CNIL du 17.10.2006 sur une dispense de déclaration pour les fichiers de gestion des activités sociales et culturelles des comités d'entreprise.

¹⁶⁵³ RAY, TIC, p. 282.

¹⁶⁵⁴ RAY Jean-Emmanuel, *Le nouveau correspondant aux données personnelles*, in: Semaine sociale Lamy n°1183, 2004, p. 7.

§ 2. Le comité d'entreprise

Le Code du travail précise le principe général de compétence du comité d'entreprise à son art. L2323-6¹⁶⁵⁵. Cette disposition traite de l'information à délivrer. D'autres dispositions du Code du travail spécifient le type d'information qui doit être soumis au comité d'entreprise dans le domaine de la vie privée¹⁶⁵⁶. La nécessité d'information et de consultation s'accompagne d'une possibilité pour le comité d'entreprise d'avoir recours à un expert pour les entreprises de plus de 300 salariés¹⁶⁵⁷. La disposition sur le recours à un expert a posé des problèmes d'interprétation. Au fur et à mesure de la jurisprudence et des délibérations de la CNIL¹⁶⁵⁸, on est arrivé à une interprétation extensive de la nouveauté technologique et des conditions de saisine du comité d'entreprise¹⁶⁵⁹. Par exemple, l'adoption ou le renouvellement d'un matériel informatique est considéré comme l'introduction d'une nouvelle technologie¹⁶⁶⁰.

¹⁶⁵⁵ Art. L2323-6 du Code du travail:

« Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle. »

¹⁶⁵⁶ Il s'agit des articles L2323-13, L2323-14 et L2323-32 du Code du travail.

Art. L2323-13 du Code du travail:

« 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. »

Art. L2323-14 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. »

Art. L2323-32 du Code du travail:

« 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.

Il est aussi informé, préalablement à leur introduction dans l'entreprise, sur les traitements automatisés de gestion du personnel et sur toute modification de ceux-ci.

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. »

¹⁶⁵⁷ Article L2325-38 du Code du travail:

« Dans les entreprises de trois cents salariés et plus, le comité d'entreprise peut recourir à un expert technique à l'occasion de tout projet important dans les cas énumérés aux articles L. 2323-13 et L. 2323-14.

Le recours à cet expert fait l'objet d'un accord entre l'employeur et la majorité des membres élus du comité.

Cet expert dispose des éléments d'information prévus à ces mêmes articles.

En cas de désaccord sur la nécessité d'une expertise, sur le choix de l'expert ou sur l'étendue de la mission qui lui est confiée, la décision est prise par le président du tribunal de grande instance statuant en urgence. »

¹⁶⁵⁸ Voir par ex. la délibération de la CNIL du 18.09.1984 à propos de la mise en place d'un autocommutateur téléphonique sur le lieu de travail; voir aussi la circulaire DRT n°12 du 30.11.1984.

¹⁶⁵⁹ LENOIR / WALLON, p. 234 et la jurisprudence citée par les auteurs.

¹⁶⁶⁰ TGI Annecy, 21 mars 1984, CE, Société Dupont c/ Société Dupont (D.O. 1985, p. 352) concernant l'utilisation progressive de l'informatique pour une meilleure connaissance des circuits de production; TGI

L'obligation d'information et de consultation préalable relative au contrôle des salariés a été mise en œuvre par un arrêt qui a déclaré illicite le moyen de preuve obtenu par un enregistrement de vidéosurveillance qui n'avait pas été soumis à la consultation préalable¹⁶⁶¹.

Le comité d'entreprise peut, pour faire respecter la vie privée des salariés dans l'entreprise, entreprendre des actions judiciaires, dans un cadre collectif¹⁶⁶². Toutefois, les contentieux ont nettement diminué en comparaison avec l'introduction de ces dispositions, alors que l'implantation de nouveautés technologiques a explosé.¹⁶⁶³

§ 3. *Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail*

L'articulation des consultations du comité d'entreprise avec le CHSCT (comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail)¹⁶⁶⁴ est résolue en théorie: en cas de compétences concurrentes, le CHSCT émet un avis préalable à celui du comité d'entreprise.¹⁶⁶⁵

Dans le domaine de la sécurité des fichiers et des données et selon le système de traitement mis en place, « l'engagement d'une information et d'une consultation de la représentation du personnel »¹⁶⁶⁶ est nécessaire¹⁶⁶⁷. Le CHSCT doit être associé à l'examen de mesures destinées à assurer l'intégrité physique de l'installation et de la sécurité du personnel, selon sa compétence.

Parmi toutes les dispositions du droit du travail, il n'est jamais fait référence au CPD. Dans la législation informatique et libertés, il n'est jamais fait référence non plus aux dispositions du droit du travail. La coordination ou la collaboration entre ces acteurs doit donc se faire sur le terrain.

Paris, 25 mai 1984, CE, Société Zürich c/ Société Zürich (Jurisocial n°69, 1984, fasc. 60) concernant une liaison siège/agence par vidéotexte.

¹⁶⁶¹ CASS. soc., 7 juin 2006, n°04-43.866, Bull. 2006 V n° 206 p. 198.

¹⁶⁶² Par exemple, selon les art. 26 et 29 loi informatique et libertés, en matière de sécurité.

¹⁶⁶³ DE BENALCAZAR, p. 118.

¹⁶⁶⁴ Voir art. L4611-1 du Code du travail.

¹⁶⁶⁵ DE SENGARNAUD, *Information, consultation et déclarations préalables obligatoires portant sur les mécanismes de contrôle de l'activité des salariés*, in: D. O. 2006, p. 477.

¹⁶⁶⁶ LENOIR / WALLON, p. 235.

¹⁶⁶⁷ Voir également la délibération de la CNIL du 21.07.1981 relative à la sécurité des systèmes informatiques.

Conclusion du chapitre II

L'application dans l'entreprise diverge, en pratique, d'un pays à l'autre. Les instruments ne sont pas identiques. En ce qui concerne le CPD, le caractère volontaire de désignation fait débat. « Les organisations qui choisissent de désigner un CPD le font dans un esprit d'ouverture et de sensibilisation aux questions de protection des données : cet état d'esprit offre a priori de meilleures garanties de qualité de travail aux CPD que si leur désignation ne résulte que de la volonté de remplir une obligation légale, sans conviction quant à sa justification. »¹⁶⁶⁸

Nous soutenons la désignation volontaire pour plusieurs raisons. Les entreprises ont déjà beaucoup d'obligations et de charges administratives. Leur imposer un CPD ne serait vu que comme une charge supplémentaire afin de décharger les autorités de protection des données. Evidemment, cette solution serait plus agréable pour les autorités qui auraient une personne de référence dans chaque entreprise. Chaque entreprise doit toutefois rester libre de juger de ses besoins et surtout de ses capacités. Elle doit également pouvoir choisir, le cas échéant, le CPD le mieux adapté à son activité, à ses besoins, à son personnel¹⁶⁶⁹.

A ce jour, le succès du CPD ne semble pas encore assuré. Il faudrait envisager son rôle d'une façon moins administrative et plus adaptée à l'entreprise et à ses besoins. S'il ne s'agit que d'un allègement pour les autorités de surveillance et pas d'un rôle propre à l'entreprise et à la diffusion de bonnes pratiques, le succès restera très limité. En effet, si l'entreprise a l'impression qu'il ne s'agit que d'alléger les autorités; elle mettra en balance les formalités de déclaration avec les coûts d'un CPD et le choix risque d'être en faveur de la première solution¹⁶⁷⁰. Si on arrive à convaincre l'entreprise qu'il vaut mieux agir que subir, alors un pas important dans la mise en œuvre de la protection des données sera fait. Il doit s'agir d'un auto-contrôle interne et non pas de formalisme¹⁶⁷¹.

Une des raisons supplémentaires qui peut faire fuir les entreprises de cette démarche est le pouvoir que peut prendre le CPD avec l'expérience et la fonction. L'entreprise agit avec prudence car elle peut craindre qu'un CPD prudent et avisé se transforme en gendarme des libertés.¹⁶⁷²

En ce qui concerne plus particulièrement les relations entre CPD et instances du personnel, il serait judicieux d'harmoniser à l'avenir les tâches et compétences des uns et des autres. Par exemple, le rapport ou bilan annuel du CPD pourrait être transmis

¹⁶⁶⁸ RAY, Correspondant, p. 8.

¹⁶⁶⁹ RESSMAN Emmanuelle, *Correspondant à la protection des données: pourquoi et comment*, in: Journal du Net (www.journaldunet.com), p. <http://www.journaldunet.com/imprimer/juridique/juridique051103.shtml>, (consulté le 24.02.06).

¹⁶⁷⁰ Voir HAAS Gérard, *Correspondant à la protection des données : une nouvelle fonction informatique*, in: Le Journal du Net, www.journaldunet.com/cgi/printer (24.02.06), 19.10.2004; RAY Jean-Emmanuel, *Droit du travail et TIC (II), Faut-il désigner un correspondant aux données personnelles?*, in: Dr. soc.2007, p. 282 s.

¹⁶⁷¹ RAY, TIC, p. 279.

¹⁶⁷² RAY, TIC, p. 281.

aux instances du personnel au moins à titre d'information¹⁶⁷³. Le rôle d'information du CPD devrait se faire en partenariat avec les instances représentatives du personnel afin que les salariés respectent les différentes obligations en matière de protection des données.

Il ne faudrait pas négliger les droits collectifs ainsi que le champ de négociation collective lié aux nouvelles technologies¹⁶⁷⁴. De façon proactive et préventive, il serait bénéfique d'instaurer une information quasi-systématique du personnel lors de la mise en place de nouveaux systèmes informatique ou de nouveaux traitements des données¹⁶⁷⁵.

Au final, il faut prendre conscience de la complexité due au nombre d'acteurs ayant à faire à la protection de la vie privée dans l'entreprise. Leurs actions peuvent s'éliminer l'une l'autre ou être contre-productives. A l'avenir, une réflexion plus globale devrait avoir lieu, non pas uniquement sur le respect de la vie privée dans l'entreprise mais de façon plus large sur le respect des libertés. Toutes les possibilités doivent être envisagées mais de façon coordonnée.

Le pilote choisi au sein de l'entreprise pour mener une démarche de responsabilité sociale, de responsabilité globale ou de développement durable; peu importe l'intitulé; devrait avoir les moyens et les compétences suffisantes pour assumer un cahier des charges plus important, incluant celui de la protection de la vie privée. Ce pilote pourrait bénéficier d'un réseau de correspondants ou d'interlocuteurs dans chaque service ou entité de l'entreprise¹⁶⁷⁶. Il n'existe évidemment pas de modèle unique et chaque entreprise, selon sa taille et son organisation, doit trouver le format idéal.

¹⁶⁷³ DE QUENAUDON, CPD, p. 32-33.

¹⁶⁷⁴ En effet, « rien n'interdit de prendre au sein de l'entreprise des initiatives originales et adéquates, de conclure des accords avec les organisations syndicales pour préserver le personnel ou les salariés protégés »: Dr. soc. 1992, p. 601; dans la même direction, LENOIR / WALLON parlent de négocier l'informatique (p. 236 ss).

¹⁶⁷⁵ Voir Dr. soc. 1992, p. 602.

¹⁶⁷⁶ A l'image de ce que décrit SOBCZAK André, *Responsabilité globale, Manager le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises*, Vuibert, Paris 2011, p. 79 ss.

Conclusion du TITRE II

Les mesures prises par les autorités de surveillance et celles des acteurs de l'entreprise doivent se compléter pour une meilleure protection du droit à la vie privée du salarié. Le risque d'établir une surveillance trop complexe avec des procédures lourdes et nombreuses est croissant. Cette attitude ne crée pas uniquement de la surcharge administrative mais diminue clairement la motivation des entreprises à se responsabiliser. L'objectif prioritaire est pourtant d'avoir des méthodes performantes internes qui permettent de protéger les données.

En surchargeant l'entreprise d'obligations et de déclarations, les autorités oublient le fait que la protection de la vie privée des salariés n'est pas la principale préoccupation d'une PME ou d'une plus grande entreprise. Une PME doit pouvoir bénéficier de flexibilité dans son organisation. Si elle juge qu'un CPD peut lui être utile, elle doit faire ce choix seule. Si le succès du CPD n'est pas assuré, c'est peut-être que l'entreprise choisit d'autres méthodes internes pour protéger les données, des méthodes qui conviennent mieux à ses besoins et à sa situation financière.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

La deuxième partie permet de conclure qu'il existe un nombre croissant d'instruments qui permettent de mettre en œuvre une meilleure protection des données. Parmi ce mélange de législations, de technologies, de procédures, de codes, de règlements, de négociations, il n'est pas facile de faire de l'ordre et de hiérarchiser les instruments.

Pourtant, pour une meilleure mise en œuvre, il est primordial de maîtriser les instruments à disposition et leur nature, afin de les utiliser de la façon la plus performante qui soit.

Pour trier ces instruments, une méthode harmonisée basée sur le modèle de la pyramide de KELSEN peut s'avérer utile. Au sommet de la pyramide, on place la législation internationale, puis la législation européenne et enfin la législation nationale. Plus bas, on intègre l'instrument interne à l'entreprise, idéalement négocié entre partenaires sociaux. Cet instrument interne doit notamment respecter le cadre de la législation nationale et celui des CCT. Les instruments techniques se trouvent en bas de la pyramide.

Par le biais d'une telle harmonisation, les acteurs peuvent mieux appliquer les instruments. Les autorités de surveillance se préoccupent de faire respecter le niveau supérieur de la pyramide et les acteurs de l'entreprise, en particulier, l'employeur, se préoccupent du niveau du règlement et de la technique, tout en respectant les niveaux supérieurs.

CONCLUSION – THESES PRINCIPALES

L'objet de cette étude était « les systèmes d'information et la vie privée du salarié ». Nous avons abordé la question sous l'angle du droit suisse, du droit français et du droit européen (droit de l'UE et droit de la CEDH).

Avant de résumer les conclusions, plusieurs dominantes se dégagent de l'étude :

- 1) le besoin croissant du respect des droits de l'homme du salarié ;
- 2) un équilibre entre les intérêts de l'employeur et ceux du salarié ;
- 3) une mise en place et une adaptation du système d'information qui permettent la transparence ;
- 4) le besoin d'établissement de règles claires et disponibles.

Les conclusions principales peuvent être résumées comme suit :

I. Le besoin accru de reconnaître le droit à la vie privée du salarié, comme un véritable droit de l'homme

Le droit à la vie privée du salarié est un droit de l'homme à part entière. Les relations historiques et étroites entre droit du travail et droits de l'homme continuent d'être une inspiration pour mieux protéger ce droit. Malgré les évolutions technologiques et législatives, il reste en danger et mérite l'attention tant du « droit mou » que du « droit dur ».

La mise en œuvre pratique du droit au respect de la vie privée du salarié dépend des possibilités d'obtenir le respect effectif des prérogatives dont il est titulaire. Il doit bénéficier de garanties qui peuvent être assurées par le droit interne, régional et international et qui peuvent prendre la forme de recours, de plaintes ou de poursuites pénales. Si l'effet horizontal direct de l'art. 8 CEDH n'est pas admis, le salarié doit pouvoir se baser sur le principe des obligations positives.

Toutefois, l'invocabilité de l'art. 8 CEDH entre personnes privées, devant les juridictions nationales, est un progrès vers une effectivité réelle. Cet effet horizontal direct est pratiqué en France mais pas en Suisse. Malgré cette différence, la protection de la vie privée du salarié est assurée par le droit du travail (art. 328 ss CO).

En effet, les législations nationales de droit du travail s'inspirent de l'art. 8 CEDH, de son esprit, de son équilibre et, en quelque sorte, de sa structure.

II. Le subtil équilibre entre les intérêts en présence

L'analyse démontre le besoin croissant de l'employeur à assurer sa sécurité informatique et économique mais aussi à assurer une meilleure productivité de ses salariés. Afin d'établir un équilibre avec les libertés du travailleur, c'est le principe de proportionnalité qui s'applique.

Dans les deux pays sous analyse, un clair parallèle peut être effectué entre les art. L1121-1 et L1321-3 du Code du travail et les art. 328 ss CO et l'art. 321d CO. L'équilibre à préserver entre les règles imposées par l'employeur et le respect des libertés, et plus particulièrement le respect de la personnalité du travailleur, est garanti par une application systématique de ces dispositions.

Le droit à la vie privée du salarié n'est pas absolu. Il doit être mis en œuvre dans le respect des intérêts des uns et des autres puisqu'il peut se heurter à d'autres droits dignes de protection.

Les systèmes d'information représentent des avantages et des risques pour les deux parties. Le développement de l'informatique est apparu comme un vecteur d'amplification des revendications en matière de vie privée, au point que la jurisprudence mentionne expressément le respect de l'intimité de la vie privée en matière informatique.

D'un côté, des moyens de contrôle performants permettent à l'employeur d'être informé à chaque instant des faits et gestes du salarié et de gérer plus scientifiquement la force de travail. De l'autre côté, les moyens de communication ont multiplié les situations à risque: perquisitions de domicile et fouilles des véhicules, captation des communications, captation de l'image, constitution de fichiers informatiques interactifs.

Afin d'éviter des débordements et de gérer les intérêts au mieux, d'un côté comme de l'autre, les règles d'usage du système d'information doivent être claires et compréhensibles. Chacun doit être conscient du fonctionnement et des difficultés. C'est le principe de transparence qui s'applique. Ce principe est devenu un principe clé de la protection des données.

III. La responsabilité / responsabilisation du salarié

La mise en œuvre de chaque composante de la vie privée dépend non seulement du contrôle qui en est fait mais également de l'implication de l'individu lui-même dans sa protection.

La protection du droit à la vie privée devrait consister en une « démarche active et évolutive, pragmatique et imaginative » et « suppose des remises en cause permanentes ». Avec l'apparition des réseaux sociaux notamment, les règles doivent être revues « dans le sens d'une plus grande vigilance et mobilisation de l'individu ». Si le salarié décide lui-même de partager des informations relatives à sa vie privée sur Internet, il porte une responsabilité. Il donne un certain consentement à l'usage de ses données. Le droit à la vie privée a ainsi évolué, ces dernières années, dans le sens d'une responsabilisation de la personne touchée.

IV. Une régulation claire

Les règles régissant la vie privée du salarié, au niveau international ou national, doivent être claires, transparentes et connues de tous. Ces critères ressortent de notre analyse.

Dans un premier temps, une harmonisation des législations nationales est nécessaire autour de principes communs. Dans un deuxième temps, parmi les instruments internationaux existants, il serait opportun de donner la priorité à l'instrument le plus clair et le plus universel, sans forcément en créer de nouveaux.

Il est difficile d'atteindre un cadre légal totalement cohérent. Une complémentarité est indispensable et nécessaire mais les niveaux de régulation doivent bien ou mieux s'articuler entre eux. La loi n'étant qu'un volet du processus de protection, il faut qu'elle soit rédigée de façon ouverte.

A ce jour, au niveau international, l'instrument juridique le plus simple et le plus pragmatique est certainement la Convention 108. Une fois la révision de cet instrument terminée, il s'agira de le rendre véritablement universel en allant vers l'intégration des pays non européens.

Les régulations de demain seront un mélange de technologie et de procédures, dans un dispositif mixte regroupant droit, économie, outils technologiques et communication. La multiplication des instruments peut provoquer, tant pour l'employeur que pour les salariés des incertitudes, des contradictions (d'un instrument à l'autre) et des problèmes d'organisation. Il est donc préférable de choisir un seul instrument, dans le cadre légal, ou une méthode harmonisée qui permet d'organiser les instruments.

V. Le règlement intérieur ou règlement du personnel comme instrument privilégié

Après avoir passé en revue les diverses formes de régulation et les instruments, la méthode qui assure le mieux la sécurité juridique de l'employeur et du salarié est celle du règlement intérieur, si possible négocié avec les travailleurs et ou syndicats. Cet instrument a des effets directs et concrets, il peut contenir des sanctions. C'est aussi le moyen le plus proche des collaborateurs, en particulier s'il fait partie intégrante du contrat de travail. Les dispositions du règlement doivent être raisonnables (principe général de la proportionnalité).

Le règlement est l'instrument qui permet de respecter au mieux l'équilibre entre sécurité de l'entreprise et protection de la vie privée des salariés. Son objectif est d'apporter une aide concrète et pratique aux entreprises et aux employés.

Les meilleurs acteurs de la protection sont l'employeur et ses salariés. Chaque entreprise doit rester libre de juger de ses besoins et surtout de ses capacités. Le dialogue social est à favoriser. Il ne faudrait pas négliger les droits collectifs ainsi que le champ de négociation collective lié aux nouvelles technologies. De façon proactive et préventive, il serait bénéfique d'instaurer une information quasi-systématique du personnel lors de la mise en place de nouveaux systèmes informatique ou de nouveaux traitements des données.

Le pilote choisi au sein de l'entreprise pour mener une démarche de responsabilité

sociale, de responsabilité globale ou de développement durable; peu importe l'intitulé; devrait avoir les moyens et les compétences suffisantes pour assumer un cahier des charges plus important, incluant celui de la protection de la vie privée. Il n'existe évidemment pas de modèle unique et chaque entreprise, selon sa taille et son organisation, doit trouver le format idéal.

VI. Une organisation d'entreprise adaptée

L'analyse montre que la technique et l'évolution technologique ne remplacent pas la direction du personnel et le rôle de l'employeur. La culture d'entreprise doit évoluer avec son temps.

Dans beaucoup de cas, le fait de vouloir contrôler son personnel par des moyens techniques dénote de lacunes dans la gestion du personnel. Or, ces manques ne peuvent pas être compensés par des technologies élaborées. Il ne s'agit donc pas de transférer le pouvoir de contrôle aux informaticiens mais bien d'exercer son pouvoir de direction.

La meilleure solution, pour une entreprise, d'assurer que son système protège les données, est de faire une auto-analyse. Elle peut le faire, par exemple, en nommant un responsable à cet effet. En faisant cette analyse, l'entreprise détermine les fichiers ou systèmes automatisés qu'elle doit déclarer aux autorités de surveillance. Ces étapes amènent parfois à devoir revoir des contrats et développent la transparence au sein de l'entreprise. Sur la base de l'ensemble des données traitées par l'entreprise, il est possible de définir un processus. Ce processus permet de ne pas régler le traitement de façon *ad hoc* mais de le faire de façon globale.

BIBLIOGRAPHIE

La bibliographie ne contient que les ouvrages cités dans l'étude. Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur, à l'exception de leur première citation.

Cette bibliographie fait état des recherches effectuées jusqu'au 31 août 2013.

I. Ouvrages

A. Thèses, Monographies, Ouvrages individuels

- AEPLI** Viktor, *Grundrechte und Privatrecht*, thèse, Hergiswil 1980.
- ALEXY** Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2^{ème} édition, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1996.
- ARBANTES** J.J., *L'effet à l'égard des particuliers des droits et libertés fondamentaux*, Strasbourg 1981.
- BALLE** Francis, *Médias et sociétés : édition, presse, cinéma, radio, télévision, internet*, 16^{ème} édition, L.G.D.J., Paris 2013.
- BELLEGARDT** Peter, *Datenschutzpraxis im Personalbereich: Problemfelder, Anforderungen, Muster*, Sauer I.H. Verlag GmbH, Heidelberg 1992.
- BENIGER** James, *The Control Revolution: Technology and Economic Origins of the Information Society*, Harvard University Press, Cambridge 1989.
- BENNETT** Colin John, *Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*, Cornell University Press, New York 1992.
- BESSON** Samantha, *L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers*, thèse, Fribourg 1999. (cité: Egalité)
- BISCHOF-JÄGGI** Franziska, *Match! Warum Work-Life-Balance Erfolg bringt*, A&O des Wissens, Zürich 2005.
- BLANCHARD** Francis, *L'Organisation internationale du travail – De la guerre froide à un nouvel ordre mondial*, Seuil, Paris 2004.
- BOBBIO** Norberto, *Le futur de la démocratie*, Editions du Seuil, Paris 2007.
- BREITENMOSE** Stephan, *Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art.8 EMRK*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1986.
- BRÜHWILER** Jürg, *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, Zentralverband schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen, 2^{ème} édition, P. Haupt, Berne/Stuttgart/Vienne 1996.
- BUCHER** Andreas, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5^{ème} édition, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2009.
- CAMASTRAL** Claudia, *Grundrechte im Arbeitsverhältnis*, Rüegger, Zürich 1996.
- CARBONNIER** Jean, *Droit civil*, tome 1^{er}, PUF, Paris 1965.
- CARILLON** Alain, *Les sources européennes des droits de l'Homme salarié*, Bruylant, Bruxelles 2006.
- CARRUZZO** Philippe, *Le contrat individuel de travail*, Schulthess, Zürich/Bâle/Genève 2009.

- CAUSSÉ** Nadège, *La valeur juridique des chartes d'entreprise au regard du droit du travail français*, PUAM, Aix-en-Provence 2000.
- CLAPHAM** Andrew, *Human rights in the private sphere*, Oxford University Press, Oxford 1998. (cité: Private sphere)
- CLAPHAM** Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford 2006. (cité: Obligations)
- COLUCCI** Michele, *The Impact of the Internet and New Technologies on the Workplace, A Legal Analysis from a Comparative Point of View*, Kluwer Law International, La Haye/Londres/New York 2002.
- CONRAD** Dieter, *Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung*, Duncker & Humblot, Berlin 1964.
- COUTURIER** Gérard, *Droit du travail, Les relations collectives du travail*, tome 2, 2^{ème} édition, PUF, Paris 1993.
- CRAIG** John D.R., *Privacy and Employment Law*, Hart, Oxford 1999. (cité: Employment Law)
- DAUGAREILH** Isabelle, *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles 2010.
- DE BENALCAZAR** Isabelle, *Droit du travail et nouvelles technologies : collecte des données, Internet, Cybersurveillance, télétravail*, Montchrestien, Paris 2003.
- DEBET** Anne, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, thèse, Dalloz, Paris 2002.
- DEVEAUD-PLEDRAN** Marie, *Le harcèlement dans les relations de travail*, Schulthess, Genève/Zürich/Bâle 2011.
- EGLI** Patricia, *Drittwirkung von Grundrechten: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht*, Schulthess, Zürich 2002.
- FAVOREU** Louis, *La révision de la constitution*, Economica, Paris 1993.
- FISCHER** Marc, *Informatikrecht in der Praxis*, WEKA, Zürich 2001.
- FREEDMAN** Warren, *The Right of Privacy in the Computer Age*, Quorum Books, New York/Westport/London 1987.
- GREMPER** Philipp, *Arbeitsrechtliche Aspekte der Ausübung verfassungsmässiger Rechte*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Frankfurt am Main 1993.
- GRISEL** Etienne avec la collaboration de Anouk NEUENSCHWANDER, *Droits fondamentaux*, Stämpfli, Berne 2008.
- GROBÉTY** Dominique, *La Suisse aux origines du droit ouvrier : étude du rôle joué par les cantons et la Confédération suisse dans l'élaboration d'un droit ouvrier interne et international au XIXème siècle*, Juris Druck und Verlag, Zürich 1979.
- GUIOMARD** Frédéric, *La justification des mesures de gestion du personnel*, thèse, L.G.D.J., Paris 2004 (disponible sous : <http://droitsocialx.free.fr/organisation/these.pdf>)
- HALPÉRIN** Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Paris 2001.
- HALPÉRIN** Jean-Louis, *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, Paris 2009.
- HEIN** Catherine, *Reconciling work and family responsibilities: Practical ideas from global experience*, OIT, Genève 2005.
- HOLENSTEIN** Christoph, *Die Benutzung von elektronischen Kommunikationsmitteln (Internet und Intranet) im Arbeitsverhältnis*, Stämpfli, Berne 2002.

- HOTTELIER** Michel, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral : contribution à l'étude des droits fondamentaux*, Payot, Lausanne 1985.
- JEAN** Sandrine, *Droit du travail: les arrêts marquants 2003/2004*, Ed. Liaisons, Paris 2005.
- KANT** Emmanuel, *Fondements de la métaphysique des mœurs (1785)*, Traduction et notes par Victor Delbos, Le Livre de Poche, Paris 1993.
- KAYSER** Pierre, *La protection de la vie privée*, 3^{ème} édition, Economica/PUAM, Paris/Aix-en-Provence 1995.
- KILKELLY** Ursula, *Le droit au respect de la vie privée et familiale*, Précis sur les droits de l'homme n°1, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg 2003.
- LAFFAIRE** Marie-Laure, *Protection des données à caractère personnel*, Editions d'Organisation, Paris 2005.
- LEBRETON** Gilles, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 8^{ème} édition, Sirey, Paris 2009.
- LE GOFF** Jacques, *Du silence à la parole - Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PUR, Rennes 2004.
- LEISNER** Walter, *Grundrechte und Privatrecht*, C.H. Beck, Munich/Berlin 1960.
- LEPAGE** Agathe, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Litec, Paris 2002 (cité: Libertés)
- LEVINET** Michel, *Théorie générale des droits et libertés*, 2^{ème} édition, Bruylant/Nemesis, Bruxelles 2008.
- MALLET-POUJOL** Nathalie, *Traçage électronique et libertés*, La documentation française, Paris 2006.
- MARGUENAUD** Jean-Pierre, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris 2012. (cité: Cour)
- MARGUÉNAUD** Jean-Pierre, *CEDH et droit privé: l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La documentation française, Paris 2001. (cité: Influence)
- MAUPAIN** Francis, *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière, Peut-on réguler sans contraindre ?*, OIT, Genève 2012. (cité: Mondialisation)
- MAZEAUD** Antoine, *Droit du travail*, 8^{ème} édition, Montchrestien, Paris 2012.
- MÉDA** Dominique, *Le travail, Que sais-je?*, 4^{ème} édition, PUF, Paris 2010.
- MEIER** Philippe, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Stämpfli, Berne 2011.
- MOLFESSIS** Nicolas, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, L.G.D.J, Paris 1997.
- MORANGE** Jean, *Manuel des Droits de l'homme et libertés publiques*, 5^{ème} édition, PUF, Paris 2007.
- MOREAU** Marie-Ange, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations*, Dalloz, Paris 2006. (cité: Normes)
- MOSER** Berthold, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und das bürgerliche Recht*, Manz, Vienne 1972.
- MÜLLER** Jörg Paul, *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Stämpfli, Berne 1983. (cité: Théorie)
- MÜLLER** Jörg Paul, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2^{ème} édition, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Frankfurt am Main 1981. (cité: Soziale Grundrechte)

- MÜLLER** Jörg Paul, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts*, thèse, Berne 1964. (cité: Persönlichkeitsschutz)
- NAISBITT** John, *Megatrends: ten new directions transforming our lives*, Warner Books, New-York 1982.
- OBERDORFF** Henri, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 4^{ème} édition, L.G.D.J., Paris 2013.
- PECES-BARBA MARTINEZ** Gregorio, *Théorie générale des droits fondamentaux*, L.G.D.J., Paris 2004.
- PETER** James Thomas, *Das Datenschutzgesetzes im Privatbereich*, Schulthess, Zürich 1994.
- PORAT** Marc Uri, *The Information Economy: Definition and Measurement*, U.S. Government Printing Office, Washington 1977.
- de la **QUADRA-SALCEDO** Tomás, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid 1981.
- RAY** Jean-Emmanuel, *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC*, 2^{ème} édition, Ed. Liaisons, Paris 2001.
- RENUCCI** Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme*, 2^{ème} édition, L.G.D.J., Paris 2012.
- RIESELMANN-SAXER** Rebekka, *Datenschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, Stämpfli, Berne 2002.
- RICKENBACH** Matthias, *Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses*, thèse, Berne 2000.
- RIGAUD** Louis, *La mise en place des systèmes d'information pour la direction et la gestion des organisations*, Dunot, Paris 1984.
- RIGAUX** François, *La vie privée, une liberté parmi les autres?*, Larcier, Bruxelles 1992. (cité: Liberté)
- RIGAUX** François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, Bruxelles 1990. (cité: Biens de la personnalité)
- ROBERT** Frédéric, *Le télétravail à domicile*, Larcier, Bruxelles 2005.
- ROBERT-DEMONTROND** Philippe, *La gestion des droits de l'homme*, Apogée, Rennes 2006.
- ROY** Sumit, *Globalisation, ICT and Developing Nations : challenges in the information age*, Sage, New Dehli/Londres 2005.
- SADIN** Eric, *Surveillance globale : enquête sur les nouvelles formes de contrôle*, Climats, Paris 2009.
- SALADIN** Peter, *Grundrechte im Wandel : die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt*, Stämpfli, Berne 1982. (cité: Grundrechte im Wandel)
- SCELLE** Georges, *Le droit ouvrier. Tableau de la législation française actuelle*, A. Colin, Paris, 1922.
- SCHNEUWLY** Anne Mirjam, *Corporate Social Responsibility an der Schnittstelle von Wirtschaft, Recht und Politik*, thèse, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2012.
- SCHÜRER** Hans Ueli, *Datenschutz im Arbeitsverhältnis : Rechte und Pflichten nach neuem Datenschutzgesetz*, Verlag SKV, Zürich 1996.
- SOBCZAK** André, *Responsabilité globale, Manager le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises*, Vuibert, Paris 2011. (cité: Responsabilité)

- SOBCZAK** André, *Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, L.G.D.J, Paris 2002. (cité: Réseaux)
- SPIELMANN** Dean, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis/Bruylant, Bruxelles 1995. (cité: Effet potentiel)
- STÄHELIN** Adrian, *Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, 4^{ème} édition, Schulthess, Zürich/Bâle/Genève 2006.
- SUDRE** Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11^{ème} édition, PUF, Paris 2012. (cité: Droit européen)
- SUPIOT** Alain, *Le droit du travail, Que sais-je*, 5^{ème} édition, PUF, Paris 2011. (cité: Le droit du travail)
- SUPIOT** Alain, *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, Seuil, Paris 2010. (cité: Philadelphie)
- SUPIOT** Alain, *Homo Juridicus*, Essai sur la fonction anthropologique du Droit, Seuil, Paris 2005. (cité: Juridicus)
- SUPIOT** Alain, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris 2002. (cité: Critique)
- SUPIOT** Alain, *Au-delà de l'emploi : transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris 1999. (cité: Au-delà de l'emploi)
- TANGHE** Fernand, *Le droit au travail entre histoire et utopie : 1789-1848-1989 : de la répression de la mendicité à l'allocation universelle*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles/Florence 1989.
- TERCIER** Pierre, *Le nouveau droit de la personnalité*, Schulthess, Zürich 1984.
- TEYSSIÉ** Bernard, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, Lexis Nexis, Paris 2013.
- TOFFLER** Alvin, *The Third Wave*, Bantam Books, New-York 1990.
- TSCHUDI** Hans Peter, *Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts*, Helbing & Lichtenhahn, Basel/Frankfurt am Main 1987.
- TURPIN** Dominique, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Seuil, Paris 2004.
- VELU** Jacques / **ERGEC** Rusen, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles 1990.
- VILLIGER** Mark E., *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) : unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage*, 2^{ème} version, Schulthess, Zürich 1999.
- VOSS** Andreas, *Das grosse PC & Internet-Lexikon 2001*, Data-becker, Düsseldorf 2001.
- WACHS** R., *Privacy and the Law*, Clarendon Press, Oxford 1989.
- WAQUET** Philippe, *L'entreprise et les libertés du salarié*, Editions Liaisons, Rueil-Malmaison 2003. (cité: Entreprise)
- WEBER** Rolf H., *Towards a Legal Framework for the Information Society*, Schulthess, Zürich 2003.
- WEBER-SCHERRER** Margrit, *Rechtliche Aspekte der Information zwischen den Arbeitsvertragsparteien*, Schulthess, Zürich 1999.
- WENNUBST** Gabriela, *Mobbing, le harcèlement psychologique analysé sur le lieu de travail*, Réalités sociales, Lausanne 1999.
- WESPI** Kaspar, *Die Drittwirkung der Freiheitsrechte*, thèse, Schulthess, Zürich 1968.
- WYLER** Rémy avec la collaboration de Françoise MARTIN, *Droit du travail*, 2^{ème} édition, Stämpfli, Berne 2008.

ZANETTI Bernardo, *Arbeitsrecht und Sozialpolitik : ausgewählte Aufsätze*, Internationale Stiftung Humanum, Fribourg 1984.

B. Ouvrages collectifs, Mélanges, Rapports, Actes de colloques, Journées d'études, Documents de recherche

ALLEN Robin/ **CRASNOW** Rachel, *Employment law and human Rights*, Oxford University Press, Oxford/New York 2002.

AUER Andreas / **MALINVERNI** Giorgio / **HOTTELIER** Michel, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, L'Etat, 3^{ème} édition, Stämpfli, Berne 2013.

AUER Andreas / **MALINVERNI** Giorgio / **HOTTELIER** Michel, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Les droits fondamentaux, 3^{ème} édition, Stämpfli, Berne 2013.

BARTOLOMEI DE LA CRUZ Hector G. / **EUZÉBY** Alain, *L'Organisation internationale du Travail*, PUF, Paris 1997.

BELSER Eva Maria / **WALDMANN** Bernhard, *Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte*, Schulthess, Zürich/Bâle/Genève 2012.

BERNS Thomas / **DOCQUIR** Pierre-François / **FRYDMAN** Benoît / **HENNEBEL** Ludovic / **LEWKOWICKZ** Gregory, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, Bruxelles 2007.

BLANPAIN Roger / **VAN GESTEL** Marc, *Use and Monitoring of E-Mail, Intranet and Internet Facilities at Work*, Kluwer Law International, La Haye/Londres/New York 2004.

BRAIBANT Guy, *Données personnelles et société de l'information*, Rapport au Premier Ministre sur la transposition en droit français de la directive no 95/46, La documentation française, Paris 1998.

BRETON Thierry, *Le télétravail en France*, Rapport aux ministres des Entreprises, de l'Intérieur, et de l'Aménagement du Territoire, Documentation française, Paris 1994.

BRUNNER Christiane / **BÜHLER** Jean-Michel / **WAEBER** Jean-Bernard / **BRUCHEZ** Christian, *Commentaire du contrat de travail*, 3^{ème} édition, Réalités Sociales, Lausanne 2010.

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Protection des données personnelles des travailleurs*, Genève 1997.

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Dix ans d'Organisation internationale du travail*, Genève 1931.

CHAMPEAUX Jacques / **BRET** Christian, *La Cyberentreprise : 10 clés pour une approche intégrale des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans l'entreprise*, Dunod, Paris 2000.

DESCHENAUX Henri / **STEINAUER** Paul-Henri, *Personnes physiques et tutelle*, 4^{ème} édition, Stämpfli, Berne 2001.

DUNAND Jean-Philippe / **MAHON** Pascal (éd.), *Commentaire du contrat de travail*, Stämpfli, Berne 2013.

FAVOREU Louis / **GAÏA** Patrick / **GHEVONTIAN** Richard / **MÉLIN-SOUCRAMANIEN** Ferdinand / **PENA** Annabelle / **PFERSMANN** Otto / **PINI** Joseph / **ROUX** André / **SCOFFONI** Guy / **TREMEAU** Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris 2012.

- FAVRE** Christian / **MUNOZ** Charles / **TOBLER** Rolf A., *Le contrat de travail: code des obligations (art. 319-362 CO), loi fédérale sur l'égalité, loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, code annoté de la jurisprudence fédérale & cantonale*, 2^{ème} édition, Bis & Ter, Lausanne 2010.
- FERHENBACH** Jérôme / **GRANEL** Frédéric / **DUFORT** Damien / **KLEIN** Tristan / **LOYER** Jean-Loup, *Le développement du télétravail dans la société de demain*, Rapport au Premier ministre, Centre d'analyse stratégique, Paris 2009.
- FENOLL-TROUSSEAU** Marie-Pierre / **HAAS** Gérard, *La cybersurveillance dans l'entreprise et le droit*, Litec, Paris 2002. (cité: La cybersurveillance)
- FENOLI-TROUSSEAU** Marie-Pierre / **HAAS** Gérard, *Internet et protection des données personnelles*, Litec, Paris 2000. (cité: Internet)
- FROWEIN** Jochen Abraham / **PEUKERT** Wolfgang, *Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar*, 3^{ème} édition, Engel, Kehl 2009.
- GEISER** Thomas / **MÜLLER** Roland, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 2^{ème} édition, Stämpfli, Berne 2012.
- GRABENWARTER** Christoph / **PABEL** Katharina, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5^{ème} édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2012.
- HAUSHERR** Heinz / **AEBI-MÜLLER** Regina, *Das Personenrecht des Schweizerisches Zivilgesetzbuches*, 3^{ème} édition, Stämpfli, Berne 2012.
- HOTTELIER** Michel / **MOCK** Hanspeter / **PUÉCHAVY** Michel, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2^{ème} édition, Schulthess, Genève/Zürich/Bâle 2011.
- LAUDON** Kenneth C. / **LAUDON** Jane P. / **FIMBEL** Eric / **COSTA** Eric, *Management des systèmes d'information*, 11^{ème} édition, Pearson Education, Paris 2010.
- 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. (cité: Libertés)
- LYON-CAEN** Gérard / **LYON-CAEN** Antoine, *Droit social international et européen*, 8^{ème} édition, Dalloz, Paris 1993.
- MAGNIER** Jean-Pierre, *Logiciel d'aide à la gestion de la qualité et sécurité des systèmes d'information: les bases théoriques, document de recherche CREGO IAE*, Montpellier CERSSI, 1995.
- MAURER** Urs / **VOGT** Nedim Peter, *Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz*, Helbing & Lichtenhahn, Basel/Frankfurt am Main 1995.
- MOREL À L'HUISSIER** Pierre / **TURBÉ-SUETENS** Nicole, *Le télétravail en France : les salariés sont prêts*, Pearson, Paris 2010.
- MOREL À L'HUISSIER** Pierre, *Du télétravail au travail mobile, un enjeu de modernisation de l'économie française*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, Paris 2006.
- MOSAR** Laurent / **GOERGEN** Patrick, *Liberté d'expression dans les médias*, Ed. St-Paul, Luxembourg 2004.
- PAUL** Christian, *Du droit et des libertés sur internet*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, Paris 2001.
- PÉLISSIER** Jean / **AUZERO** Gilles / **DOCKES** Emmanuel, *Droit du travail*, 26^{ème} édition, Dalloz, Paris 2012.
- PÉLISSIER** Jean / **JEAMMAUD** Antoine / **LYON-CAEN** Antoine / **DOCKES** Emmanuel, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^{ème} édition, Dalloz, Paris 2008.

- REHBINDER** Manfred / **STÖCKLI** Jean-Fritz, *Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR*, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 3^{ème} édition, Stämpfli, Berne 2010.
- REHBINDER** Manfred, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 15^{ème} édition, Stämpfli, Berne 2002.
- REIDENBERG** Joel R. / **SCHWARTZ** Paul M., *On-line services and data protection and privacy: regulatory responses*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 1998.
- REIX** Robert / **FALLERY** Bernard / **KALIKA** Michel / **ROWE** Frantz, *Systèmes d'information et management des organisations*, 6^{ème} édition, Vuibert, Paris 2011.
- RIVERO** Jean / **MOUTOUH** Hugues, *Libertés publiques*, tomes 1 et 2, 9^{ème} édition, PUF, Paris 2003.
- RIVERO** Jean / **SAVATIER** Jean, *Droit du travail*, 13^{ème} édition, PUF, Paris 1993.
- RUSSO** Carlo, *Article 8 §1*, in: PETTITI/DECAUX/IMBERT (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Commentaire article par article, 2^{ème} édition, Economica, Paris 1999, p. 305 ss.
- STREIFF** Ullin / **VON KAENEL** Adrian / **RUDOLPH** Roger, *Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7^{ème} édition, Schulthess, Zürich/Bâle/Genève 2012.
- STREIFF** Ullin / **VON KAENEL** Adrian, *Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 6^{ème} édition, Schulthess, Zürich/Bâle/Genève 2006.
- SUBILIA** Olivier / **DUC** Jean-Louis, *Droit du travail – Eléments de droit suisse*, 2^{ème} édition, Ed. Bis & Ter SNC, Lausanne 2010.
- SUDRE** Frédéric / **MARGUÉNAUD** Jean-Pierre / **ANDRIANTSIMBAZOVINA** Joël / **GOUTTENOIRE** Adeline / **LEVINET** Michel avec la collaboration de **GONZALEZ** Gérard, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 6^{ème} édition, PUF, Paris 2011.
- TERCIER** Pierre / **FAVRE** Pascal G., *Les contrats spéciaux*, 4^{ème} édition, Schulthess, Genève/Zürich/Bâle 2009.
- TERRÉ** François / **FENOUILLET** Dominique, *Droit civil, Les personnes, Personnalité – Les incapacités*, 8^{ème} édition, Dalloz, Paris 2012.
- VAN DIJK** Pieter / **VAN HOOFF** Godefridus J. H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3^{ème} édition, Kluwer Law International, La Haye 1998.

II. Articles

- ADEMA** Willem / **THÉVENON** Olivier, *Les politiques de conciliation du travail et de la vie familiale en France au regard des pays de l'OCDE*, in: Recherches et prévisions n°93, 2008, p. 51-72,
p. <http://www.caf.fr/sites/default/files/cnaf/Documents/Dser/PSF/093/RP93-WAdema%20et%20Thevenon.pdf>, (consulté le 31.08.2013).
- ADOM** Jules, *Réflexions sur les rapports entre le secret et les droits fondamentaux dans les relations de travail*, in: Petites affiches n°28, 7 février 2003, p. 4-11.
- AGUIAR DE LUQUE** Luis, *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la constitucion española*, in : Revista de Derecho Politico n°10, Verano 1981, p. 107-129.
- ALKEMA** Evert. A., *The third-party applicability or Drittwirkung of the European Convention on Human rights*, in: Mélanges WIARDA, Protecting Human Rights: The European Dimension, Carl Heymanns Verlag KG, Köln 1988, p. 33-45.
- ALLAËRT** François-André / **DUSSERRE** L., *La directive européenne du 24 octobre 1995 et la loi française du 6 janvier 1978: l'évolution de la protection des données à caractère personnel*, in : Revue Informatique et Santé n°8, Springer-Verlag France, Paris 1996, p. 13-21.
- ALSTON** Philip, *Labour Rights as Human Rights: The Not So Happy State of the Art*, in: Labour Rights as Human Rights, Oxford University Press, Oxford 2005. (cité: Labour Rights)
- ALSTON** Philip, *Facing up the complexities of the ILO's core labour standards agenda*, in: EJIL Vol. 16 n°3 2005, p. 480-496. (cité: Facing up)
- ALSTON** Philip, *Downsizing the State in Human Rights Discourse*, in: DORDEN/GIFFORD (éd.), Democracy and the Rule of Law, Washington 2001, p. 357-368. (cité: Downsizing)
- ANTONMATTEI** Paul-Henri / **VIVIEN** Philippe, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français: état des lieux et perspectives*, in: Dr. soc. 2007, p. 522-533. Cet article résume le rapport suivant : ANTONMATTEI Paul-Henri / VIVIEN Philippe, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français: état des lieux et perspectives*, Rapport au ministre délégué à l'Emploi, au Travail et à l'Insertion professionnelle des jeunes, La documentation française, Paris 2007, disponible p. <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000335/0000.pdf> (consulté le 13.08.10).
- AUBERT** Gabriel, *La protection des données dans les rapports de travail*, in: AUBERT, Journée 1995 de droit du travail et de la sécurité sociale, Schulthess, Zürich 1999, p. 145 ss. (cité: Journée 1995)
- AUBERT** Gabriel, *La protection de l'exercice des droits constitutionnels dans le cadre des rapports de travail*, in: Etudes de droit du travail, Schulthess, Zürich 1995, p. 9 ss.
- AUER** Andreas, *Les libertés face à l'Etat et dans la Société*, in: REP 119/1986, p. 1-22.
- BAERISWIL** Bruno, *Datenschutzgesetzgebung in der Schweiz - Standortbestimmung und Ausblick*, in: KIESER Ueli / PÄRLI Kurt (éd.), Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich: Aktuelle Herausforderungen, St-Gall 2012, p. 9-28.
- BAERISWIL** Bruno, *Le point sur le droit de la protection des données*, in : RSJ 2012, p. 457-460.

- BAUDOIN J.-L.**, *Secret professionnel et droit au secret de la preuve*, Etude de droit québécois comparé au droit français et à la common law, in: RIDC vol. 18 1966, p. 516-519.
- BAZOCCHI** Valentina, *La Protection des données dans le droit de l'Union européenne*, in : RIDEAU Joël (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles 2009, p. 59-94.
- BEIGNIER** Bernard, *La protection de la vie privée*, in: CABRILLAC Rémy / FRISON-ROCHE Marie-Anne / REVET Thierry (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 17^{ème} édition, Dalloz, Paris 2011, p. 197-223.
- BELSER** Urs, *Die Technologieneutralität des Datenschutzgesetzes: ein strategisch richtiger Entscheid des Gesetzgeber?*, in: *Von der Lochkarte zum Mobile Computing*, Schulthess, Zürich 2012, p. 1-18.
- BESSON** Samantha, *Les obligations positives de protection des droits fondamentaux – Un essai en dogmatique comparative*, in: RDS 122/2003, p. 49-96. (cité: Obligations positives)
- BLANPAIN** Roger, *L'avenir du droit du travail*, in: *Revue du travail (belge)*, Numéro spécial, Bruxelles 1986, p. 67-79.
- BLECKMANN** Albert, *Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, in: ERICHSEN/KOLLHOSSER/WELP (éd.), *Recht der Persönlichkeit*, Duncker & Humblot, Berlin 1996, p. 9-22.
- BOBBIO** Norberto, *Sur le fondement des droits de l'homme*, in: Institut international de philosophie (éd.), *Le fondement des droits de l'homme: Actes des entretiens de l'Aquila (14-19 septembre 1964)*, Florence 1966, p. 30 ss.
- BONNECHÈRE** Michèle, *La reconnaissance des droits fondamentaux comme condition du progrès social*, in: D.O. 1998, p. 249-256.
- BONNIN** Vincent, *Clause de mobilité et résidence du salarié*, in: *Revue de Droit du Travail* 2007, p. 449-450.
- BORELLI** Silvia, *Positive Obligations of States and the Protection of Human Rights*, in: *Interights Bulletin* Vol. 15 n°3 2006, p. 101-103.
- BOUGHANMI-PAPI** Patricia, *Le port du voile islamique dans l'entreprise*, in: *Jurisprudence Sociale Lamy* n°150-151, 2004, p. 11-18.
- BRETHER DE LA GRESSAYE** Jean, *Les transformations juridiques de l'entreprise patronale*, in : *Dr. soc.* 1939, p. 2 ss.
- BRINKTRINE** Ralf, *The Horizontal Effect of Human Rights in German Constitutional Law: The British debate on horizontality and the possible role model of the German doctrine of « mittelbare Drittwirkung der Grundrechte »*, in: *EHRLR* Issue 4 2001, p. 421-432.
- BRUN** Jürg, *La conservation des données*, in: *Congrès de la Chambre* 1999.
- BUCHER** Eugen, « *Drittwirkung der Grundrechte* » ? *Ueberlegungen zu „Streikrecht“ und „Drittwirkung“ i. S. von BGE 111 II 245-259*, in: *RSJ* 1987, p. 37-47.
- BURGELIN** Jean-François / **LALARDRIE** Agnès, *L'application de la Convention par le juge judiciaire français*, in: *Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI*, Bruxelles 1998, p. 112 ss.
- BURGORGUE-LARSEN** Laurence, *L'appréhension constitutionnelle de la vie privée en Europe*, in: SUDRE Frédéric (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2004 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Nemesis/Bruylant, Bruxelles 2005, p. 69-115.

- CADOUX L. / TABOTONI P.**, *Les défis d'Internet à la protection de la vie privée*, in : TABOTONI (dir.), *La protection de la vie privée dans la société d'information*, PUF, Tome 1, Paris 2000, p. 18 ss.
- CAIRE Guy**, *Des normes internationales à la croisée des droits de l'homme et du droit syndical*, in: *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle*, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER, Dalloz, Paris 2001, p. 259-306.
- CARRON Laurent**, *Quelles perspectives pour la protection des données personnelles sur Internet?*, p. <http://perso.club-internet.fr/ivan/cyberlexnet/COM/A981204.htm>, in <http://perso.club-internet.fr/ivan/cyberlexnet/COM/com.htm> (Cyberlex.com), (consulté le 15.05.03).
- CASSIN René**, *L'homme, sujet de droit international, et la protection des droits de l'homme dans la société universelle*, in: *La technique et les principes du droit public*, Etudes en l'honneur de Georges SCELLE, tome 1, L.G.D.J., Paris 1950, p. 67-91.
- CHAPPUIS Fernand**, *Règlement d'organisation du conseil d'administration et directives de l'employeur – Propos croisés à partir des art. 716b et 321d CO*, in : GesKR 2007, p. 68 ss.
- CLAPHAM Andrew**, *The Privatisation of Human Rights*, in: EHRLR 1995, p. 20-32. (cité: Privatisation).
- CLAPHAM Andrew**, *The « Drittwirkung » of the Convention*, in: MACDONALD/MATSCHER/PETZOLD (éd.), *The European System for the Protection of Human Rights*, M. Nijhoff, Dordrecht/Boston/London 1993, p. 163-206. (cité: Drittwirkung)
- COHEN-JONATHAN Gérard**, *Progrès technique et droits de l'homme: conclusion*, in: RTDH n° 54 2003, p. 723-744. (cité: Progrès)
- COHEN-JONATHAN Gérard**, *La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français*, in: SUDRE Frédéric (dir.), *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974-1992*, N.P. Engel, Kehl/Strasbourg/Arlington 1994, p. 1-25. (cité: La place de la Convention)
- COHEN-JONATHAN Gérard**, *Respect for Private and Family Life*, in: *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1993, p.405 ss. (cité: Respect)
- COSTA Jean-Paul**, *Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe?*, in: *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges en hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, Bruxelles 2000, p. 141-154.
- COUSSIRAT-COUSTERE Vincent**, *La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'Homme*, in: *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes des Journées d'Etudes des 15 et 16 décembre 1994, L.G.D.J, Paris 1995, p. 45-74. (cité: Famille)
- COUSSIRAT-COUSTERE Vincent**, *Convention européenne des droits de l'homme et droit interne: Primauté et effet direct*, in: *La Convention européenne des droits de l'homme. Actes de la journée d'étude du 16 novembre 1991*, Nemesis, Bruxelles 1992, p. 11-23. (cité: Convention)
- COUTURIER Gérard**, *Droit du travail*, in: DELMAS-MARTY M. / DE LEYSSAC C. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2ème édition, Seuil, Paris 2002, p. 361-390.
- CRAIG John D.R.**, *Privacy in the Workplace and the Impact of European Convention Incorporation on United Kingdom Labour Law*, in: *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 19 n°3 1998, p. 373-392. (cité: Impact)

- DANTHE** Marie-Gisèle, *Les limites qu'instaure l'art. 328 CO au droit de l'employeur de donner des directives et de contrôler l'activité du travailleur*, in : WYLER R. (éd.), *Panorama en droit du travail – Recueil d'études réalisées par des praticiens*, Stämpfli, Berne 2009, p. 163 ss.
- DAUGAREILH** Isabelle, *La responsabilité sociale des entreprises transnationales et les droits fondamentaux de l'homme au travail: le contre-exemple des accords internationaux*, in: DAUGAREILH (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant/L.G.D.J., Bruxelles 2005, p. 349-384.
- DAWN** Oliver, *The Human Rights Act and Public Law / Private Law Divides*, in: EHRLR Issue 4 2000, p. 343-355.
- DE FONTBRESSIN** Patrick, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations*, in: Liber amicorum Marc-André EISSEN, Bruylant/L.G.D.J., Bruxelles/Paris 1995, p. 157-164. (cité: Effet horizontal)
- DE FONTBRESSIN** Patrick, *Les droits de l'homme, principes généraux de vie*, in: Mélanges COHEN-JONATHAN, Vol. I, 2004, p. 551-561. (cité: Principes)
- DE HERT** Paul, *Le droit fondamental à la vie privée et le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel*, in : DE HERT (éd.), *Manuel sur la vie privée et la protection des données*, Ed. Politéia, Bruxelles 2002.
- DELMAS-MARTY** Mireille, *Droit et mondialisation*, in: Géopolitique et mondialisation, vol. 19, Odile Jacob, Paris 2002. (cité: Droit)
- DELMAS-MARTY** Mireille, *Introduction*, in : DELMAS-MARTY M. / DE LEYSSAC C. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2^{ème} édition, Seuil, Paris 2002, p. 9-31. (cité: Introduction)
- DE MEYER** J., *Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications dans les relations entre personnes privées et les obligations qui en résultent pour les Etats parties à la Convention*, in: *Vie privée et droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles 1973, p. 363-387.
- DE MUNCK** Jean, *Les trois crises du droit du travail*, in: Dr. soc. n°5 1999, p. 443-446.
- DE QUENAUDON** René, *La doctrine sociale de l'Eglise (DSE) et la responsabilité sociale des entreprises (RSE) : premier regard, premier repérage d'un juriste*, in: Mélanges en l'honneur de Francis MESSNER, à paraître chez Litec, 2013.
- DE QUENAUDON** René, *Harcèlement sexuel et SMS*, obs. sous Cass. soc. 23 mai 2007, in: RDT 2007, p. 530.
- DE QUENAUDON** René, *Intérêt de l'entreprise et vie privée du salarié: une protection inégale?*, obs. sous Cass. soc. 23 mai 2007, in: RDT 2007, p. 590-591. (cité: Intérêt)
- DE QUENAUDON** René, *Jurisprudence Nikon: la suite mais non la fin*, in: D. 2005, p. 1873.
- DE QUENAUDON** René, *Droit et progrès*, in: Mélanges en l'honneur de Dominique SCHMIDT, Joly, Paris 2005, p. 187-219.
- DE QUENAUDON** René, *Protection de la vie privée du salarié à l'égard du traitement des données à caractère personnel*, in: social-law.net, 29.06.2004, (<http://www.social-law.net>), (consulté le 15.07.2007).
- DE QUENAUDON** René / **GOMEZ-MUSTEL** Marie-José, *Bref commentaire de la circulaire DGT n° 2008/22 du 19 nov. 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur*, in : RDT 2009, p. 38-41.
- DE SENG** Arnaud, *Information, consultation et déclaration préalables obligatoires portant sur les mécanismes de contrôle de l'activité des salariés*, in: D. O. 2006, p. 474-480.

- DESPAX** Michel, *La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail*, in: JCP 1963, p. 1776.
- DERRER BALLADORE** Ruth, *Avantages et limites des formes de travail flexibles*, in: Employeur Suisse n°9, 2010, p. 31. (cité: Avantages)
- DERRER BALLADORE** Ruth, *La flexibilisation du travail: un défi pour le droit et le partenariat social*, in: Employeur Suisse n°7, 2008, p. 48-51. (cité: Flexibilisation)
- DE SCHUTTER** Olivier, *La protection du travailleur vis-à-vis des nouvelles technologies dans l'emploi*, in: RTDH n° 54 2003, p. 627-664.
- DE SCHUTTER** Olivier, *La vie privée entre droit de la personnalité et liberté*, in: RTDH n°40 1999, p. 827-863. (cité: Vie privée)
- DE SCHUTTER** Olivier, *Les examens médicaux à l'embauche de la Commission européenne*, in : RTDH n°21 1995, p. 115-122. (cité: Examens)
- DE TERWANGNE** Cécile, *La modernisation de la Convention 108 du Conseil de l'Europe*, in: EPINEY A. / FASNACHT T., *Le développement du droit européen en matière de protection des données et ses implications pour la Suisse*, Schulthess, Zürich/Bâle/Genève 2012, p. 23-67. (cité: Modernisation)
- DEVIN** Guillaume / **GAUTIER** Claude, *Mondialisation et droit international public: Entre réalismes juridique et politique*, in: LAROCHE (dir.) *Mondialisation et gouvernance mondiale*, Iris, Paris 2003, p. 256 ss.
- DE VOS** Dominique, *Entre travail et familles, les femmes*, in: Revue du travail (belge), Bruxelles 1991, p. 21-35.
- DOLIVO** Jean-Michel / **PETIT** Rodolphe, *Discrimination raciale à l'embauche*, in: Plaidoyer 6/05, p. 73-74.
- DORANT** Anne, *Le salarié, l'employeur et le conjoint*, in: Jurisprudence sociale Lamy n°192-1, 2006, p. 4-7.
- DOYLE** Carolyn / **BAGARIC** Mirko, *The Right to Privacy: Appealing, but Flawed*, in: International Journal of Human Rights vol. 9 n°1 2005, p. 3-36.
- DUNAND** Jean-Philippe, *Les devoirs et la responsabilité de l'employeur en matière de protection de la personnalité et de la santé psychique des travailleurs*, in : GUILLOD Olivier (éd.), *Santé et travail*, Berne 2008, p. 99 ss. (cité: Devoirs)
- DUNAND** Jean-Philippe, *La « prédisposition constitutionnelle » de la victime d'un harcèlement psychologique (mobbing)*, in : DTA 2007, p. 15 ss. (cité: Prédisposition)
- DUNAND** Jean-Philippe, *Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail*, in : RJN 2006, p. 13 ss. (cité: Harcèlement)
- DUNAND** Jean-Philippe, *L'usage de l'Internet sur le lieu de travail au vu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral*, in: Internet au lieu de travail, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, Lausanne 2004, p. 1-35. (cité: Internet)
- DUNAND** Jean-Philippe, *La jurisprudence de la Cour de cassation civile neuchâteloise en matière de licenciement abusif*, in: RJN 2003, p. 52 ss. (cité: Licenciement)
- DUPRÉ** Catherine, *The Protection of Private Life against Freedom of Expression in French Law*, in: EHRLR Issue 6 2000, p. 627-649.
- DUPUY** René-Jean, *Le dédoublement du monde*, in: RGDIP tome 100 n°2 1996, p. 313-321.
- DÜRIG** Günter, *Grundrechte und Privatrechtsprechung*, in: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans NAWIASKY, Isar Verlag, Munich 1956, p. 157 ss.
- ECKHARDT** Jens, *EU-DatenschutzVO - Ein Schreckgespenst oder Fortschritt?*, in: Computer und Recht 2012, p. 195 ss.

- EGLI** Urs, *Le « screening » sur Internet*, in: *Employeur Suisse* n°2, 2011, p. 54-55. (cité: Screening)
- EGLI** Urs, *Soziale Netzwerke und Arbeitsverhältnis*, in: Jusletter du 17.01.2011. (cité: Netzwerke)
- EISSEN** Marc-André, *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in: PETTITI/DECAUX/IMBERT (dir.), *La convention européenne des droits de l'Homme: commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Economica, Paris 1999, p. 65-81. (cité: Proportionnalité)
- EISSEN** Marc-André, *L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme*, in: *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme: Droits et libertés en Europe: actes du colloque de Montpellier (20-21 janvier 1989)*, Paris 1990, p. 153 ss. (cité: Interaction)
- EISSEN** Marc-André, *La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu: une mise à jour*, in: René CASSIN *amicorum discipulorumque liber III*, Paris 1971, p. 156 ss. (cité: Mélanges Cassin)
- FABRE** Alexandre, *Mesure d'instruction in futurum et respect de la vie privée du salarié*, in: *D. 2007 Chron.*, p. 1590-1591.
- FABRE** Alexandre, *L'enregistrement d'un SMS comme mode de preuve*, in: *D. 2007*, p. 1598.
- FAVENNEC-HÉRY** Françoise, *Vie privée dans l'entreprise et à domicile*, in: *RJS* 12/01, p. 940.
- FAVOREU** Louis, *La constitutionnalisation du droit*, in : *Mélanges offerts à R. DRAGO*, Economica, Paris, 1996, p. 25 ss.
- FAVRE** Antoine, *Note sur les rapports des libertés constitutionnelles avec la législation civile dans le domaine de la protection des droits de l'homme en droit suisse*, in: René CASSIN *amicorum discipulorumque liber III*, Dalloz, Paris 1971, p. 189-193.
- FELDMAN** David, *The Developing Scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in: *EHRLR* n°3 1997, p. 265-274.
- FLAMENT** Lucien, *A propos de la notion de vie personnelle*, in: *Semaine sociale Lamy* n°1275 2006, p. 4-7. (le même article est paru in: *Jurisprudence sociale Lamy* n°202, 2006, p. 4-8).
- FLAUSS** Jean-François, *Les incidences de la Convention européenne des Droits de l'homme sur le contrôle de constitutionnalité*, in: *Petites affiches* n°148, 9 décembre 1988, p. 34.
- FLORY** Maurice, *Mondialisation et droit international du développement*, in: *RGDIP* tome 101 n°3 1997, p. 609-633.
- FLÜCKIGER** Alexandre / **AUER** Andreas, *La vidéosurveillance dans l'oeil de la Constitution*, in: *PJA* 2006, p. 924 ss.
- FORD** Michael, *Article 8 and the right to privacy at the workplace*, in: EWING K. D. (éd.), *Human rights at work*, The Institute of employment rights, Londres 2000, p. 25-42.
- FRAISSE** Régis, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité des décisions juridictionnelles en 2004 et 2005*, in: (www.conseil-constitutionnel.fr), p. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cc_autorite_decisions_rfraisse_070206.pdf, (consulté le 12.04.06).
- FRAYSSINET** Jean, *L'internet et la protection juridique des données personnelles*, in: *L'internet et le droit*, Actes du colloque organisé par l'Ecole doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris I, Paris 2001, p. 56.

- FREY** Martin B. / **MÜLLER** Stephan M., *Unternehmen am IT-Tropf Neue Methoden der Risikobeurteilung am Beispiel einer Betriebsunterbrechung*, in : DIGMA 2003, p. 10-14.
- FROOMKIN** Michael, *The Death of Privacy ?*, in : Stanford Law Review n°52 2000, p. 1461-1543.
- FUSSLER** Claude, *Responsible Excellence Pays!*, in: Journal of Corporate Citizenship n° 16 2004, p. 33-44.
- GARDIN** Alexia, *La prise en compte de la vie familiale du salarié dans les normes légales et conventionnelles du travail*, in: Dr. soc. 2002, p. 854-861.
- GAUDU** François, *Les droits sociaux*, in: CABRILLAC R. / FRISON-ROCHE M.-A. / REVET T. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 17^{ème} édition, Dalloz, Paris 2011, p. 197-223.
- GAYLE** Dennis J. / **GOODRICH** Jonathan N., *Exploring the Implications of Privatization and Deregulation*, in: OTENYO / LIND (éd.), *Comparative Public Administration*, Emerald Group Publishing Limited, New York 2006, p.463-488.
- GEISER** Thomas, *Interne Untersuchungen in einem Unternehmen und Datenschutz*, in: Von der Lochkarte zum Mobile Computing, Schulthess, Zürich 2012, p. 19-36. (cité: Datenschutz)
- GEISER** Thomas, *Interne Untersuchungen des Arbeitgebers – Konsequenzen und Schranken*, in: PJA 2011, p. 1047 ss.
- GELLMAN** Robert M., *Can Privacy be Regulated Effectively on a National Level? Thoughts on the Possible Need for International Rules*, in: Villanova Law Review n°41 1996, p. 129-172.
- GERARDIN** Bertrand / **RIJCKAERT** Olivier, *Nouveau dossier en ligne: analyse de la CCT 81 sur la cybersurveillance des travailleurs*, in: Droit et Nouvelles technologies (www.droit-technologie.org), 28.08.02, p. http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=616, (consulté le 27.06.03)
- GLOOR** Werner, *Kopftuch an der Kasse - Religionsfreiheit im privaten Arbeitsverhältnis*, in: DTA 2006, p. 1-16.
- GÖKSU** Tarkan, *Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes*, in: RSJ 2002, p. 94 ss.
- GOLDBERG** Menachem, *Privacy of the employee as a human right*, in: BLANPAIN R.(éd.), *Labour Law, Human Rights and Social Justice*, Kluwer Law International, 2001, p. 163-185.
- GREENLEAF** Graham, *Modernising Data Protection Convention 108 : A Safe Basis for a Global Privacy Treaty ?*, in : Computer Law & Security Review, Vol 29, n°4, 2013.
- GREWE** Constance, *Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français: le rôle de médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in: RUDH 2004, p. 26-32.
- GREWE** Constance / **RUIZ FABRI** Hélène, *Le Conseil constitutionnel et l'intégration européenne*, in: RUDH 1992, p. 277 ss.
- GROTE** Gudela, *Telearbeit - ein noch immer kontrovers diskutiertes Thema*, in: Employeur Suisse n°9, 2010, p. 8-9.
- GUILLOD** Olivier, *Les développements en droit de la santé*, in : GUILLOD Olivier (éd.), *Santé et travail*, Weblaw, Berne 2008, p. 5 ss.
- HAKIM** Nader, *Les premiers traités de législation industrielle et la jurisprudence: les ressources d'une influence doctrinale au Palais*, in: LE CROM J.-P., *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, PUR, Rennes 2004, p. 29-39.

- HALLER** Marie-Christine, *Des faits se rattachant à la vie personnelle d'un salarié peuvent dans certains cas justifier un licenciement*, in: Jurisprudence Sociale Lamy n°137-5, 2004, p.15-16. (cité: Vie personnelle)
- HALLER** Marie-Christine, *Refus d'une salariée de « renoncer » au port du foulard islamique*, in: Jurisprudence Lamy n°131, 2003, p. 11-13. (cité: Refus)
- HARTUNG** Jürgen, *Neue Regulierungsaspekte in der EU-Datenschutzreform*, in: WEBER / THOUVENIN (éd.), *Neuer Regulierungsschub im Datenschutzrecht?*, Schulthess, Zürich/Bâle/Genève 2012, p. 31-54.
- HAUNREITER** Diego, *Zulässige und unzulässige Fragen beim Anstellungsgespräch*, in: *Wirtschaft, Recht und Gesellschaft*, Berne 2010, p. 277 ss.
- HÉBERT** Paul / **MASOËRO** Michel, *La Commission nationale informatique et libertés passe aux sanctions*, in: JCP 2006, p. 1784.
- HENDRICKX** Frank, *Privacy and Employment Law: General Principles and Application to Electronic Monitoring*, in: *Bulletin of comparative labour relations* n°40, Kluwer Law International, La Haye 2002, p. 45-64.
- HERRERA** Carlos Miguel, *Sur le statut des droits sociaux – La constitutionnalisation du social*, in: RUDH 2004, p. 32-39.
- HORNUNG** Gerrit, *Eine Datenschutz-Grundverordnung für Europa ? Licht und Schatten im Kommissionsentwurf vom 25.1.2012*, in : *Zeitschrift für Datenschutz* 2012, p. 99 ss.
- HUSTINX** Peter, *A Clear Signal for Stronger EU Data Protection*, in: *Zeitschrift für Datenschutz* 2013, p. 301-302, p.
https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2013/13-06-17_Editorial_ZfD_EN.pdf (consulté le 30.08.13). (cité: Signal)
- HUSTINX** Peter, *The Reform of EU Data Protection : towards more effective and more consistent data protection across the EU*, in : in: EPINEY A. / FASNACHT T., *Le développement du droit européen en matière de protection des données et ses implications pour la Suisse*, Schulthess, Zürich/Bâle/Genève 2012, p. 15-22. (cité: Reform)
- ICARD** Julien, *L'impact des NTIC au sein des entreprises post-industrielles*, in: *Cahiers Sociaux du Barreau de Paris* n°178 2006, p. 107-110.
- JACQUÉ** Jean-Paul, *Le respect de la vie privée et familiale dans la jurisprudence des organes de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, *Rapport aux Journées d'information sur la Convention européenne*, Toulouse, 4 et 5 décembre 1980, *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXIX, Toulouse, p. 125-146.
- JÄGGI** Peter, *Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit*, in: ZSR 79/1960, p. 219.
- JAVILLIER** Jean-Claude, *Le droit du travail en temps réel?*, in: *Semaine sociale Lamy* n°575, 18 novembre 1991, p. 3-4. (cité: Temps réel)
- JAVILLIER** Jean-Claude, *Une illustration du conflit des logiques: le contrôle médical patronal des absences en cas de maladie du salarié*, in: *Dr. soc.* 1976, p. 265. (cité: Contrôle médical)
- JEAMMAUD** Antoine, *Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation*, in: *D.O.* 1998, p. 240-248. (cité: Les droits du travail)
- JEAMMAUD** Antoine, *Le droit constitutionnel dans les relations du travail*, in: *AJDA* 1991, p. 612-622. (cité: Le droit constitutionnel)

- JEAMMAUD** Antoine, *Les principes dans le droit du travail*, in: Dr. soc.1982, p. 618-629.
(cité: Les principes)
- JOUANJAN** Olivier, *La théorie allemande des droits fondamentaux*, in: AJDA 1998 spécial, p. 44-51.
- KAY** Richard, *The European Convention on Human Rights and the Control of Private Law*, in: EHRLR Issue 5 2005, p. 466-479.
- KELL** Georg, *Corporate Citizenship: Defining the New Responsibilities*, in: (www.unglobalcompact.com), Londres 2000, p.
http://www.unglobalcompact.com/NewsAndEvents/articles_and_papers/remarks_on_gc_chatam_house_london.html, (consulté le 27.04.06).
- KELL** Georg / **LEVIN** David, *The Evolution of the Global Compact Network: An Historic Experiment in Learning and Action*, in: (www.unglobalcompact.com), Denver 2002, p.
http://www.globalcompact.org/docs/news_events/9.5/denver.pdf, (consulté le 27.04.06).
- KERN** Hans, *Externalisation des salaires: quid de la protection des données?*, in : Journal de la FER, n° 3004 du 12.12.2008, p. 8.
- KERNALEGUEN** Francis, *Brèves remarques sur la vie privée du salarié*, in: Mélanges en l'honneur de Henry BLAISE, Economica, Paris 1995.
- KERNEN** Alexander, *Volle Verantwortlichkeit des Host Providers für persönlichkeitsverletzende Handlungen seines Kunden*, in: Jusletter, 04.03.13, (www.jusletter.ch), (consulté le 31.08.2013).
- KLEY** Andreas, *Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsverhältnis*, in: GEISER/SCHMID/WALTER-BUSCH, *Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts*, P. Haupt, Berne 1998, p. 433-454.
- KORENG** Ansgar / **FELDMANN** Thorsten, *Das « Recht auf Vergessen », Ueberlegungen zum Konflikt zwischen Datenschutz und Meinungsfreiheit*, in: Zeitschrift für Datenschutz 2012, p. 312.
- LABRUSSE-RIOU** Catherine, *Droit des personnes et droit de la famille*, in: DELMAS-MARTY M. / DE LEYSSAC C. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2^{ème} édition, Seuil, Paris 2002, p. 321-360.
- LAMBERT** Pierre / **RIGAUX** François, *Perquisitions au cabinet d'un avocat et droit au respect de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, in : RTDH n° 1993, p. 470-481.
- LANGLOIS** Philippe, *Courrier électronique et vie privée au travail*, in: D 2001, p. 3286-3287.
- LARRALDE** Jean-Manuel, *L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle*, in: RTDH n°65 2000, p. 35-54.
- LAURENT-MERLE** Isabelle, *Le pouvoir disciplinaire face aux droits et libertés du salarié en Europe occidentale*, in: RDT 2007, p. 298-305.
- LEACH** Philip, *Positive Obligations from Strasbourg – Where do the Boundaries Lie?*, in: Interights Bulletin Vol. 15 n°3 2006, p. 123-126.
- LEARY** Virginia, *The Paradox of Workers' Rights as Human Rights*, in: COMPA/DIAMOND, *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*, Univ. of Pennsylvania Pr., Philadelphie 1996, p. 22 ss.
- LEIGH** Ian, *Horizontal rights, the Human Rights Act and Privacy: lessons from the Commonwealth?*, in: International and Comparative Law Quarterly Vol. 48 1999, p. 57-87.

- LEISINGER** Klaus M., *Business and Human Rights, Human Rights: A Business Duty?*, in: KIRSCHLÄGER et al. (éd.), *Menschenrechte und Terrorismus*, Berne 2004, p. 53-84.
Rem. Paru également in: MCINTOSH/WADDOCK/KELL (éd.), *Learning To Talk: Corporate Citizenship and the development of the UN Global Compact*, Londres 2004, p. 72-100.
- LEMMENS** Koen, *The Protection of Privacy between a Rights-Based and a Freedom-Based Approach: What the Swiss Example can teach us*, in: *Maastricht Journal of European and Comparative Law* Vol. 10 n°1 2003.
- LEPAGE** Agathe, *La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail*, in: *Dr. soc.* 2006, p. 364-377. (cité: Notion civiliste)
- LEPAGE** Agathe, *Le secret de la vie privée sous influences*, in: *Droit et Patrimoine* n°102, 2002, p. 61-64. (cité: Secret)
- LEGAPE** Agathe, *Le secret des correspondances immatérielles dans l'entreprise (téléphone et courrier électronique)*, in: *Communication-Commerce électronique*, Juris-Classeur, Paris 2001, p. 11-12. (cité: Correspondances)
- LIEBENBERG** Sandra, *Adjudicating the Positive Duties Imposed by Economic, Social and Cultural Rights*, in: *Interights Bulletin* Vol. 15 n°3 2006, p. 109-113.
- LINDON** Raymond, *La presse et la vie privée*, in : *JCP*, I, 1965, n°1887.
- LITAN** Robert, *Law and Policy in the age of the Internet*, in: *Duke Law Journal* 50, 2001, p. 1045 ss., p. <http://www.law.duke.edu/journals/dlj/articles/dlj50p1045.htm>, (consulté le 16.05.02).
- LOBSIGER** Adrian, « *Wahrheitssuche* » *im Unternehmen*, in: *PJA* 2004, p. 1451.
- LOUCAIDES** Loukis. G., *Personality and Privacy under the European Convention on Human Rights*, in : *British Yearbook of International Law* n° 61 1990, p. 175-197.
- LYON-CAEN** Antoine, *Les droits fondamentaux en droit du travail*, in: *Droits fondamentaux et modernisation du droit suisse du travail*, Extraits de la journée d'étude de Movendo et de l'USS du 23 avril 2004, Dossier n° 36, Berne 2005, p. 9-16.
 Ce dossier est disponible sur le site (www.sgb.ch), p. <http://www.sgb.ch/fr/f-download/05-36fd-rm-Conf040323-droit%20du%20travail.pdf>, (consulté le 05.05.06).
- LYON-CAEN** Gérard, *Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail*, in: *D.O.* 1951, reproduit dans *Droit ouvrier* février 2004, p. 52 ss. (cité: Fondements)
- LYON-CAEN** Pierre, *L'atteinte portée à la liberté de se vêtir constitue-t-elle un trouble manifestement illicite?*, in: *D.O.* 2003, p. 221-224.
- LYON-CAEN** Gérard / **VACARIE** Isabelle, *Droits fondamentaux et droit du travail*, in: *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle*, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER, Dalloz, Paris 2001, p. 425 ss.
- MACHERET** Augustin, *Réglementation des flux transfrontières de données de caractère personnel*, in: *Informatique et protection de la personnalité*, Ed. universitaires, Fribourg 1981.
- MAHON** Pascal, *L'évolution du droit social (1874-1998) et ses perspectives*, in: *Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts*, P. Haupt, Bern/Stuttgart/Wien 1998, p. 293-356.
- MAINGAIN** Bernard, *Vie privée, vie familiale, vie professionnelle, chronique d'une privatisation annoncée*, in: *Liber Amicorum Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN*, *Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, Bruxelles 1998, p. 417-444.
- MAKOWSKI** Sabine, *Correspondant aux données personnelles, un nouvel interlocuteur*, in: *Option Finance* n°870, 2006, p. 31.

- MALHERBE** Jean, *La vie privée et la droit moderne*, in : Librairie du Journal des notaires et des avocats, Paris 1968, p. 199 ss.
- MALINVERNI** Giorgio, *Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme*, in: Im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift für Dietrich SCHINDLER zum 65. Geburtstag, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Frankfurt am Main 1989, p. 539-560. (cité: Fonctions)
- MALINVERNI** Giorgio, *L'application de la CEDH en Suisse*, in : Mémoires de la Faculté de droit de Genève, vol. 49, Genève 1976, p. 3-51. (cité: Application)
- MARBACHER** Lukas, *Datenschutz, Informatik und Aufbewahrung*, in: Congrès de la Chambre 1993, p. 317.
- MARGUENAUD** Jean-Pierre, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit des obligations*, in : Le renouvellement des sources du droit des obligations, Journées H. CAPITANT, L.G.D.J., Paris 1997, p. 45. (cité: Obligations)
- MARKESINIS** Basil / **ENCHELMAIER** Stefan, *The Applicability of Human Rights as between Individuals under German Constitutional Law*, in: MARKESINIS (éd.), *Protecting privacy*, Oxford 1999, p. 191-243.
- MARTIN** L., *Le secret de la vie privée*, in : RTD civ.1959, p. 227 ss.
- MATHIAS** Paul, *From Code to Law*, in: MASSIT-FOLLÉA F. / MÉADEL C. / MONNOYER-SMITH L., *Normative Experience in Internet Politics*, Presses des Mines, Paris 2012, p. 45-65.
- MATHIEU-GENIAUT** Chantal, *L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question*, in: Dr. soc.2006, p. 848-856.
- MAUPAIN** Francis, *La « valeur ajoutée » de la Déclaration de 1998*, in: DAUGAREILH (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant/L.G.D.J, Bruxelles 2005, p. 1-56.
- MEULDERS-KLEIN** Marie-Thérèse, *L'irrésistible ascension de la vie privée au sein des droits de l'homme*, in: SUDRE Frédéric (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2004 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Nemesis/Bruylant, Bruxelles 2005, p. 305-333.
- MICHEAU** Claire / **MASSON** Antoine, *La Cour de justice des Communautés européennes, moteur de l'intégration européenne*, in : DEVAUX / LEBOUTTE / POIRIER (dir.), *Le Traité de Rome : histoires pluridisciplinaires : l'apport du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne*, Peter Lang, Bruxelles 2009, p. 117-130.
- MICHEL** Nicolas, *L'imprégnation du droit étatique par l'ordre juridique international*, in : AUBERT J.F. / MÜLLER J.P. / THÜRER D., *Droit constitutionnel suisse*, Schulthess, Zürich 2001, p. 63-75.
- MOCK** Hanspeter, *Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance à l'aube du XXIème siècle*, in: RUDH n°7-10 1998, p. 237 ss.
- MOIX** Paul-Henri, *Le droit fondamental à la famille et à la vie familiale*, in: RVJ 2001, p. 335-353.
- MOLFESSIS** Nicolas, *Vie professionnelle, vie personnelle et responsabilité des commettants du fait de leurs préposés*, in: Dr. soc. 2004, p. 31 ss.
- MONTGOMERY** David, *Labor Rights and Human Rights A Historical Perspective*, in: COMPA / DIAMOND, *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*, Philadelphie, p. 13-21.

- MOREAU** Marie-Ange, *Brèves observations dans une perspective communautaire*, in: Dr. soc. 1999, p. 454-458. (cité: Observations)
- MORIN** Fernand, *Nouvelles technologies et la télésubordination du salarié*, in: Relations industrielles Vol. 55 n°4, Québec 2000, p. 725-745.
- MOULY** Jean, *Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne*, in: SUDRE Frédéric (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2004 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Nemesis/Bruylant, Bruxelles 2005, p. 279-303.
- NEAL** Alan. C., *Corporate Social Responsibility : Governance Gain or Laissez-faire Figleaf*, in : *Corporate Labour Law and Policy Journal*, vol. 29, n°4, 2008, p. 459-474.
- NEAU-LEDUC** Christine, *Les accords sur la « responsabilité sociale de l'entreprise »*, in: Dr. soc. 2008, p. 75-79. (cité: Les accords)
- NEAU-LEDUC** Christine, *La responsabilité sociale de l'entreprise: quels enjeux juridiques?*, in: Dr. soc. 2006, p. 952-958. (cité: Enjeux)
- NERSON** Roger, *La protection de l'intimité*, in : *Journal (belge) des tribunaux*, 1959, p. 713-740.
- NEVENS** Koen, *Home Work, Telework and the Regulation of Working Time: A Tale of (Partially) Similar Regulatory Needs, in Spite of Historically Rooted Conceptual Divergence*, in: *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 26, n°2, 2010, p. 193-216.
- NICKEL** James, *How Human Rights Generate Duties to Protect and Provide*, in: *Human Rights Quarterly* Vol. 15 1993, p. 77-86.
- NIPPERDEY** Hans Carl, *Grundrechte und Privatrecht*, in: *Festschrift für Erich MOLITOR zum 75. Geburtstag*, C.H. Beck, Munich/Berlin 1962, p. 17 ss. (cité: Privatrecht)
- NIPPERDEY** Hans Carl, *Die Würde des Menschen*, in: *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Duncker & Humblot, Berlin 1960-1962, p. 1-50. (cité: Würde)
- OLSAK** Norbert, *Tract électronique: « Liberté, Liberté chérie... »*, in: RDT 2007, p. 177-179.
- PASSET** René, *Des principes pour l'organisation d'une gouvernance mondiale*, in: DELMAS-MARTY M. et al. (éd.), *Le Monde n'a plus de temps à perdre*, LLL, Paris 2012, p. 65-74.
- PÄRLI** Kurt, *Der Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, in: DTA 2005, p. 225-235.
- PELLOUX** Robert, *L'étude des droits de l'homme doit être interdisciplinaire*, in: René CASSIN *amicorum discipulorumque liber IV*, Dalloz, Paris 1972, p. 9-18.
- PENA** Annabelle, *Personnalité*, in: CHAGNOLLAUD D. / DRAGO G. (dir), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, 2ème édition, Dalloz, Paris 2010, p. 564-592.
- PETTITI** Christophe, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit social français*, in: *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Vol. II, Bruxelles 2004, p. 1283-1297. (cité: Influence)
- PETTITI** Christophe, *La protection des droits sociaux fondamentaux à l'aube du troisième millénaire*, in: *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges en hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, Bruxelles 2000, p. 613-625. (cité: Droits sociaux)
- PORTMANN** Wolfgang, *Kommentar zu den Art. 319-362 OR*, in: HONSELL/VOGT NEDIM/WIEGAND (éd.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 5^{ème} édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2011.

- POYAL** Ana, *La eficacia de los derechos humanos frente a terceros*, in: Revista de Derecho Politico, UNED n°34, Madrid 1991, p. 189-221.
- PRIEST** Margot, *The Privatization of Regulation: Five Models of Self-Regulation*, in: Ottawa Law Review, vol. 29, n°2, 1997-1998, p. 233-302.
- PROBST** Audrey, *Télétravail au domicile, Confusion des lieux et distinction des temps*, in: Dr. soc. 2006, p. 1109-1116.
- PUIG** Pascal, *La hiérarchie des normes : Du système au principe*, in : RTDC 2001.
- PULVER** Bernhard, *Die Verbindlichkeit staatlicher Schutzpflichten – am Beispiel des Arbeitsrechts*, in: PJA 2005, p. 413-423.
- RAMOS MARTIN** Nuria / **VISSER** Jelle, *A More Autonomous European Social Dialogue: The Implementation of the Framework Agreement on Telework*, in: The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol. 24/4, 2008, p. 511-548.
- RAY** Jean-Emmanuel, *De la géo-localisation à la télé-localisation*, in: Dr. soc. 2012, p. 61-69. (cité: Géolocalisation)
- RAY** Jean-Emmanuel, *Métamorphoses du droit du travail*, in: Dr. soc. 2011, p. 1162. (cité: Métamorphoses)
- RAY** Jean-Emmanuel, *Vies professionnelles et vies personnelles*, in: Dr. soc. 2004, p. 5-10. (cité: Vies professionnelles)
- RAY** Jean-Emmanuel, *Temps professionnel et temps personnels*, in: Dr. soc. 2004, p. 58-69. (cité: Temps professionnel)
- RAY** Jean-Emmanuel, *Le nouveau correspondant aux données personnelles*, in: Semaine sociale Lamy n°1183, 2004, p. 7. (cité: Correspondant)
- RAY** Jean-Emmanuel, *Une loi macédonienne? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles »*, in: Dr. soc. 1993, p. 103 ss. (cité: Etude)
- RAY** Jean-Emmanuel/ **ROJOT** Jacques, *France*, in: BLANPAIN R. (éd), *European Framework Agreements and Telework: Law and Practice, a European and Comparative Study*, Kluwer Law International, La Haye, 2007, p. 157-169.
- RAY** Jean-Emmanuel / **ROJOT** Jacques, *Worker privacy in France*, in: Comparative Labor Law Journal, Vol. 7 n°1, 1995, p. 61-74.
- REIDENBERG** Joel R., *E-commerce and Transatlantic Privacy*, in: Houston Law Review 2001, p. 719-749.
- REJET** Thierry, *La dignité de la personne humaine en droit du travail*, in: PAVIA / REJET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, Paris 1999, p. 137-157.
- RIVERO** Jean, *Les libertés publiques dans l'entreprise*, in: Dr. soc. 1982, p. 421-424. (cité: Libertés publiques)
- RIVERO** Jean, *La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, in: René CASSIN amicorum discipulorumque liber III, Paris 1971, p. 311 ss. (cité: Protection)
- RIVIÈRE** Florence, *L'intégration « paisible » de la Convention européenne des droits de l'homme en Suisse*, in : RTDH n°39 1999, p. 461-477.
- ROETZ** Damien, *L'art. 4 Conv. EDH violé par la France: une histoire d'esclavage moderne devant la Cour de Strasbourg*, in: D. 2006, p. 346 ss.
- ROGGE** Kersten, *La protection de la vie privée et les défis technologiques*, in: RTDH 1994, p. 41-58.

- ROUSSEAU** Dominique, *L'intégration de la Convention européenne des Droits de l'homme au bloc de constitutionnalité*, in: Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme: Droits et libertés en Europe: actes du colloque de Montpellier (20-21 janvier 1989), Paris 1990, p. 117-136.
- ROSSEL** Jean-Emmanuel, *L'effet horizontal des droits fondamentaux et son application en droit médical*, in: Aspects du droit médical, Ed. universitaires, Fribourg 1988, p. 73.
- RUDIN** Beat, *Erfolg - und Geld zurück vom « Return on Investment » von Datenschutz- und Informationssicherheitsmassnahmen*, in: DIGMA 2003, p. 4-5. (cité: Erfolg)
- RUDIN** Beat, *Was darf die Chefin, was die Angestellte? Arbeits- und datenschutzrechtliche Schranken der technischen Überwachung der Internet-Nutzung am Arbeitsplatz*, in: DIGMA 2001, p. 4-11. (cité: Chefin)
- SAINT-JOURS** Y., *Le contrôle médical des arrêts de travail organisé par les employeurs est-il opposable aux salariés en l'absence d'une procédure d'arbitrage garantissant les droits de la défense?*, in : D. 1975, Chron. p. 91.
- SAINT-PAU** Jean-Christophe, *L'enregistrement clandestin d'une conversation téléphonique amicale relative à l'activité professionnelle*, in: D. 2007, p. 1184-1187.
- SALADIN** Peter, *Grundrechte und Privatrechtsordnung, Zum Streit um die sogenannte "Drittwirkung" der Grundrechte*, in: RSJ 1988, p. 373-384. (cité: Grundrechte und Privatrechtsordnung)
- SALADIN** Peter, *Die Funktion der Grundrechte in einer revidierten Verfassung*, in: RSJ 1968, p. 531 ss. (cité: Funktion)
- SANDOZ** Suzette, *Effets horizontaux des droits fondamentaux: une redoutable confusion*, in : RSJ 1987, p. 68.
- SAVATIER** Jean, *Les activités politiques dans l'entreprise*, in: Dr. soc. 1977, p. 231 (cité : Activités)
- SAVATIER** Jean, *La protection de la vie privée des salariés*, in : Dr. soc. 1992, p. 329-336. (cité: Protection)
- SAVATIER** Jean, *La liberté dans le travail*, in: Dr. soc. 1990, p. 49-58. (cité: Liberté)
- SCHACHTER** Oscar, *Human Dignity as a Normative Concept*, in: AJIL n°77 1983, p. 848-854.
- SCHEUNER** Ulrich, *Fundamental Rights and the Protection of the Individual Against Social Groups and Powers in the Constitutional System of the Federal Republic of Germany*, in: René CASSIN amicorum discipulorumque liber III, Paris 1971, p. 253.
- SCHNEIDER** Jürg, *Internet Service Provider im Spannungsfeld zwischen Fernmeldegeheimnis und Mitwirkungspflichten bei der Überwachung des E-Mail-Verkehrs über das Internet*, in: PJA 2005, p. 179.
- SCHNEIDER-MARFELS** Karl-Jascha, *Facebook, Twitter & CO: « Imperium in imperio »*, in: Jusletter 20.02.2012.
- SCHULZ** Sebastian, *Privacy by Design*, in: Computer und Recht 2012, p. 204 ss.
- SCHWAIBOLD**, in: Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, Bâle 1995, p. 459 ss.
- SCHWEIZER** Rainer J., *Die Konvention des Europarates und die Richtlinien der OECD zum internationalem Datenschutz aus schweizerischer Sicht*, in: Informatique et Protection de la personnalité, Ed. universitaires Fribourg 1981, p. 255 ss.
- SEGER** Paul, *Neue Tendenzen im Bereich internationaler Unternehmensverantwortung*, in: RSDIE 2005, p. 458-469.

- SERVAIS** Jean-Michel, *Normes internationales du travail et responsabilité sociale des entreprises*, in: Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS, BIT, Genève 2004.
- SIMITIS** Spiros, *Entwicklung und Dilemmata des Datenschutzes*, in: EPINEY A. / HÄNNI J. / BRÜLISAUER F. (éd.), L'indépendance des autorités de surveillance et autres questions actuelles du droit de la protection des données, Schulthess, Zürich/Bâle/Genève 2012, p. 1-12. (cité: SIMITIS, Dilemmata)
- SIMITIS** Spiros, *Le droit du travail a-t-il encore un avenir?*, in: Dr. soc. 1997, p. 655-667.
- SIMMA** Bruno / **ZÖCKLER** Markus, *Social Protection by International Law: Law-Making by Universal Organizations (Especially the United Nations)*, in: VON MAYDELL/NUSSBERGER (éd.), Social Protection by Way of International Law, Duncker & Humblot, Berlin 1996, p. 70 ss.
- SINCLAIR** Darren, *Self-Regulation Versus Command and Control? Beyond False Dichotomies*, in: Law & Policy, vol. 19, n°4, 1997, p. 529-559.
- SKYTE** Peter, *The Protection of Privacy at Work*, in: Bulletin of comparative labour relations n°40, Kluwer Law International, La Haye 2002, p. 1-8.
- SPIELMANN** Dean, *Freedom of the press, protection of privacy and presumption of innocence*, 7th Annual Meeting of the Alliance of Independent Press Councils of Europe, Strasbourg/Luxembourg 2005. (cité: Freedom)
- STAEGER** Alexandre / **MEIER** Philippe, *Surveillance vidéo sur le lieu de travail*, in: Jusletter du 16.04.2012.
- SUDRE** Frédéric, *Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée*, in: SUDRE (dir.), Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2004 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Nemesis/Bruylant, Bruxelles 2005, p. 11-33. (cité: Vie privée)
- SUDRE** Frédéric, *La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme: un exercice de « jurisprudence fiction »?*, in: RTDH n° 55 2003, p. 755-779. (cité: Droits sociaux)
- SUDRE** Frédéric, *Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, in: Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL, C. Heymann, Köln/Berlin/Bonn/München 2000, p. 1359-1376. (cité: Obligations positives)
- SUDRE** Frédéric, *Les aléas de la notion de « vie privée » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in: Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI, Bruylant/Nemesis, Bruxelles 1998, p. 687-705. (cité: Aléas)
- SUPIOT** Alain, *Transformations du travail et devenir du droit du travail: une prospective européenne*, in: Revue internationale du Travail, Vol. 138 n°1 1999, p. 33 ss (cité: Transformations)
- SUPIOT** Alain, *Autopsie du « citoyen dans l'entreprise »: le rapport Auroux sur les droits des travailleurs*, in: LE CROM (dir.), Deux siècles de droit du travail, Paris 1998, p. 264-274. (cité: Autopsie)
- SUPIOT** Alain, *La réglementation patronale de l'entreprise*, in: Dr. Soc. 1992, p. 217.
- de TERWANGNE** Cécile, *Le rapport de la vie privée à l'information*, in: Cahiers du CRID n°16, Bruylant, Paris 2000, p. 137-149.
- TEYSSIÉ** Bernard, *La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe*, in: Dr. soc. 2005, p. 982-990.

- THEWES** Marc, *La presse et la vie privée*, in : Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves n°78, Luxembourg 1991, p. 5 ss.
- THIBIERGE** Catherine, *Le droit souple, Réflexions sur les textures du droit*, in: RTDC 2003, p. 599 ss.
- THIEFFRY** Patrick, *L'émergence d'un droit européen du commerce électronique*, in: RTDE 2000, p. 623-674.
- THOLOZAN** Olivier, *L'apparition de la notion de contrat de travail dans les thèses des facultés de droit (1890-1901)*, in: LE CROM J.-P., *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, PUR, Rennes 2004, p. 59-68.
- THOMAS** Caroline, *International Financial Institutions and social and economic rights: an exploration*, in: EVANS (éd.), *Human Rights Fifty Years On: A reappraisal*, Manchester 1998, p. 161-185.
- TISSOT** Nathalie, *Etat de la jurisprudence Internet*, in: Quelques facettes du droit de l'Internet, PAN, Neuchâtel 2001, p. 47 ss.
- TRIPATHI** Salil, *Social Human Rights and International Economical Policy*, in: Menschenrechte und Wirtschaft, Stämpfli, Berne 2005, p. 153-169.
- TRUDEL** Pierre, *L'influence d'Internet sur la production du droit*, in: CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'internet*, Bruylant, Bruxelles 2002, p. 96 ss.
- UTTINGER** Ursula, *Datenschutzüberprüfungen: Zertifizierungen sowie andere Möglichkeiten oder: Was hat Art. 11 DSGVO verändert?*, in: KIESER U. / PÄRLI K. (éd.), *Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich: Aktuelle Herausforderungen*, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, St-Gall 2012, p. 69-80.
- VAN DIJK** Pieter, *Positive Obligations Implied in the European Convention on Human Rights: Arte the States Still the Masters of the Convention?*, in: CASTERMANS/VAN HOOFF/SMITH (éd.), *The Role of the Nation-State in the 21st Century*, Essays in Honour of Peter BAEHR, Kluwer Law International, The Hague/Boston/London 1998, p. 17-33.
- VAN HOOFF** Fried, *International Human Rights Obligations for Companies and Domestic Courts: An Unlikely Combination?*, in: CASTERMANS/VAN HOOFF/SMITH (éd.), *The Role of the Nation-State in the 21st Century*, Essays in Honour of Peter BAEHR, Kluwer Law International, The Hague/Boston/London 1998, p. 47-59. (cité: Combination)
- VAN HOOFF** Fried, *The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views*, in: ALSTON/TOMASEVSKI, *The Right to Food*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/The Hague 1984, p. 97. (cité: Rebuttal)
- VALTICOS** Nicolas, *Droits de l'homme et droits du travail sur le plan international*, in: Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER, Paris 2001, p. 477 ss. (cité: Droits de l'homme)
- VALTICOS** Nicolas, *Normes internationales du travail et droits de l'homme. Où en est-on à l'approche de l'an 2000?*, in: *Revue internationale du Travail*, Vol. 137 n°2 1998, p. 150-164. (cité: RIT 1998)
- VALTICOS** Nicolas, *Nations, Etats, Régions et communauté universelle: niveaux et étapes de la protection des droits de l'homme*, in: *Humanité et droit international*, Mélanges René-Jean DUPUY, Paris 1991, p. 339-348. (cité: Nations)
- VELU** Jacques, *Convention et respect de la vie privée*, in: *Vie privée et droits de l'homme*, Actes du 3^{ème} Colloque international sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Bruylant, Bruxelles 1973, p. 3-10 (cité: Convention)

- VELU** Jacques, *The European Convention on Human Rights and the Right to Respect for Private Life, the Home and Communications*, in: ROBERTSON (ed.), *Privacy and Human Rights*, Manchester Univ. Press, Manchester 1973, p. 12 et 92. (cité: ECHR)
- VERDIER** Jean-Maurice, *En guise de manifeste: le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme*, in: *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur du Professeur Jean SAVATIER, Paris 1992, p. 427-437. (cité: Manifeste)
- VERDIER** Jean-Maurice, *Quelle problématique spécifique pour les droits de l'homme dans l'entreprise?*, in: *Les droits de l'homme dans l'entreprise XXe Congrès de l'I.D.E.F.*, Revue juridique et politique, indépendance et coopération n°3-4, Paris 1989, p. 310-320. (cité: Problématique)
- VERGE** Pierre, *Droits de la personne et droit du travail*, in: *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle*, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER, Paris 2001, p.491.
- VERKINDT** Pierre-Yves / **BONNARD-PLANCKE** Laëticia, *La réception de la « question sociale » par la doctrine juridique civiliste au tournant du siècle*, in: LE CROM J.-P., *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, PUR, Rennes 2004, p. 19-27.
- VIEIRA DE MELLO** Sergio, *Leader to Leader*, in: *New Academy Review Vol. 2 n° 4 2003*, p. http://www.unglobalcompact.com/docs/news_events/9.5/bshop_unhchr.pdf, (consulté le 31.08.2013).
- VISCHER** Frank, *Entwicklungen des Arbeitsrechts in der Schweiz*, in: *Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts*, P. Haupt, Bern/Stuttgart/Wien 1998, p. 251-273.
- VIVANT** Michel, *La mesure du défi: le virtuel saisi par le droit, le droit bousculé par le virtuel*, in: *Le droit des autoroutes de l'information et du multimédia: un nouveau défi*, Bruylant, Bruxelles 1997, p. 27-36.
- VON KAENEL** Adrian, *Medizinische Untersuchungen und Tests im Arbeitsverhältnis*, in : *ArbR* 2006, p. 93 ss.
- VON KAENEL** Adrian, *Internet und Datenschutz am Arbeitsplatz*, in: WEBER/HILTY/AUF DER MAUER, *Geschäftsplattform Internet II*, Zürich 2001. (cité: Internet)
- WACHSMANN** Patrick, *Le droit au secret de la vie privée*, in: SUDRE Frédéric (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2004 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Nemesis/Bruylant, Bruxelles 2005, p. 119-155. (cité: Secret)
- WACHSMANN** Patrick, *Conclusions*, in: SUDRE Frédéric (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Nemesis/Bruylant Bruxelles 1998, p. 335-352. (cité: Conclusions)
- WAEBER** Jean-Bernard, *Travail et protection de la personnalité*, in: *Plaidoyer 2/02*, p.46-51. (cité: Travail)
- WAEBER** Jean-Bernard, *Le mobbing ou harcèlement psychologique au travail, quelles solutions?*, in: *AJP* 1998, p. 792 ss. (cité: Mobbing)
- WALTER** Jean-Philippe, *Modernisation de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Convention 108)*, Conférence internationale sur la protection des données, Skopje 2012, p. <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00628/00665/index.html?lang=fr> (consulté le 12.12.12). (cité : Modernisation)

- WALTER** Jean-Philippe, *La Convention 108 – d'un standard européen vers un standard universel?*, Conférence internationale sur la protection des données, Varsovie 2011, p. <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00898/01767/index.html?lang=fr>. (consulté le 10.05.2012). (cité : Standard)
- WALTER** Jean-Philippe, *La Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données*, in: La protection des données en Suisse et en Europe, Fribourg 1999, p. 83ss. (cité : Convention)
- WAQUET** Philippe, *Le bermuda ou l'emploi*, in: Dr. soc. 2003, p. 808-813. (cité: Bermuda)
- WAQUET** Philippe, *La vie personnelle du salarié*, in: Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER, Dalloz, Paris 2001, p. 514 ss (cité: Vie personnelle).
- WAQUET** Philippe, *Le pouvoir de direction et les libertés des salariés*, in: Dr. soc. 2000, p. 1052. (cité: Pouvoir de direction)
- WARREN** Samuel / **BRANDEIS** Louis, *The Right to Privacy*, in: Harvard Law Review Vol. IV 1890, pp. 193-220.
- WEISS** Manfred, *Fundamental Rights and Labour Law in Germany*, in: BLANPAIN (éd.), Labour Law, Human Rights and Social Justice, Kluwer law international 2001, p. 187-201.
- ZANGHI** Claudio, *La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, in: René CASSIN amicorum discipulorumque liber III, Paris 1971, p. 269.
- ZBINDEN** Reto, « *New Deal on Privacy* » *in der Arbeitswelt?*, in: Von der Lochkarte zum Mobile Computing, Schulthess, Zürich 2012, p. 135-145.

INDEX DE JURISPRUDENCE

(Classement en ordre chronologique)

I. Jurisprudence européenne et internationale

A. CONVENTION EUROPENNE DES DROITS DE L'HOMME (CEDH)

Arrêts

- CourEDH, M.K. c. France, 18 avril 2013, req. n°19522/09.
- CourEDH, Garcia Mateos c. Espagne, 19 février 2013, req. n°38285/09.
- CourEDH, Van der Velden c. Pays-Bas, 31 juillet 2012, req. n°29514/05.
- CourEDH, Fernandez Martinez c. Espagne, 15 mai 2012, req. n°56030/07.
- CourEDH, Özpinar c. Turquie, 19 octobre 2010, req. n°20999/04.
- CourEDH, Uzun c. Allemagne, 2 septembre 2010, req. n°35623/05.
- CourEDH, Kennedy c. Royaume-Uni, 18 mai 2010, req. n°26839/05.
- CourEDH, Xavier da Silveira c. France, 21 janvier 2010, req. n°43757/05.
- CourEDH, Gardel c. France, 17 décembre 2009, req. n°16428/05, Rec. 2009.
- CourEDH, Haralambie c. Roumanie, 27 octobre 2009, req. n°21737/03.
- CourEDH, Sandra Jankovic c. Croatie, 5 mars 2009, req. n°38478/05.
- CourEDH, Iordachi et autres c. Moldavie, 10 février 2009, req. n°25198/02.
- CourEDH, Bigaeva c. Grèce, 28 mai 2009, req. n°26713/05.
- CourEDH, S. et Marper c. Royaume-Uni, 4 décembre 2008, req. n°30562/04 et 30566/04, Rec. 2008.
- CourEDH, André et autres c. France, 24 juillet 2008, req. n°18603/03.
- CourEDH, Liberty et autres c. Royaume-Uni, 1er juillet 2008, req. n°58243/00.
- CourEDH, Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche, 16 octobre 2007, req. n°74336/01.
- CourEDH, van Vondel c. Pays-Bas, 25 octobre 2007, req. n°38258/03.
- CourEDH, Peev c. Bulgarie, 26 juillet 2007, req. N°64209/01.
- CourEDH, Copland c. Royaume-Uni, 3 avril 2007, req. n°62617/00, Rec.2007-I.
- CourEDH, Karov c. Bulgarie, 16 novembre 2006, req. n°45964/99.
- CourEDH, Campagnano c. Italie, 23 mars 2006, req. n°77955/01, Rec. 2006-IV.
- CourEDH, Vitiello c. Italie, 23 mars 2006, req. n°77962/01.
- CourEDH, Albanese c. Italie, 23 mars 2006, req. n°77924/01.
- CourEDH, Sørensen et Rasmussen c. Danemark, 11 janvier 2006, req. n°52562/99 et 5620/99.
- CourEDH, Roche c. Royaume-Uni, 19 octobre 2005, req. n°32555/96.
- CourEDH, Siliadin c. France, 26 juillet 2005, req. n°73316/01, Rec. 2005-VII.
- CourEDH, Matheron c. France, 29 juin 2005, req. n°57752/00.
- CourEDH, Fadeyeva c. Russie, 9 juin 2005, req. n°55723/00, Rec. 2005-IV.
- CourEDH, Vetter c. France, 31 mai 2005, req. n°59842/00.
- CourEDH, Buck c. Allemagne, 28 avril 2005, req. n°41604/98, Rec. 2005-IV.
- CourEDH, Öneriyildiz c. Turquie, 30 novembre 2004, req. n°48939/99, Rec. 2004-XII.
- CourEDH, Moreno Gomez c. Espagne, 16 novembre 2004, req. n°4143/02, Rec. 2004-X.
- CourEDH, Pla et Puncernau c. Andorre, 13 juillet 2004, req. n°69498/01, Rec. 2004-VIII.
- CourEDH, von Hannover c. Allemagne, 24 juin 2004, req. n°59320/00, Rec. 2004-VI.

- CourEDH, Cvijetic c. Croatie, 26 février 2004, req. n°71549/01.
- CourEDH, M.C. c. Bulgarie, 4 décembre 2003, req. n°39272/98, Rec. 2003-XII.
- CourEDH, Craxi (n°2) c. Italie, 17 juillet 2003, req. n°25337/94, Rec. 2003.
- CourEDH, Perry c. Royaume-Uni, 17 juillet 2003, req. n°63737/00, Rec. 2003-IX.
- CourEDH, Hatton et autres c. Royaume-Uni, 8 juillet 2003, req. n°36022/97, Rec. 2003-VIII.
- CourEDH, Cotlet c. Roumanie, 3 juin 2003, req. 38565/97, Rec.2003.
- CourEDH, Appleby et autres c. Royaume-Uni, 6 mai 2003, req. n°44306/98, Rec. 2003-VI.
- CourEDH, Odièvre c. France, 13 février 2003, req. n°42326/98, Rec. 2003-III.
- CourEDH, Peck c. Royaume-Uni, 28 janvier 2003, req. n°44647/98, Rec. 2003-I.
- CourEDH, M. G. c. Royaume-Uni, 24 septembre 2002, req. n°39393/98.
- CourEDH, Amrollahi c. Danemark, 11 juillet 2002, req. n°56811/00.
- CourEDH, Christine Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, req. n°28957/95, Rec. 2002-VI.
- CourEDH, Faulkner c. Royaume-Uni, 4 juin2002, req. n°37471/97.
- CourEDH, Pretty c. Royaume-Uni, 29 avril 2002, req. n°2346/02, Rec. 2002-III.
- CourEDH, Mikulic c. Croatie, 7 février 2002, req. n°53176/99, Rec. 2002-I.
- CourEDH, P.G. et J.H. c. Royaume-Uni, 25 septembre 2001, req. n°44787/98, Rec. 2001-IX.
- CourEDH, Peers c. Grèce, 19 avril 2001, req. n°28524/95, Rec. 2001-III.
- CourEDH, Bensaïd c. Royaume-Uni, 6 février 2001, req. n°44599/98, Rec. 2001-I.
- CourEDH, Foxley c. Royaume-Uni, 20 juin 2000, req. n°33274/96.
- CourEDH, Rotaru c. Roumanie, 4 mai 2000, req. n°28341/95, Rec. 2000-V.
- CourEDH, Amann c. Suisse, 16 février 2000, req. n°27798/95, Rec. 2000-II.
- CourEDH, Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni, 27 septembre 1999, req. n°31417/96 et 32377/96.
- CourEDH, Smith et Grady c. Royaume-Uni, 27 septembre 1999, req. n°33985/96 et 33986/96, Rec. 1999-VI.
- CourEDH, Söderbäck c. Suède, 28 octobre 1998, req. n°24484/94, Rec. 1998-VII.
- CourEDH, Osman c. Royaume-Uni, 28 octobre 1998, req. n°23452/94, Rec. 1998-VIII.
- CourEDH, Lambert c. France, 24 août 1998, req. n°23618/94, Rec. 1998-V.
- CourEDH, McGinley et Egan c. Royaume-Uni, 9 juin 1998, req. n°21825/93 et 23414/94, Rec. 1998-III.
- CourEDH, Petrovic c. Autriche, 27 mars 1998, req. n°20458/92, Rec. 1998-I.
- CourEDH, Kopp c. Suisse, 25 mars1998, req. n°23224/94, Rec. 1998-II.
- CourEDH, Botta c. Italie, 24 février 1998, req. n°21439/93, Rec. 1998-I.
- CourEDH, Guerra et autres c. Italie, 19 février 1998, req. n°14967/89, Rec. 1998-I.
- CourEDH, Cossey c. Royaume-Uni, 27 septembre 1990, req. n°10843/84, série A vol. 184.
- CourEDH, Balmer-Schafroth et autres c. Suisse, 26 août 1997, req. n°22110/93, Rec. 1997-IV.
- CourEDH, Halford c. Royaume-Uni, 25 juin 1997, req. n°20605/92, Rec. 1997-III.
- CourEDH, Laskey, Jaggard et Brouwn c. Royaume-Uni, 19 février 1997, req. n°21627/93, 21826/93 et 21974/93, Rec. 1997-I.
- CourEDH, Buckley c. Royaume-Uni, 25 septembre 1996, req. n°20348/92, Rec. 1996-IV.
- CourEDH, C. c. Belgique, 7 août 1996, req. n°21794/93, Rec. 1996-III.
- CourEDH, Boughanemi c. France, 24 avril 1996, req. n°22070/93, Rec. 1996-II.
- CourEDH, Lopez Ostra c. Espagne, 9 décembre 1994, req. n°16798/90, série A vol. 303-C.
- CourEDH, Kroon et autres c. Pays-Bas, 27 octobre 1994, req. n°18535/91, série A vol. 297-C.
- CourEDH, Stjerna c. Finlande, 25 novembre 1994, req. n°18131/9, série A vol. 299-B.
- CourEDH, Keegan c. Irlande, 26 mai 1994, req. n°16969/90, série A vol. 290.
- CourEDH, Costello-Roberts c. Royaume-Uni, 25 mars 1993, req. n°13134/87, série A vol. 247-C.
- CourEDH, Burghartz c. Suisse, 22 février 1994, req. n°16213/90, série A vol. 280-B.
- CourEDH, A. c. France, 23 novembre 1993, req. n°14838/89, série A vol 277-B.

- CourEDH, Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, req. n°13710/88, série A vol. 251-B.
- CourEDH, Lüdi c. Suisse, 15 juin 1992, req. n°12433/86, série A vol. 238.
- CourEDH, Campbell c. Royaume-Uni, 25 mars 1992, req. n°13590/88, série A vol. 233.
- CourEDH, Pfeifer et Plankl c. Autriche, 25 février 1992, req. n°10802/84, série A vol. 227.
- CourEDH, Powell et Rayner c. Royaume-Uni, 21 février 1990, req. n°9310/81, série A vol. 172.
- CourEDH, Kruslin c. France, 24 avril 1990, req. n°11801/85, série A vol. 176-A.
- CourEDH, Huvig c. France, 24 avril 1990, req. n°11105/84, série A vol. 176-B.
- CourEDH, Cossey c. Royaume-Uni, 27 septembre 1990, req. n°10843/84, série A vol. 184.
- CourEDH, Gaskin c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, req. n°10454/83, série A vol. 160.
- CourEDH, Eriksson c. Suède, 22 juin 1989, req. n°11373/85, série A vol. 156.
- CourEDH, Chappell c. Royaume-Uni, 30 mars 1989, req. n°10461/8, série A vol. 152-A.
- CourEDH, Schönenberger et Durmaz c. Suisse, 20 juin 1988, req. n°11368/85, série A vol. 137.
- CourEDH, Plattform “Ärzte für das Leben” c. Autriche, 21 juin 1988, req. n°10126/82, série A vol. 139.
- CourEDH, Berrehab c. Pays-Bas, 21 juin 1988, req. n°10730/84, série A vol. 138.
- CourEDH Johnston et autres c. Irlande, 18 décembre 1986, req. n°9697/82, série A vol. 112.
- CourEDH, F. c. Suisse, 18 décembre 1987, req. n°11329/85, série A vol. 128.
- CourEDH, Leander c. Suède, 26 mars 1987, req. n°9248/81, série A vol. 116.
- CourEDH, Rees c. Royaume-Uni, 17 octobre 1986, req. n°9532/81, série A vol. 106.
- CourEDH, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, req. n°9214/80, 9473/81 et 9474/81, série A vol. 94.
- CourEDH, X et Y c. Pays-Bas, 26 mars 1985, req. n°8978/80, série A vol. 91.
- CourEDH, Malone c. Royaume-Uni, 2 août 1984, req. n°8691/79, série A vol. 82.
- CourEDH, Silver et autres c. Royaume-Uni, 25 mars 1983, req. n°5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 et 7136/75, série A vol. 61.
- CourEDH, Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, req. n°7525/76, série A vol. 45.
- CourEDH, Young, James et Webster c. Royaume-Uni, 13 août 1981, req. n°7601/76 et 7806/77, série A vol. 44.
- CourEDH, Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, req. n°6289/73, série A vol. 32.
- CourEDH, Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, req. n°6833/74, série A vol. 31.
- CourEDH, Klass et autres c. Allemagne, 6 septembre 1978, req. n°5029/71, série A vol. 28.
- CourEDH, Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, req. n°5856/72, série A vol. 26.
- CourEDH, Golder c. Royaume-Uni, 21 février 1975, req. n°4451/70, série A vol. 18.

Décisions

- CourEDH (Dec.), Köpke c. Allemagne, 5 octobre 2010, req. n°420/07.
- CourEDH (Dec.), Benediktsdottir c. Islande, 16 juin 2009, req. n°38079/06.
- CourEDH (Dec.), Weber et Saravia c. Allemagne, 29 juin 2006, req. n°54934/00, Rec. 2006-XI.
- CourEDH (Dec.), Wretlund c. Suède, 9 mars 2004, req. n°46210/99.
- CourEDH (Dec.), Mólka c. Pologne, 11 avril 2006, req. n°56550/00.
- CourEDH (Dec.), Madsen c. Danemark, 7 novembre 2002, req. n°58341/00.
- CourEDH (Dec.), Kara c. Royaume-Uni, 22 octobre 1998, req. n°36528/97.
- CourEDH (Dec.), Chorfi c. Belgique, 27 juin 1994, req. n°21794/93.
- CourEDH (Dec.), Kerkhoven et Hinke c. Pays-Bas, 19 mai 1992, req. n°15666/89.
- CourEDH (Dec.), Wakefield c. Royaume-Uni, 1er octobre 1990, req. n°15817/89, D.R. 66, p. 251.
- CourEDH (Dec.), Stevens c. Royaume-Uni, 3 mars 1986, req. n°11674/85, D.R. 46, p. 248.
- CourEDH (Dec.), McFeeley et al. c. Royaume-Uni, 15 mai 1980, req. n°8317/78, D.R. 20, p. 44.
- CourEDH (Dec.), X. c. Islande, 18 mai 1976, req. n°6825/74, D.R. 5, p. 88.

- CourEDH, (Dec.), X. c. Allemagne, 10 mars 1981, req. n°8741/79, D.R. 24, p. 140.
 CourEDH (Dec.), X. c. Suisse, 14 décembre 1979, req. n°8500/79, D.R. 18, p. 238.
 CourEDH (Dec.), X. c. Suisse, 10 juillet 1978, req. n°8257/78, D.R. 13, p. 248.
 CourEDH (Dec), Hagmann-Hüsler c. Suisse, 15 décembre 1977, req. n°8042/77, D.R. 12, p. 202.

B. UNION EUROPEENNE (UE)

Cour de Justice des Communautés européennes

- CJCE, Aziz Melki et Sélim Abdeli, 22 juin 2010, aff. jointes C-189/10 et C-188/10, Rec. 2010, p. I-05667.
 CJCE, Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG, 19 janvier 2010, aff. C-555/07, Rec. 2010, p. I-00365.
 CJCE, Tietosuojaalvauttettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy, 16 décembre 2008, C-73/07, Rec. 2008, p. I-09831.
 CJCE, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV, 10 juillet 2008, aff. C-54/07, Rec. 2008, p. I-05187.
 CJCE, Bodil Lindqvist, 6 novembre 2003, aff. C-101/01, Rec. 2003, p. I-12971.
 CJCE, Rechnungshof et autres et Christa Neukomm et Joseph Lauermann c. Österreichischer Rundfunk, 20 mai 2003, aff. jointes C-465/00, C-138/01, C-139/01, Rec. 2003, p. I-04989.
 CJCE, Roquette Frères SA c. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, en présence de la Commission des Communautés européennes, 22 octobre 2002, aff. C-94/00, Rec. 2002, p. I-09011.
 CJCE, Commission des Communautés européennes c. République française, 18 janvier 2001, aff. C-151/00, Rec. 2001, p. I-00625.
 CJCE, Pietro Scaramuzza c. Commission des Communautés européennes, 20 octobre 1994, aff. C-76/938, Rec. 1994, p. I-05173.
 CJCE, Christos Konstantinidis c. Stadt Altensteig - Standesamt et Landratsamt Calw - Ordnungsamt, 30 mars 1993, aff. C-168/91, rec. 1993, p. I-01191.
 CJCE, Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne, 8 avril 1992, aff. C-62/90, Rec. 1992, p. I-02575.
 CJCE, Hoechst AG c. Commission des Communautés européennes, 21 septembre 1989, aff. jointes C-46/87 et C-227/88, Rec. 1989, p. 02859.
 CJCE, X c. Commission des Communautés européennes, 5 octobre 1984, aff. C-404/92P, Rec. 1992, p. I-04737.
 CJCE, National Panasonic (UK) Limited c. Commission des Communautés européennes, 26 juin 1980, aff. C-136/79, Rec. 1980, p. 02033.
 CJCE, Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz, 13 décembre 1979, aff. C-44/79, Rec. 1979, p. 03727.
 CJCE, Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur, 28 octobre 1975, aff. C-36/75, Rec. 1975, p. 1219.
 CJCE, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes, 14 mai 1974, aff. C-4/73, Rec. 1975, p. 00985.
 CJCE, Erich Stauder c. Ville d'Ulm - Sozialamt, 12 novembre 1969, aff. C-29/69, Rec. 1969, p. 00419.

Cour de Justice de l'Union européenne

- CJUE, Asociația ACCEPT c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, 25 avril 2013, aff. C-81/12, non publié.
 CJUE, Date Advertising GmbH c. X et Martinez c. MNG Limited, 25 octobre 2011, aff. jointes. C-509/09 et C-161/10, Rec. 2011, p. I-10269.
 CJUE, Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm), 8 mars 2011, aff. C-34/09, Rec. 2011, p. I-01177.

CJUE, Volker et Markus Schecke et Eifert c. Land Eissen, 9 novembre 2010, aff. jointes C-92/09 et C-93/09, Rec. 2010, p. I-11063.

II. Jurisprudence nationale

A. FRANCE

Cour de cassation

Chambre mixte

CASS. ch. mix., 24 mai 1975, n°73-13.556, Bull. ch. mix. n°4, p. 6.

Chambre criminelle

CASS. crim., 14 mars 2006, n° 05-83.423, Bull. crim. 2006 n° 69, p. 267.

CASS. crim., 14 février 2006, n°05-84384, Bull. crim. 2006 n° 38, p. 147.

CASS. crim., 3 juin 1975, n°75-90.687, Bull. crim. 1975, n°141, p. 382.

Chambre sociale

CASS. soc., 13 février 2013, n°11-26.913.

CASS. soc., 13 juin 2012, n°11-12.152.

CASS. soc., 3 novembre 2011, n°10-18.036, Bull. 2011 V n° 247.

CASS. soc., 2 mars 2011, n°09-68890.

CASS. soc., 8 décembre 2009, n° 08-17191, Bull. 2009 V n°276.

CASS. soc., 13 janvier 2009, n°07-43282, Bull. 2009 V n° 3.

CASS. soc., 21 octobre 2008, n°07-41513, Bull. 2008 V n° 193.

CASS. soc., 29 janvier 2008, n°06-45279.

CASS. soc., 30 mai 2007, n°05-43102.

CASS. soc., 23 mai 2007, n°05-17.818, Bull. 2007 V n° 84.

CASS. soc., 18 octobre 2006, n°04-48.612, Bull. 2006 V n° 307, p. 294.

CASS. soc., 7 juin 2006, n°04-43.866, Bull. 2006 V n° 206, p. 198.

CASS. soc., 29 mars 2006, n°04-46.499, Bull. 2006 V n° 131, p. 127.

CASS. Soc., 25 janvier 2006, n°04-44.918, Bull. 2006 V n° 26, p. 25.

CASS. soc., 14 décembre 2005, n°03-47.721, Bull. 2005 V n° 364, p. 323.

CASS. soc., 17 mai 2005, n°03-40.017; Bull. 2005 V n° 165, p. 143.

CASS. soc., 6 avril 2004, n°01-45.227, Bull. 2004 V n° 103, p. 93.

CASS. soc., 16 mars 2004, n°01-45.062.

CASS. soc., 2 décembre 2003, n°01-43.227, Bull. 2003 V n° 304, p. 307.

CASS. soc., 22 octobre 2003, n°01-41.321.

CASS. soc., 28 mai 2003, n°02-40.273, Bull. 2003 V n° 178, p. 174.

CASS. soc., 26 février 2003, n°01-40.255.

CASS. soc., 26 novembre 2002, n°00-42.401, Bull. 2002 V n° 352, p. 345.

CASS. soc., 21 mai 2002, n°00-41.128.

CASS. soc., 12 mars 2002, n°99-46.034.

CASS. soc., 6 février 2002, n°99-45.418.

CASS. soc., 6 novembre 2001, n°99-43.988, Bull. 2001 V n° 337, p. 269.

CASS. soc., 24 octobre 2001, n°99-42.534.

CASS. soc., 2 octobre 2001, n°99-42.727, Bull. 2001 V n° 292, p. 234.

CASS. soc., 2 octobre 2001, n°99-42.942, Bull. 2001 V n° 291, p. 233.

CASS. soc., 26 septembre 2001, n°99-43.636.
 CASS. soc., 13 juin 2001, n°99-43.134.
 CASS. soc., 10 mai 2001, n°99-40.584, Bull. 2001 V n° 159, p. 126.
 CASS. soc., 16 janvier 2001, n°98-44.252, Bull. 2001 V n° 7, p. 5.
 CASS. soc., 6 décembre 2000, n°98-45.785.
 CASS. soc., 18 juillet 2000, n° 98-43.485.
 CASS. soc., 12 juillet 2000, n°89-43.446.
 CASS. soc., 14 mars 2000, n°98-42.090, Bull. 2000 V n° 101, p. 78.
 CASS. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, Bull. 1999, V n° 7, p. 4.
 CASS. soc., 16 décembre 1998, n°96-43.540, Bull. 1998 V n° 559, p. 417.
 CASS. soc., 17 novembre 1998, n°96-44.198.
 CASS. soc., 24 juin 1998, n° 96-40.150, Bull. 1998 V n° 338, p. 255.
 CASS. soc., 19 mai 1998, n°96-41.123.
 CASS. soc., 18 février 1998, n° 95-43.491, Bull. 1998 V n° 90, p. 65.
 CASS. soc., 16 décembre 1997, n°95-41.326, Bull. 1997 V n° 441, p. 315.
 CASS. soc., 14 mai 1997, n°94-45.473, Bull. 1997 V n° 175, p. 126.
 CASS. soc., 11 juillet 1995, n°94-40.205.
 CASS. Soc., 1er avril 1992, n°89-43.391.
 CASS. soc., 22 janvier 1992, n°90-42.517, Bull. 1992 V n° 30, p. 18.
 CASS. soc., 20 novembre 1991, n°89-44.605, Bull. 1991 V n° 512, p. 318.
 CASS. soc., 20 novembre 1991, n°88-43.120, Bull. 1991 V n° 519, p. 323.
 CASS. soc., 17 avril 1991, n°90-42.636, Bull. 1991 V n° 201, p. 122.
 CASS. soc., 29 novembre 1990, n°87-40.184.
 CASS. soc., 8 janvier 1987, n°84-42.826.
 CASS. soc., 29 mai 1986, n°83-45.409, Bull. 1986 V n° 262, p. 201.
 CASS. soc., 6 mars 1986, n°83-41.789, Bull. 1986 V n° 84, p. 66.
 CASS. soc., 10 juin 1982, n°80-40.929.

Première chambre civile

CASS. civ. I, 25 janvier 2000, n°97-21.846, Bull. 2000 I n° 26, p. 17.
 CASS. civ. I, 23 octobre 1990, n°89-13.163, Bull. 1990 I n° 222, p. 158.

CA Paris

CA Paris, 19 juin 2003, n° 03-30212, JSL, 7 octobre 2003, n°131-3.
 CA Paris, 16 mars 2001, JSL, 18 octobre 2001, n°88-6, RJS 11/2001, n°1252.
 CA Paris, 7 juin 1990, JCP 1990 ed. E, II, 208.

CA Toulouse

CA Toulouse, 7 juin.01, n°00-4707, Cau c. Sàrl Escaliers Dumas.

CA Saint-Denis de la Réunion

CA St-Denis de la Réunion, 9 septembre 1997, D. 1998, 546.

Tribunaux de Grande Instance

TGI Annecy, 21 mars 1984.
 TGI Paris, 25 mai 1984.

Conseil d'Etat

CE, 30 octobre 2001, n° 238211, Mme Nabiha X.
 CE, 9 juillet 1997, n° 151064, Association EKIN.
 CE, 29 décembre 1995, n° 129747, Syndicat des personnels de l'énergie atomique du Tricastin, non publié.
 CE, 11 juillet 1990, n° 86022, Griffine-Maréchal.
 CE, 20 octobre 1989, Nicolo.
 CE, 25 janvier 1989, n° 64296, Soc. S.I.T.A.
 CE, 8 juillet 1988, n° 71484 71542, Soc. Comptoir Lyon Alemand Louyot.
 CE, 12 juin 1987, n° 72388, Soc. Gantois.
 CE, 1^{er} février 1980, n° 06361, Soc. Peintures Corona.

Conseil constitutionnel

Cconst, 19 novembre 2004, J.O. 24 novembre 2004, p.19885.
 Cconst, 16 décembre 1999, Loi de financement de la sécurité social pour 2000, n°99-422 DC, Rec. p.143.
 Cconst, 9 novembre 1999, Pacte civil de solidarité, n°99-419 DC, Rec. p.116.
 Cconst, 23 juillet 1999, Couverture maladie universelle, n°99-416 DC, J.O. 28 juillet 1999, p.11250.
 Cconst, 22 janvier 1990, J.O. 24 janvier 1990, p.973.
 Cconst, 21 octobre 1988, J.O. 25 octobre 1988, p.13474.
 Cconst, 15 janvier 1975, J.O. 16 janvier 1975, p.671.
 Cconst, 16 juillet 1971, J.O. 18 juillet 1971, p.711.

B. SUISSE**Tribunal fédéral**

ATF 139 II 7	ATF 127 III 86	ATF 119 Ia 28	ATF 109 Ia 159
ATF 137 III 303	ATF 127 III 310	ATF 119 Ia 81	ATF 109 Ia 146
ATF 136 I 87	ATF 127 III 351	ATF 118 Ia 46	ATF 107 Ia 52
ATF 134 III 193	ATF 126 I 50	ATF 118 Ia 410	ATF 107 Ia 148
ATF 133 I 77	ATF 126 II 300	ATF 117 Ia 522	ATF 107 Ia 277
ATF 132 III 115	ATF 125 I 46	ATF 117 II 72	ATF 107 Ia 280
ATF 131 I 272	ATF 125 II 417	ATF 116 Ia 382	ATF 107 Ia 307
ATF 131 II 361	ATF 125 III 70	ATF 116 Ia 433	ATF 105 Ia 35
ATF 131 III 535	ATF 125 III 277	ATF 116 IV 31	ATF 104 Ia 377
ATF 131 V298	ATF 124 I 107	ATF 115 Ia 207	ATF 101 Ia 67
ATF 130 II 425	ATF 124 II 480	ATF 114 IV 16	ATF 101 IV 167
ATF 130 III 28	ATF 123 III 129	ATF 113 Ia 1	ATF 97 I 230
ATF 130 III 353	ATF 122 I 153	ATF 113 Ia 107	ATF 95 II 492
ATF 130 III 699	ATF 122 I 182	ATF 113 Ia 257	ATF 89 I 93
ATF 129 I 12	ATF 122 I 360	ATF 111 Ia 214	ATF 86 II 365
ATF 129 I 113	ATF 122 V 267	ATF 111 II 245	ATF 64 II 162
ATF 129 II 193	ATF 120 V 312	ATF 110 Ia 36	ATF 37 I 199
ATF 129 III 656	ATF 120 Ia 314	ATF 110 Ia 67	
ATF 128 III 113	ATF 120 II 118	ATF 110 II 172	

TF 4A.236/2012 du 2 août 2012
 TF 4A.99/2012 du 30 avril 2012
 TF 9C.785/2010 du 10 juin 2011
 TF 6B.536/2009 du 12 novembre 2009
 TF 4A.107/2009 du 5 mai 2009
 TF 4A.592/2008 du 22 avril 2009
 TF 4A.245/2009 du 6 avril 2009
 TF 4A.28/2009 du 26 mars 2009
 TF 4A.63/2009 du 23 mars 2009
 TF 1C.245/2008 du 2 mars 2009
 TF 4A.495/2007 du 12 janvier 2009
 TF 4A.497/2007 du 12 janvier 2009
 TF 4A.415/2008 du 12 janvier 2009
 TF 4A.431/2008 du 12 janvier 2009
 TF 1C.515/2008 du 26 janvier 2009
 TF 4A.325/2008 du 6 octobre 2008
 TF 2C.103/2008 du 30 juin 2008
 TF 4A.128/2007, du 9 juillet 2007
 TF 1C.315/2009 du 13 octobre 2006
 TF 4C.186/2006 du 5 septembre 2006
 TF 4C.209/2006 du 27 juillet 2006
 TF 4C.46/2006 du 12 avril 2006
 TF 5C.254/2005 du 20 mars 2006
 TF 4C.404/2005 du 10 mars 2006
 TF 4C.354/2005 du 8 février 2006
 TF 4C.431/2005 du 31 janvier 2006
 TF 4C.109/2005 du 31 mai 2005
 TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004
 TF 4C.276/2004 du 12 octobre 2004
 TF 4A.1/2004 du 2 juillet 2004
 TF 4C.173/2003 du 21 octobre 2003
 TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003
 TF 4C.349/2002 du 26 juin 2003
 TF 4C.379/2002 du 22 avril 2003
 TF 4C.106/2001 du 14 février 2002
 TF 4C.128/1999 du 25 juin 1999
 TF 4C.442/1996 du 30 avril 1997
 TF 4C.350/1994 du 14 décembre 1994

C. ALLEMAGNE

Lüth, BverGE 7, 198 (205) 15 janvier 1958

D. USA

Cour suprême

Kiobel v. Royal Dutch Shell Petroleum (date)

Court of Appeal

Doe v. Unocal devant US Court of Appeals for the Ninth Circuit et Sosa v. Alvarez Machain (date)

§ 1. La notion et ses origines	41
§ 2. Les distinctions	43
A. En Suisse	43
B. En France	49
C. Une comparaison critique du principe.....	51
Section 2. - Les obligations positives.....	56
§ 1. La notion.....	56
A. L'évolution de la notion	56
B. Les critères de contrôle	59
§ 2. Les distinctions	62
A. Les obligations positives de l'Etat	62
1. Les prestations positives	62
2. Les droits sociaux.....	63
B. Les obligations positives des acteurs non-étatiques	67
Conclusion du CHAPITRE II.....	69
Conclusion du TITRE I.....	73
TITRE II. - La vie privée du salarié, ses composantes.....	74
CHAPITRE I - La vie privée	76
Section 1. - La notion et son interprétation.....	76
§ 1. En général	77
A. En droit européen	80
1. Le système de la CEDH (art. 8 CEDH).....	80
2. Le droit de l'Union européenne (art. 7 de la Charte DFUE)	92
B. En droit français	96
1. Les sources légales générales	96
2. Les sources légales spéciales.....	99
3. Les distinctions entre vie privée, vie personnelle et vie professionnelle	101
4. Les aspects protégés	104
C. En droit suisse	109
1. Les sources légales générales	110
2. Les sources légales spéciales.....	111
3. L'équilibre entre protection de la personnalité et devoir de fidélité	115
4. Les aspects protégés	117
§ 2. Le cas particulier de la protection des données	124
A. En droit européen	125
1. Le système de la CEDH	125
2. Le droit de l'Union européenne.....	130
B. En droit français	134
C. En droit suisse	137

Section 2. - Les limites et les restrictions	139
§ 1. Le contrôle équilibré.....	139
A. Les différents types de contrôle	140
B. Les objets et les instruments du contrôle.....	141
1. Les objets du contrôle.....	141
2. Les instruments du contrôle.....	142
§ 2. Les limites de l'équilibre.....	144
A. En droit européen	145
B. En droit français	146
C. En droit suisse	148
 Conclusion du CHAPITRE I	 152
 CHAPITRE II - Les autres composantes	 153
Section 1. - La vie familiale et le domicile	153
§ 1. La vie familiale	153
A. La problématique du conflit	153
1. En droit européen	155
2. En droit français	156
3. En droit suisse	156
B. Les mesures de conciliation	157
§ 2. Le domicile	159
A. La notion en général.....	159
1. En droit européen	159
2. En droit français	160
3. En droit suisse	161
B. Le cas particulier du télétravail	161
1. En droit européen	162
2. En droit français	164
3. En droit suisse	167
Section 2. - La correspondance	168
§ 1. La notion en général	168
§ 2. Les cas particuliers	169
A. La correspondance écrite et téléphonique	169
1. En droit européen	169
2. En droit français	172
3. En droit suisse	174
B. La correspondance électronique.....	175
1. En droit européen	176
2. En droit français	177
3. En droit suisse	181
 Conclusion du CHAPITRE II	 183

Conclusion du TITRE II	186
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	187
DEUXIEME PARTIE: LA COMPARAISON DES MESURES DE MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE DU SALARIE	188
TITRE I. - La détermination des instruments	189
CHAPITRE I - Les instruments élaborés par les pouvoirs publics	190
Section 1. - Les organisations internationales et régionales	191
§ 1. L'apport des organisations internationales.....	191
A. Les instruments juridiques existants	191
1. Les Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel (OCDE)	192
2. Les Principes directeurs des Nations Unies pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel (ONU).....	193
3. Le Recueil de directives pratiques du BIT sur la protection des données personnelles des travailleurs (OIT).....	193
B. Vers de futurs instruments?.....	194
§ 2. L'apport des organisations régionales européennes.....	196
A. La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Convention 108)	196
B. La directive n°95/46 sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation (Directive 95/46).....	199
Section 2. - Les autorités étatiques.....	205
§ 1. La législation nationale française	205
§ 2. La législation nationale suisse	206
Conclusion du CHAPITRE I	208
CHAPITRE II - Les instruments de régulation privés.....	211
Section 1. - Les instruments élaborés unilatéralement	211
§ 1. La régulation (unilatérale) par le chef d'entreprise.....	212
A. Le règlement intérieur / le droit « dur »	212
1. En droit français	212
2. En droit suisse	216
B. Le code de conduite / le droit « souple ».....	217
§ 2. Les instruments techniques ou industriels	219
A. Les standards privés	219
B. La régulation technique.....	220

Section 2. - Les instruments négociés	222
§ 1. Les partenaires sociaux.....	222
A. Les accords négociés en entreprise et les conventions collectives.....	222
B. Les accords négociés au niveau transnational.....	223
1. Au niveau européen.....	223
2. Au niveau mondial	224
§ 2. Les réseaux	225
Conclusion du CHAPITRE II.....	227
Conclusion du TITRE I.....	228
TITRE II. - La mise en œuvre des instruments	230
CHAPITRE I - L'application par les autorités de surveillance.....	231
Section 1. - La Commission nationale de l'informatique et des libertés	
(CNIL)	231
§ 1. Les compétences de contrôle.....	233
A. Les procédures d'autorisation, d'avis et de déclaration.....	234
B. Les pouvoirs de saisine et d'investigation	234
§ 2. Les compétences de sanction.....	236
Section 2. - Le Préposé fédéral à la protection des données et à la	
transparence (PF PDT)	236
§1. Les compétences.....	237
§ 2. La méthode	238
Conclusion du chapitre I.....	239
CHAPITRE II - L'application dans l'entreprise	240
Section 1. - Le correspondant / Le conseiller à la protection des données... 240	
§ 1. En France	240
A. Les tâches et le statut.....	241
1. Les tâches	241
2. Le statut	242
B. La méthodologie.....	243
§ 2. En Suisse.....	245
A. Les tâches et le statut.....	245
B. La méthodologie.....	246
Section 2. - Les institutions représentatives du personnel..... 246	
§ 1. Le délégué du personnel	247
§ 2. Le comité d'entreprise.....	248

§ 3. Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.....	249
Conclusion du chapitre II	250
Conclusion du TITRE II	252
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....	253
CONCLUSION – THESES PRINCIPALES	254
BIBLIOGRAPHIE	258
INDEX DE JURISPRUDENCE.....	284
TABLES DES MATIERES	292