



HAL
open science

Les vies du salarié saisies par les technologies de l'informatisation et de la communication : Essai sur une protection par les droits fondamentaux

Céline Teyssier

► To cite this version:

Céline Teyssier. Les vies du salarié saisies par les technologies de l'informatisation et de la communication : Essai sur une protection par les droits fondamentaux. Droit. Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2021. Français. NNT : 2021PAUU2097 . tel-04322018

HAL Id: tel-04322018

<https://theses.hal.science/tel-04322018>

Submitted on 4 Dec 2023

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.

UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
École doctorale SCIENCES SOCIALES ET HUMANITÉS

THÈSE

Présentée et soutenue le 3 septembre 2021

par Céline TEYSSIER

**pour obtenir le grade de docteur
de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour**

Spécialité : Droit privé

**LA VIE DU SALARIÉ À L'ÉPREUVE DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE
LA COMMUNICATION**

**CONTRIBUTION À L'ÉTUDE D'UNE PROTECTION RENFORCÉE AU REGARD DES
DROITS FONDAMENTAUX**

MEMBRES DU JURY

RAPPORTEURS

- Patrice ADAM Professeur de droit privé à l'Université de Nancy
- Loïc LEROUGE Directeur de recherche au CNRS, Université de Bordeaux

EXAMINATEUR

- Ghislaine ALBERTON Professeur de droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

DIRECTEUR

- Alain BERNARD Professeur émérite de droit privé à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour



L'Université de Pau et des Pays de l'Adour n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

*À Raphaël,
À Juliette, Maël et Luna*

REMERCIEMENTS

Mes remerciements s'adressent en premier lieu au Professeur Alain Bernard et à Fabrice Riem qui ont dirigé ce travail tout en me laissant une grande liberté intellectuelle. La confiance qu'ils m'ont accordée m'a permis de grandir en tant que chercheuse.

Je remercie ensuite les Professeurs Patrice Adam et Ghislaine Alberton, ainsi que Loïc Lerouge pour l'honneur qu'ils m'accordent d'être membres de mon jury de thèse.

Je tiens également à adresser un remerciement tout particulier à Philippe Zavoli sans l'entremise duquel ce travail n'aurait sans doute pas vu le jour.

Mes plus sincères remerciements vont aussi à Kiteri Garcia pour son indéfectible soutien amical et scientifique. Sa bienveillance, sa rigueur et son écoute m'ont accompagnée tout au long de mon travail et ont été primordiaux à mon équilibre.

Je remercie également l'équipe du CDRE pour son accueil, sa bonne humeur et sa disponibilité. À Benoit, Éléna et Simon, Kiteri, Maïténa, Maléna, Marion, Raphaël, Thomas et Valérie, mes zélés relecteurs, je vous remercie pour votre investissement.

Je remercie enfin, et peut-être surtout, Raphaël, ainsi que nos enfants, Juliette, Maël et Luna pour leur présence de tous les instants.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Adde	Ajouter
ADN	Acide désoxyribonucléide
AFDT	Association Française de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AJ pénal	Actualité juridique pénale
anc.	Ancien
AN	Assemblée nationale
ANACT	Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail
ANI	Accord national interprofessionnel
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BIT	Bureau international du travail
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (l'année n'est pas précisée, elle se déduit par référence à la date de l'arrêt)
CA	Cour d'appel
Cah. Cons. Const.	Cahier du Conseil constitutionnel
CAS	Centre d'analyse stratégique
Cass. Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation, chambres civiles
CCE	Communication – Commerce électronique
Cdrtl	Centre national de ressources textuelles et lexicales
CE	Conseil d'État
CE	Comité d'entreprise
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEDP	Comité européen à la protection des données
CEDS	Comité européen des droits sociaux
CFDT	Confédération française et démocratique du travail
CFE-CGC	Confédération générale de l'encadrement-Confédération générale des cadres
CFTC	Confédération fédérale des travailleurs chrétiens
CGPME	Confédération générale des petites et moyennes entreprises
CGT	Confédération générale du travail
Chron.	Chronique
CHSCT	Comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail
CIGREF	Club informatique des grandes entreprises françaises
CIT	Conférence internationale du travail
CJCE	Cour de justice de la Communauté européenne
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNIL	Commission nationale informatique et libertés
CNRS	Centre national de recherche scientifique
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusion
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cons.	Considérant
Conv.EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CPH	Conseil des Prud'hommes
CSBP	Cahiers sociaux du barreau de Paris

CSE	Conseil social et économique
C2P	Compte professionnel de prévention
C3P	Compte personnel de prévention de la pénibilité
D.	Recueil Dalloz
DARES	Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques
DC	Décision du contrôle de constitutionnalité
Dir.	Direction
Doctr.	Doctrine
DPD	Délégué à la protection des données
Dr. ouvr.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
DUER	Document unique d'évaluation des risques
éd.	Édition
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
ESH	Éditions Sciences Humaines
FO	Force ouvrière
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Gde Ch.	Grande chambre
GR-PACT	Groupe de recherche pour un autre Code du travail
IA	Intelligence artificielle
<i>Ibid.</i>	Au même endroit
IETL	Institut d'études du travail de Lyon
IFOP	Institut français d'opinion publique
<i>Infra</i>	Ci-dessus
INRS	Institut national de recherche et de sécurité
IP	Internet protocol
IR	Informations rapides du recueil Dalloz
IRP	Institution représentative du personnel
ISO	Organisation internationale pour la normalisation
JATC	Juris art etc
JCP	Juris-Classeur périodique, édition générale
JCP E	Juris-Classeur périodique, édition Entreprise
JCP S	Juris-Classeur périodique, édition Sociale
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JS Lamy	Jurisprudence sociale Lamy
JT	Juris tourisme
JT	Journal des tribunaux
L.G.D.J	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
MEDEF	Mouvement des entreprises de France
n°	Numéro
Nouv. cah. Cons. const.	Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel
obs.	Observation
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIT	Organisation internationale du travail
OMS	Organisation mondiale de la santé
<i>op. cit.</i>	Ouvrage cité

P	Publié au Bulletin (la mention P est indiquée lorsque la référence au bulletin ne figure pas dans l'arrêt publié)
p., pp.	Page(s)
Par.	Paragraphe
PISTE	Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé
PNNS	Plan national nutrition-santé
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDLF	Revue des droits et des libertés fondamentaux
RDP	Revue du droit public
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDT	Revue de droit du travail
R&D	Recherche et développement
Reclam.	Réclamation
Rep. civ.	Répertoire de droit civil
Rep. eur.	Répertoire de droit européen
Rep. trav.	Répertoire de droit du travail
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFID	Radio frequency identification
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RPS	Risques psychosociaux
RSC	Revue de science criminelle
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
s.	Et suivants
Sem. Soc. Lamy, (SSL)	Semaine sociale Lamy
sms	short messages service
<i>Supra</i>	Ci- dessous
T.	Tome
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TIC	Technologies de l'information et de la communication
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
UE	Union européenne
USB	Universal serial bus
U2P, UPA	Union des entreprises de proximité
v.	Voir
vol.	Volume

SOMMAIRE

Partie 1 - L'influence manifeste des TIC sur les droits fondamentaux du salarié	51
Titre 1 - La vie privée et la santé du salarié à l'épreuve des TIC :	
une protection en recul	53
Chapitre 1 - Le respect de la vie privée du salarié à l'épreuve des TIC :	
un droit en tension	55
Chapitre 2 - Les TIC : facteur de risque pour la protection de la santé au travail	131
Titre 2 - Les données à caractère personnel du salarié : une protection en devenir	215
Chapitre 1 - L'ampleur de la collecte des données du salarié :	
un enjeu de protection spécifique	219
Chapitre 2 - La protection des données à caractère personnel du salarié :	
un cadre juridique à double face	261
Partie 2 - Le renforcement nécessaire des droits fondamentaux du salarié	
face à l'essor des TIC dans l'entreprise	321
Titre 1 - Les droits fondamentaux du salarié : une protection à redéfinir	323
Chapitre 1 - Les droits fondamentaux du salarié : une place à affirmer	325
Chapitre 2 - Les droits fondamentaux du salarié : un rempart à renforcer	393
Titre 2 - La voie collective : le clair-obscur de l'effectivité de la protection	465
Chapitre 1 - Un nécessaire renouveau des relations collectives	467
Chapitre 2 - L'influence de la voie collective dans les instruments normatifs	521

« Le droit, principalement celui des libertés individuelles, n'a pas à s'incliner devant l'état de la technologie ; c'est à la technologie de s'adapter (elle en est très capable) aux exigences fondamentales du droit »,

Gérard Lyon-Caen¹

INTRODUCTION

1. Saisie par le droit, la vie marque, pour les personnes physiques, le début et la fin de la personnalité juridique. Sauf tempérament², l'enfant né vivant et viable devient une personne au sens du droit et exceptées les situations d'absence ou de disparition, seule la mort physique constatée médicalement met un terme à la personne. Par cette construction juridique, le droit protège l'unité de la personne par l'indisponibilité de l'état civil et institue la personne en tant que sujet de droit titulaire de droits et d'obligations. La protection de la personne s'incarne dans les droits fondamentaux. Autrement dit, la vie apparaît à ce stade comme un marqueur du vivant, tandis que la personne constitue le point d'ancrage des droits. L'article 16 du Code civil dispose que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celui-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie ». Le respect du corps est prévu à l'article 16-1 du Code civil et ne cesse pas avec la mort³. Le droit à la vie inscrit à l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme est consacré par la Cour européenne des droits de l'homme comme « l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe »⁴ dont la prééminence est affirmée⁵. Il se décompose en deux éléments, faisant peser sur l'État des obligations positives visant à prendre les mesures propres à garantir la protection de la vie, et des obligations négatives ayant pour

¹ G. LYON-CAEN, Cass. Soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, *Sem. Soc. Lamy*, n° 1046, 15 octobre 2001.

² Selon l'adage classique de l'*Infans conceptus*, un enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt.

³ Article 16-1-1 du Code civil.

⁴ CEDH, 27 septembre 1995, req. n° 18984/91, *Mac Cann c/ Royaume-Uni*, §147, RSC 1996. 184, obs. L.-E. Pettiti ; *ibid.* 462, obs. R. Koering-Joulin.

⁵ CEDH, 29 juillet 2002 (final), req. n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*, §37, AJDA 2003. 1383, note B. Le Baut-Ferrarese ; RDSS 2002. 475, note P. Pédrot ; RDT civ. 2002. 482, obs. J. Hauser.

effet de s'abstenir de provoquer la mort volontairement ou involontairement. Il comporte, d'une part, un droit au respect de la vie qui « s'analyse comme le droit de ne pas subir une atteinte intentionnelle à sa vie du fait des pouvoirs publics »⁶ et, d'autre part, un droit à la protection de la vie qui « fait peser sur l'État l'obligation de protéger la vie de toute personne relevant de sa juridiction »⁷. Le contenu du droit à la vie est incertain, « car si les textes internationaux énoncent le droit à la vie, ils ne définissent pas “la vie” »⁸.

2. Définir la vie aboutirait à trancher les débats de société sur le début⁹ et la fin de vie. Or, le droit à la vie malgré la consécration de sa prééminence s'oppose dans un certain nombre de cas à la liberté individuelle¹⁰ qui consacre l'autonomie de la personne. Le droit contourne cette absence de définition en appréhendant la vie par démembrement. L'unité de la vie est découpée en tranche : vie privée, intimité de la vie privée, vie personnelle, vie familiale, vie professionnelle. À propos de la notion de vie privée consacrée à l'article 8 de la ConvEDH, Frédéric Sudre qualifie la notion de vie privée et familiale de « nébuleuse à la configuration baroque »¹¹. La CEDH double les adjectifs qualificatifs : la vie privée personnelle, la vie privée sociale.

3. Le numérique, pour sa part, appréhende la vie pour la transformer en informations constitutives de données dont l'agrégation permet de définir un profil. La mise en données de chaque fait et geste devenue possible par les outils numériques permet d'enregistrer, d'analyser les comportements individuels. Antoinette Rouvroy précise que les données pour être analysées sont nettoyées¹² de leur contexte afin de ne constituer plus que des signaux. Par cette opération,

⁶ F. SUDRE, L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses universitaires de France, 14^e éd., 2019, p. 459.

⁷ *Ibid.*, p. 465.

⁸ *Ibid.*, p. 456.

⁹ CEDH, 8 juillet 2004, req. n° 53924/00, *Vo c/ France*, §81, « En l'absence de consensus le point de départ du droit la vie relève de la marge d'appréciation des États ».

¹⁰ Face à la cessation des soins de soutien des fonctions vitales : CEDH, 5 juin 2015, req. n° 46043/14, *Lambert et autres c/ France*, §147, « Dans ce domaine qui touche à la fin de la vie, comme dans celui qui touche au début de la vie, il y avait lieu d'accorder une marge d'appréciation aux États, non seulement quant à la possibilité de permettre ou pas l'arrêt d'un traitement maintenant artificiellement la vie et à ses modalités de mise en œuvre, mais aussi quant à la façon de ménager un équilibre entre la protection du droit à la vie du patient et celle du droit au respect de sa vie privée et de son autonomie personnelle. ».

¹¹ F. SUDRE, L. MILANO, H. SURREL, *op.cit.*, p. 702.

¹² « Les données sont travaillées, triées, etc. Il y a bien un travail extrêmement sophistiqué de production des données [...] un vrai travail des *data scientists* autour du nettoyage des données », A. ROUVROY, B. STIEGLER, « Le régime de vérité numérique », *Socio* [en ligne], 2015, n° 13, pp. 113-140, [consulté le 14 septembre 2020].

les données ainsi débarrassées de leur signification, deviennent calculables. Les données et les calculs qui en résultent ont pour fonction d'objectiver le monde, c'est-à-dire de le rendre prévisible et de réduire l'écart entre la probabilité et le réel¹³. Pour répondre à cette volonté d'objectivisation, qu'Antoinette Rouvroy qualifie de « rationalité postmoderne »¹⁴, la singularité de chaque vie est balayée.

4. Tout compte fait, la vie s'avère être d'aspect variable, selon que le prisme choisi est technologique ou juridique. Dans le langage courant, le terme *vie* revêt également de multiples acceptions. Le dictionnaire Larousse définit d'abord la vie au regard du caractère propre aux êtres possédant des structures complexes à croître et à se reproduire. Ce premier sens renvoie à ce qui est vivant. Les autres sens du mot sont donnés par référence à un adjectif épithète ou attribut du sujet. Ainsi, l'ensemble des conditions et caractéristiques d'existence propres à un type d'êtres vivants définit les conditions de vie, la qualité de vie ; l'ensemble des occupations et activités d'un individu caractérise la vie privée, publique, familiale ou encore professionnelle.

5. Dans le même ordre d'idées, le droit fragmente la vie du salarié en différents éléments. De cette fragmentation découle une protection relative à chaque type d'activités. Favorisant ainsi une vision de la vie protégée sous cet angle, le défi est alors de saisir la personne derrière les activités. En outre, cette approche dissocie vie et santé. Or, si la santé n'est pas juridiquement un élément constitutif de la vie, elle en représente toutefois l'élément vital¹⁵. D'ailleurs, en matière de santé au travail, la santé est appréhendée comme une condition nécessaire à la vie au sens de l'intégrité physique et mentale.

6. En résumé, les multiples aspects de la vie invitent à saisir la vie dans trois dimensions : la vie privée, la vie numérique et la vie saine constituant ainsi l'objet de recherche. Prendre en compte la vie par référence au vivant et la vie au sens des activités renvoie à la double acception de la condition humaine pensée par Hannah Arendt distinguant la vie, prise dans le sens donné par les Grecs anciens, *zôè*, par opposition à la *bios*. Tandis que la *zôè* est « bornée par un

¹³ « On est donc face à une recherche d'objectivité, de sécurité, de certitude avec un objectif de gérer la part incompressible d'incertitude radicale en tant qu'elle est suspensive des flux. », *ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Xavier Bichat dans les *Recherches physiologiques sur la vie et la mort* énonce que « la vie est l'ensemble des fonctions qui résistent à la mort », cité in Y. CONSTANTINIDÈS, « Redonner vie à la vie », *Revue française d'éthique appliquée*, 2017, p. 70.

commencement et par une fin »¹⁶ et « suit un mouvement strictement linéaire, causé par le même moteur biologique qui anime tous les vivants »¹⁷ la *bios* renvoie aux activités humaines.

7. Dans la hiérarchie des activités humaines, le travail acquiert une place centrale dans la vie d'un individu à partir de l'époque moderne. La citation de Zinzendorf dans l'ouvrage de Max Weber *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, en est une illustration : « on ne travaille pas seulement pour vivre, mais on vit pour l'amour du travail, et quand on n'a plus aucun travail, on souffre ou l'on s'endort pour toujours »¹⁸.

Central dans la vie d'un individu, le travail est, par ailleurs, marqué par une emprise technique grandissante. Bien que la place de l'objet technique dans le travail manuel soit un fait ancestral, l'introduction de machines à l'ère industrielle ouvre une nouvelle trajectoire qui va « bouleverser les rapports sociaux et l'expérience du travail »¹⁹. À partir de cette époque, le progrès technique ne va pas cesser d'imprimer sa marque sur le vécu du travail. Cette emprise sur le travail a des répercussions sur la vie des travailleurs. Il s'en suit des liens entre travail, vie et technique qui forment un mouvement circulaire.

8. Dévider cet écheveau formé par le travail, la vie et la technique invite à faire d'abord l'archéologie de l'individu au travail. Cette première étape permet de situer l'étude du salarié saisi par les TIC dans une dimension diachronique. Dès lors, décrire les transformations radicales du travail à l'épreuve de la technique et historiciser l'omniprésence du travail dans la vie, ses effets sur la santé, la déconstruction des espaces existants, dévoilent les traits similaires de ces deux époques, pourtant distantes de deux siècles. Les transformations engendrées par les TIC s'avèrent comparables à celles induites par l'invention de la machine à vapeur ou à l'électricité²⁰. S'intéresser à la vie du salarié mise à l'épreuve des TIC et s'interroger sur l'éventuelle nécessité d'en renforcer le cadre juridique appellent à adopter une perspective historique mettant en parallèle l'époque moderne et l'époque contemporaine. Cette approche impose un détour sociologique, pour contextualiser en préalable la recherche en droit du travail

¹⁶ H. ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, 1961, 1983, p. 143.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ M. WEBER, *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Gallimard, 2003, p. 208.

¹⁹ F. JARRIGE, *Techno-critiques, Du refus des machines à la contestation des technosciences*, La Découverte, 2016, p. 43.

²⁰ En ce sens : J. SAMAVIA, *Changement dans le monde du travail*, Rapport du Directeur général, BIT, CIT, 95^e session, 2006, p. 75 ; La machine à vapeur et l'électricité sont également les deux inventions choisies par Hannah Arendt pour décrire le bond de la société dans la modernité, H. ARENDT, *op. cit.*, pp. 200-201.

et saisir les interactions et les logiques nécessaires à la compréhension des phénomènes à l'œuvre.

La conjugaison de cette double perceptive, historique et sociologique, met en lumière des dynamiques comparables qui affectent la vie ouvrière issue de la révolution industrielle (I) et celle du salarié, saisie par la révolution technologique (II). Elle servira de cadre à l'analyse des droits fondamentaux du salarié (III).

I – La vie de l'individu façonnée par le travail à l'époque moderne

9. Dans son ouvrage *La religion industrielle*, Pierre Musso démontre que le récit de la religion industrielle s'appuie sur six piliers, « valeurs ou croyances – Humanité-Sciences-Révolution industrielle-Histoire-Progrès-Travail »²¹. Ils fondent le dogme de la modernité occidentale à l'intérieur duquel la rationalité s'élabore²² pour devenir une fin en soi. Dans ce contexte, le travail acquiert une valeur nouvelle (2) : il devient source de richesse. L'apparition de cette dimension s'opère grâce à la technique mise au service de la division du travail (3). Dans le même temps, l'individu s'institue en se dégageant des liens de « solidarité mécanique »²³ qui le relie à un groupe. Ce processus va permettre à la vie privée de se déployer (1).

1 – L'institution de l'individu : la genèse de la vie privée

10. Le vocable individu vient du « latin in-dividuum, [signifiant] ce qui ne peut pas être divisé »²⁴. Pour qu'advienne l'individu, il faut donc qu'il se délie du groupe auquel il appartient. Ce processus d'individualisation s'est réalisé dans un temps long que les historiens associent à la genèse de la vie privée²⁵.

11. Selon ce processus, l'individu et la vie privée se forment dans le même temps. Par la vie privée, se développe un double phénomène d'intériorisation marqué par la délimitation d'un

²¹ P. MUSSO, *La religion industrielle, Monastère, manufacture, usine, Une généalogie de l'entreprise*, Fayard, 2017, p. 463.

²² Pierre Musso parle de « ratiopoïèse », *ibid.*, p. 86.

²³ Expression empruntée à Émile Durkheim.

²⁴ F. TARRAGONI, *Sociologies de l'individu*, La Découverte, 2018, p. 14.

²⁵ En ce sens : Ph. ARIÈS, G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée*, R. CHARTIER (dir.), *De la Renaissance aux Lumières*, T.3, Seuil, 1985, 1999, 635p.

intérieur, espace géographique ayant valeur de refuge accompagnée de la construction d'une intériorité définie comme une sphère de connaissance de soi.

Pour les historiens, la vie privée « n'est pas une réalité naturelle, donnée depuis l'origine des temps ; c'est une réalité historique construite de façon différente par des sociétés déterminées. Il n'y a pas une vie privée, aux limites définies une fois pour toutes, mais un découpage lui-même changeant de l'activité humaine entre sphère privée et sphère publique [...]. L'histoire de la vie privée commence ainsi par celle de ses frontières »²⁶.

Au Moyen Âge « l'individu est encadré dans des solidarités collectives, féodales et communautaires »²⁷. Cette dépendance de l'individu au groupe se traduit par une absence de dissociation des dimensions privées et publiques. Du point de vue historique, plusieurs facteurs réorientent la structuration de la société de cette époque²⁸.

À partir du 15^e siècle, l'État joue un rôle novateur dans l'administration de la justice, intervenant de plus en plus dans l'espace dédié aux communautés. Du fait de son développement, « la chose publique ne peut plus être confondue avec les biens ou les intérêts privés. Dès lors, l'espace privé peut s'organiser comme un espace presque clos, en tout cas tout à fait séparé du service public devenu parfaitement autonome. Cet espace libéré va être rempli par la famille. »²⁹ Ainsi pour advenir la sphère privée a dû s'affranchir de la contrainte communautaire.

À partir du 17^e siècle, cet affranchissement est rendu possible par la transformation de l'État qui va régir des domaines jusqu'alors réglés par la communauté. Pour autant, la sphère privée naissante n'est pas encore individuelle ; elle est familiale. La famille devient un lieu refuge permettant d'échapper au contrôle étatique. À l'exception de quelques privilégiés au sommet de la hiérarchie sociale, la vie privée n'est pas significative de liberté individuelle. Le poids des règles familiales pèse lourdement sur l'individu qui doit s'y conformer sous peine de bannissement³⁰.

²⁶ A. PROST, « Frontières et espaces du privé », in Ph. ARIÈS, G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée*, A. PROST, G. VINCENT (dir.), *De la Première Guerre à nos jours*, T.5, Seuil, 1987, 2000, p. 15.

²⁷ Ph. ARIÈS, G. DUBY (dir.), T.3, *op. cit.*, p. 7.

²⁸ *Ibid.*, pp. 9-12.

²⁹ *Ibid.*, p. 22.

³⁰ Au 18^e siècle l'honneur est un bien précieux qui doit être sauvegardé quoi qu'il en coûte. La pratique des lettres de cachet est un moyen très répandu permettant de sauvegarde des secrets de familles par la mise à l'écart d'un membre de la famille susceptible de porter atteinte à cet honneur. En ce sens : A. FARGE, « Familles. L'honneur et le secret », in Ph. ARIÈS, G. DUBY (dir.), T.3, *op. cit.*, pp. 581-583.

En parallèle de la création de la vie privée entendue comme un lieu distinct du domaine public, se développe une conscience individuelle permise, par les progrès de l’alphabétisation contribuant à la lecture silencieuse et solitaire, la lecture pour soi, associée à de nouvelles pratiques religieuses favorisant la piété intérieure s’exerçant de manière individuelle.

12. Ce double mouvement d’intériorisation, spatial et psychique, se poursuit au 19^e siècle et s’intensifie au siècle suivant. Le 20^e siècle, du point de vue de « l’espace domestique nécessaire au développement de la vie privée »³¹, est le siècle de la « conquête de l’espace »³² privé. Jusqu’au milieu du 20^e siècle, la promiscuité dans les logements populaires est la norme et l’espace domestique n’est pas suffisant pour permettre l’intimité. Du fait de l’exiguïté des logements, « on partageait nécessairement la vie privée avec ceux qui vivaient dans le même espace domestique. Le mur de la vie privée séparait l’univers domestique de l’espace public, c’est-à-dire des étrangers au groupe familial. Mais derrière ce mur, sauf dans la bourgeoisie, la place manquait pour fournir un espace privé à chaque membre du groupe : l’espace privé était donc seulement l’espace public du groupe domestique »³³. Le recensement de 1954, qui dresse un constat accablant de l’archaïsme des logements en France, suscite une prise de conscience des pouvoirs publics se traduisant par une mise en œuvre massive de programmes de construction. L’amélioration des conditions de logement reconfigure les espaces et transforme par voie de conséquence les relations à l’intérieur de la famille. L’essor de l’automobile constitue l’étape suivante : la mobilité ainsi acquise permet d’échapper à l’enclos familial. La vie qui se schématisait en deux dimensions (vie publique, vie privée) acquiert une troisième dimension : la vie publique reste principalement au travail, et à côté de la vie privée familiale se déploie une vie privée personnelle.

13. En résumé, la vie privée qui s’est construite par opposition au groupe communautaire et familial, s’est développée dans deux dimensions : la dimension spatiale par la création d’un espace refuge et la dimension psychique par l’appropriation d’un for intérieur. Ce double mouvement a nourri le sentiment d’individualité vécu comme la perception de soi distincte d’autrui et le développement de la liberté et de l’indépendance comme valeurs individuelles.

³¹ A. PROST, *op. cit.*, p. 54.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*, p. 59.

Alors que l'individu s'émancipe de la famille, le 20^e siècle marque également une rupture entre la vie privée et le travail. Alors qu'au début du siècle « près des deux tiers des Français et à coup sûr plus de la moitié travaillaient encore chez eux »³⁴, à la fin du siècle, au contraire, une grande majorité travaille à l'extérieur. Ce recul du travail domestique met un terme à la confusion des espaces. Affranchi du travail, l'espace domestique se résume à la vie privée qu'il enclot. La sphère privée se trouve alors comme expurgée de tout ce qui pourrait entraver l'indépendance de l'individu.

14. Dans la perspective historique, l'apparition de l'individu se situe au Moyen Âge, tandis que sous l'angle sociologique, elle s'enracine dans la modernité. À partir de cette époque, à l'opposé des sociétés traditionnelles de l'Ancien Régime, « l'individu prime en tant que principe de valeur (autonomie, liberté et égalité) et d'organisation, sur le “tout collectif” c'est-à-dire sur la conscience collective, la tradition et le principe hiérarchique »³⁵. Du point de vue sociologique, le processus d'individuation se fait par l'émancipation de l'individu aux institutions. Aux premiers temps de la modernité, « la liberté de l'individu procède directement de la légitimité des institutions : celles-ci forgent disciplinairement les individus pour qu'ils se pensent autonomes à travers leur conformité aux rôles sociaux prescrits. On devient un individu autonome et singulier en étant forgé en tant que “fils de”, écoliers, “mari de” ou “mère de”, par la discipline de la famille nucléaire, de l'école, du couple. »³⁶.

15. Du point de vue du droit, la reconnaissance de l'individu prend date lors de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Reposant sur un fondement axiomatique, la Déclaration postule l'existence de l'individu par l'affirmation de sa liberté³⁷. Ainsi institué, l'individu est abstrait, détaché de sa dimension biologique. Dans la conception occidentale, l'être humain repose sur trois piliers. Individu, il est singulier et semblable aux autres ; sujet, il

³⁴ *Ibid.*, p. 16.

³⁵ F. TARRAGONI, *op. cit.*, p. 9.

³⁶ *Ibid.*, p. 72.

³⁷ « La Déclaration de 1789 procède directement de Kant et de Voltaire, parce qu'elle puise chez eux la nécessaire postulation de l'individu, et donc, aussi, celle de la liberté et de l'égalité, “en droit”, de tous les hommes. [...] Pour eux l'existence de l'individu, qui jaillit de l'affirmation de sa liberté, n'a pas à procéder d'une investigation du monde, elle se justifie simplement, et c'est là un fondement largement suffisant, par la fin à quoi elle doit servir, qui est, pour reprendre les termes de la Déclaration de 1789, de “tourner au bonheur de tous ” », D. LÉVIS, « Pour l'instauration d'un ordre de prééminence au sein des droits fondamentaux », *RFDC*, 2010, n° 84, p. 696.

est souverain mais soumis à la loi commune ; personne, il est constitué de chair et d'esprit³⁸. Garantir cette construction nécessite une institution garante du « je », fonction attribuée à l'État qui est « le garant ultime de l'état des personnes et cet état est indisponible c'est-à-dire qu'il échappe à la souveraineté de l'individu »³⁹. Dès la naissance, le droit fait de toute personne un sujet de droit avant même l'accès à la parole ; ce faisant, il participe à instituer l'individu au monde, ce qui permet à Alain Supiot d'affirmer la fonction anthropologique du droit⁴⁰.

16. Si le droit participe pleinement à instituer l'individu, ce n'est qu'à compter de la seconde moitié du 20^e siècle que s'instaure la protection juridique de la vie privée. Elle intervient d'abord au plan international par sa consécration à l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948⁴¹ : « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteinte à son honneur ou à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes » suivie par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, adoptée par le Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 et ratifiée par la France le 3 mai 1974⁴² dont l'article 8, paragraphe 1^{er} stipule que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Cette reconnaissance interviendra, dans un second temps, au plan législatif par la promulgation de la loi du 17 juillet 1970⁴³ donnant à l'article 9 du Code civil un contenu nouveau, « chacun a droit au respect de sa vie privée », puis, au plan constitutionnel⁴⁴.

Cette construction juridique montre l'importance acquise par la vie privée. Henri Mazeaud, dans la préface de l'ouvrage de Pierre Kayser, s'interroge sur ces raisons : « pourquoi défendre

³⁸ En ce sens : A. SUPIOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Points, 2009, p. 67.

³⁹ *Ibid.*, p. 48.

⁴⁰ En ce sens : *ibid.*, pp. 7-25.

⁴¹ JO du 19 février 1949.

⁴² Loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973 autorisant la ratification de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ses protocoles additionnels n° 1, 3, 4 et 5, JORF du 3 janvier 1974.

⁴³ Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, JORF du 19 juillet 1970.

⁴⁴ Cons. const., 23 juillet 1999, n° 99-416 DC, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, JORF du 28 juillet 1999, p. 11250 ; *Rec. Cons. const.* 100, *AJDA* 1999. 738 ; *ibid.* 700, note J.-E. Schoell ; *D.* 2000. 422, obs. L. Gay ; *ibid.* 265, obs. L. Marino ; *ibid.* 423, obs. M. Fatim-Rouge ; *RTD civ.* 1999. 724, obs. N. Molfessis.

l'intimité, le secret, de notre vie privée et familiale ? Qu'a donc à cacher l'homme qui vit selon la loi ? Notre existence ne doit-elle pas être transparente ? N'est-il pas souhaitable que nous habitions une "maison de verre" ? »⁴⁵ En réponse à ces interrogations, il affirme que « sans pareil secret, il n'y aurait plus de liberté ; le secret de la vie privée est l'un des aspects de la liberté de notre existence »⁴⁶. La protection de la vie privée par le droit se déploie dans deux dimensions, celle protectrice du secret et celle protégeant la liberté de la vie privée. Le secret renvoie à l'idée d'opacité, de sphère intérieure, tandis que la liberté évoque la possibilité de conduire sa vie selon ses propres aspirations⁴⁷. Les juridictions nationales et européennes, en protégeant ce double aspect de la vie privée, participent ainsi à l'affirmation de l'individu.

Bien que la vie privée soit un facteur déterminant d'émancipation de l'individu face à la société, ce processus d'individualisation ne libère pas l'individu de tout contrôle social. Les liens, que l'individu conserve avec la société, le façonnent de telle sorte qu'il est à la fois libre et solidaire.

17. Classiquement, l'étude sociologique des liens entretenus entre l'individu et la société oppose les tenants d'une vision selon laquelle la société préexiste et forme un creuset indispensable à l'autonomie de l'individu, dont Émile Durkheim est le chef de file⁴⁸, aux tenants de l'individualisme porté notamment par Max Weber⁴⁹.

⁴⁵ H. MAZEAUD, Préface, in P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit, protection du secret de la vie privée*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 3^e éd., 1984, 1995, p. 1.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ « [La protection du secret et de la liberté de la vie privée] correspondent à des comportements différents : le secret, à la retraite avec le conjoint et les enfants au foyer, au domicile, siège privilégié de la vie privée ; la liberté, à la sortie de cette retraite pour développer sa personnalité physique, intellectuelle, morale, spirituelle. », *ibid.*, p. 12.

⁴⁸ Dans son ouvrage *La division du travail social*, Durkheim décrit le glissement d'une société fondée sur une solidarité mécanique vers une société organisée selon une solidarité organique résultant de la division du travail social. Dans ce type de société, les activités humaines sont différenciées, tout en étant interdépendantes. Ce faisant, l'individu « dépend de la société, parce qu'il dépend des parties qui la composent » ; il n'est alors autonome que dans le cadre des institutions sociales qui forment des modes de régulation des comportements. E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Presses universitaires de France, 1930, 2013, 8^e éd., p. 99.

⁴⁹ Max Weber, dans son ouvrage *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, a montré l'influence de la religion protestante sur l'individu. Pour suivre les préceptes de la doctrine réformatrice notamment calviniste, les individus doivent exercer, d'eux-mêmes, un contrôle intérieur sur la conduite morale de leur vie. Contrairement à la doctrine catholique, ils ne peuvent pas déléguer ce contrôle au prêtre, qui par la grâce sacramentelle, compense les insuffisances de l'individu. En effet, alors que dans la doctrine catholique, l'individu peut être faible puisqu'il peut faire pénitence, dans la vision calviniste, l'individu, au contraire, ne se rachète pas en faisant pénitence. Il n'y a donc pas de va et vient possible entre la bonne et la mauvaise conduite. De ce fait, la bonne conduite est érigée en système. Ainsi, l'exercice de la religion calviniste forge un individu autonome et responsable ; ce qui « constitue l'une des racines de l'individualisme », M. WEBER, *op. cit.*, p. 147.

La sociologie de Nobert Elias se situe, quant à elle, à mi-parcours de ces deux conceptions des rapports entre l'individu et la société, celle de Durkheim plaçant la solidarité au centre du lien social et celle de Weber décrivant l'individu, acteur de sa réussite. Elias montre que l'individu ne peut pas advenir sans la société⁵⁰. L'apprentissage « de schémas sociaux préétablis »⁵¹ qui s'imprime chez l'enfant est nécessaire pour devenir « un être plus fortement singularisé et distinct des autres »⁵². Être singulier, l'individu se déploie, alors, derrière l'organisation sociale. Autrement dit, la société représente le cadre d'exercice de la singularité individuelle. À l'intérieur de cet espace, le travail, à partir de l'époque moderne, devient l'activité humaine individuelle par laquelle l'individu développe sa singularité.

2 - Le travail, vecteur de la singularité

18. « Dans leur *Traité de sociologie du travail*, Friedmann et Naville écrivaient que “le travail mérite d'être considéré comme un trait spécifique de l'espèce humaine. L'homme est un animal social [...] essentiellement occupé de travail” »⁵³. En somme, le travail fait partie intégrante de la vie ; il en est indissociable. Si le travail semble avoir toujours existé, jusqu'à l'époque moderne il n'est qu'un moyen. Ce n'est qu'à partir de cette époque qu'il occupe une place centrale pour devenir une fin.

Dans les sociétés primitives, pré-capitalistes, le travail n'est qu'une activité de subsistance qui n'excède pas la satisfaction des besoins⁵⁴. La logique d'accumulation des richesses n'existe

⁵⁰ « C'est uniquement dans la relation avec les autres et par cette relation que la créature désemparée et sauvage quel être humain à sa naissance devient un être psychiquement adulte qui possède une personnalité individuelle et mérite le nom d'un individu adulte. Coupé de ces relations, il devient au mieux une bête humaine à demi sauvage : il peut devenir physiquement adulte mais il reste psychiquement semblable à un petit enfant », N. ELIAS, *La société des individus*, Fayard, 1997, p. 63.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ D. MÉDA, « Une histoire de la catégorie de travail », in Ch. LAVIALLE (dir.), *Repenser le travail et ses régulations*, Presses universitaires François Rabelais, 2011, p. 33.

⁵⁴ « Pour l'homme des sociétés primitives, l'activité de production est exactement mesurée, délimitée par les besoins à satisfaire, étant entendu qu'il s'agit essentiellement des besoins énergétiques : la production est rabattue sur la reconstitution du stock d'énergie dépensée. En d'autres termes, c'est la vie comme nature qui – à la production près des biens consommés socialement à l'occasion des fêtes – fonde et détermine la quantité de temps consacré à la reproduire. C'est dire qu'une fois assurée la satisfaction globale des besoins énergétiques, rien ne saurait inciter la société primitive à désirer produire plus, c'est-à-dire à aliéner son temps en un travail sans destination, alors que ce temps est disponible pour l'oisiveté, le jeu, la guerre ou la fête. » ; « Les Indiens ne consacraient effectivement que peu de temps à ce que l'on appelle le travail. [...] Qu'il s'agisse de chasseurs-nomades du désert du Kalahari ou d'agriculteurs sédentaires amérindiens, les chiffres obtenus révèlent une répartition moyenne du temps quotidien de travail inférieur à quatre heures par jour. », P. CLASTRES, *La société contre l'État, Recherche d'anthropologie politique*, Les Éditions de minuit, 1974, 2011, pp. 107 ; 165.

pas ; le temps qui n'est pas consacré au travail est destiné aux loisirs⁵⁵. Ainsi, d'autres faits sociaux, que le travail, structurent ces sociétés.

L'Antiquité est également une époque où le lien social se constitue à l'extérieur du travail, non par refus d'excès de travail, à l'instar des sociétés primitives, mais parce que le travail est le signe de la servitude. À l'époque grecque le travail est l'antithèse de l'homme libre. Signe d'un état de nécessité, il crée un rapport de dépendance à autrui privatif de liberté⁵⁶. Dans le prolongement de cette idée, cet état de dépendance empêche l'exercice de la citoyenneté. En effet, chez les Grecs, être citoyen suppose de se libérer de cette activité avilissante pour consacrer tout son temps à la *polis*. À cet effet, « [les Anciens] jugeaient qu'il fallait avoir des esclaves à cause de la nature servile de toutes les occupations qui pourvoient aux besoins de la vie. [...] Travailler, c'était l'asservissement à la nécessité, et cet asservissement était inhérent aux conditions de la vie humaine. Les hommes, étant soumis aux nécessités de la vie, ne pouvaient se libérer qu'en dominant ceux qu'ils soumettaient de force à la nécessité »⁵⁷. Le lien social ne résulte pas du travail ; il est le fruit de l'activité politique.

L'époque moderne marque une nette rupture avec cette conception du travail. Dans son ouvrage *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Adam Smith identifie le travail comme le déterminant de la richesse des nations⁵⁸. Qualifiant le travail de « mesure réelle de la valeur échangeable de toute marchandise »⁵⁹, il lui attribue une valeur instrumentale et abstraite. Dans le même temps, le travail acquiert une valeur marchande et se détache de la personne. Ainsi, le juriconsulte Robert-Joseph Pothier « décrivant la catégorie des choses qui peuvent être louées, cite “les maisons, les fonds de terre, les meubles, les droits incorporels, et les services d'un homme libre” »⁶⁰. Paré de tous ces attributs, moteur de la richesse, le travail acquiert une place de premier rang.

⁵⁵ « Quant au reste du temps, ils le vouaient à des occupations éprouvées non comme peine mais comme loisirs : chasse, pêche ; fêtes et beuveries ; à satisfaire enfin leur goût passionné pour la guerre. », *ibid.*

⁵⁶ « On n'attribuait ni au travail ni à l'œuvre assez de dignité pour constituer une *bios*, un mode de vie autonome, authentiquement humain ; asservis, produisant le nécessaire et l'utile, ils ne pouvaient être libres, ni s'affranchir des besoins et des misères », H. ARENDT, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 128.

⁵⁸ « Or dans toute nation, deux circonstances différentes déterminent cette proportion. Premièrement, l'habileté, la dextérité et l'intelligence qu'on y apporte généralement dans l'application du travail ; deuxièmement, la proportion qui s'y trouve entre le nombre de ceux qui sont occupés à un travail utile et le nombre de ceux qui ne le sont pas. A. SMITH, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Livre 1, introduction, [en ligne], [consulté le 4 mars 2021].

⁵⁹ *Ibid.*, Livre 1, chapitre V.

⁶⁰ D. MÉDA, *Le travail*, Presses universitaires de France, 2018, p. 15.

19. Dans son ouvrage *Condition de l'homme moderne*, Hannah Arendt s'interroge sur cette « ascension soudaine, spectaculaire du travail, passant du dernier rang, de la situation la plus méprisée, à la place d'honneur et devenant la mieux considérée des activités humaines »⁶¹. De rang subalterne chez les Grecs, le travail, à l'époque moderne est placé en haut de la hiérarchie des activités humaines. Hannah Arendt utilise le terme de *vita activa* pour désigner activités humaines fondamentales qu'elle décompose en trois catégories. Elle identifie d'abord, le travail, réalisé par *l'animal laborans*, qui est l'activité correspondant « au processus biologique du corps humain »⁶². Vient ensuite, l'œuvre, réalisée par *l'homo faber*, activité correspondant à la fabrication du monde artificiel d'objets liant les hommes entre eux. L'action, qui termine cette énumération, est « la seule activité qui mette directement en rapport les hommes, [par la parole et l'action] sans l'intermédiaire ni des objets ni de la matière »⁶³. De point de vue d'Hannah Arendt, l'époque moderne est d'abord marquée par l'ascension de *l'homo faber*. Fabriquant les objets qui peuplent le monde, son domaine public est « le marché où il peut exposer les produits de ses mains et recevoir l'estime qui lui est due »⁶⁴. Bien que l'avènement de la production manufacturière offre à *l'homo faber* en tant que fabricant d'objets et d'outils une place centrale⁶⁵, il sera vite détrôné par *l'animal laborans*. Cette inversion s'explique par « l'exclusive préoccupation de l'époque moderne pour le processus au dépend de tout intérêt pour les objets »⁶⁶. Uniquement préoccupés par la question du « comment », les modernes font alors du travail, l'activité humaine de premier rang. La production d'objets, fruit de l'œuvre devient processus de fabrication, fruit du travail. Encastré dans le processus de fabrication, *l'homo faber* se dissout dans *l'animal laborans*. Cette dissolution « s'accompagne de la glorification théorique du travail et elle arrive en fait à transformer la société tout entière en une société de travailleurs »⁶⁷.

20. La glorification du travail comme fin en soi est également analysée par Max Weber. Il forme un premier constat selon lequel la société pré-capitaliste ne travaille que pour gagner l'argent

⁶¹ H. ARENDT, *op. cit.*, p. 147.

⁶² *Ibid.*, p. 41.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*, p. 215.

⁶⁵ « C'était bien naturel puisqu'on était parvenu à la révolution moderne grâce à un instrument, donc grâce à l'homme en tant que fabricant d'outils », *ibid.*, p. 369.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 371.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 37.

nécessaire à la satisfaction de ses besoins, s'arrêtant de travailler dès lors le besoin est satisfait tandis que dans la société capitaliste les individus travaillent pour gagner de l'argent : gagner de l'argent est devenu une fin et non plus un moyen. Weber cherche les causes à cette inversion qu'il identifie dans l'éducation religieuse protestante. Il explique la place centrale du travail par la dimension spirituelle qui y est attachée à partir de la Réforme protestante : « le travail est la fin *en soi* de la vie, prescrit par Dieu »⁶⁸.

21. Glorifié de la sorte, source d'épanouissement personnel pour certains, moteur de l'économie de marché pour d'autres, le travail est le terrain d'enjeux contradictoires. Dans cette tension qui se noue, la technique joue un rôle particulier en favorisant un surenchérissement de la dimension économique par l'effet de la rationalisation technique.

3 – L'importance du phénomène technique

22. La technique désigne « les savoir-faire développés par l'entraînement et l'apprentissage »⁶⁹. Dans ce sens, la technique est d'abord un geste. Rapporté au métier, la technique se situe dans tous les gestes de *l'homo faber*. Apparenté au domaine du savoir-faire, l'outil est un instrument technique permettant à l'homme de façonner la nature. En ce sens, la relation de l'homme et de la technique ne prend pas date à l'époque moderne ; elle est ancestrale. Dès les premiers temps de l'humanité, l'homme a cherché par la technique à domestiquer la nature pour se garantir un environnement sécurisé, propice à la survie de son espèce. Nombre d'anthropologues tels que Pierre Clastres ou Claude Lévi Strauss ont montré l'inventivité technique dont les sociétés primitives avaient su faire preuve. L'absence de logique d'accumulation des richesses caractérisant ces sociétés⁷⁰ donne à voir un autre modèle où la technique n'est pas un moyen d'accroître la production.

23. Pourtant, à rebours de cette conception, la technique est apparue très tôt comme source de progrès. Cette idée figure déjà en germe dans la pensée de Francis Bacon (1561-1626) qui

⁶⁸ M. WEBER, *op. cit.*, pp. 207-208.

⁶⁹ J.-P. SÉRIS, *La technique*, Presses universitaires de France, 2013, p. 2.

⁷⁰ V., P. CLASTRES, note 59.

formule une nouvelle vision du monde fondée sur la domestication de la nature par la science⁷¹ grâce à la maîtrise du monde par le calcul. Prenant appui sur ces fondements, Saint-Simon et Auguste Comte forment la religion industrielle construite sur la foi que « la Science et le progrès continu des connaissances et des techniques constituent “la marche de la civilisation” »⁷². Selon Hannah Arendt, les découvertes, de Galilée à Newton, le télescope, instrument de *l'homo faber*, viennent contredire les vérités scientifiques de l'époque et créent un traumatisme au sein la communauté des penseurs qui les amènent à douter de la compréhension du monde par la contemplation. Dès lors, « si l'œil humain peut trahir l'homme au point que tant de générations ont cru que le soleil tourne autour de la Terre, il faut renoncer à la métamorphose des yeux de l'esprit »⁷³. En réaction à cette perte de confiance, le doute devient central. Il n'est plus possible de faire confiance à ses sens pour révéler le vrai et seule l'expérimentation à partir des instruments peut asseoir la connaissance. *L'homo faber* est alors propulsé fabricant d'outils et la technique devient la béquille de la science pour devenir technoscience au 20^e siècle. Il s'en suit alors que le progrès scientifique devient conditionné par le progrès technique.

24. Il faut cependant attendre l'arrivée des machines à l'ère industrielle pour que la technique prenne une trajectoire déterminante dans l'évolution du phénomène technique. L'automatisation va opérer un transfert de savoir-faire vers les machines⁷⁴. Cette appropriation engendre deux conséquences : d'une part, la distanciation produite éloigne l'homme de la nature⁷⁵ ; d'autre part, *l'homo faber* est dépossédé du geste technique grâce auquel il se singularise. Cette dépossession induit une perte de savoir technique, en même temps qu'elle crée un transfert de pouvoir. Se noue entre ingénieurs et ouvriers ce que Michel Foucault

⁷¹ « “Transformer le monde”, “être efficace”, “donner des armes” à la vie active, valoriser la “puissance” pour “dominer” la Nature...le vocabulaire baconien livre les concepts et les mots d'ordre de la future religion industrielle [...]. La Nature doit être dominée, soumise et vaincue par les techniques, c'est bien la volonté puissante qui anime l'idéal baconien de la domination de la Nature par la Science », P. MUSSO, *op. cit.*, pp. 314-315.

⁷² *Ibid.*, p. 460.

⁷³ H. ARENDT, *op. cit.*, p. 346.

⁷⁴ « Le “capital technique accumulé” c'est aussi la prépondérance de la machine par rapport au geste technique. La machine-outil incorpore dans une matière extérieure et étrangère les savoir-faire originellement manuels (pour la calculatrice, les savoir-faire intellectuels) », J.-P. SÉRIS, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁵ « Nous vivons dans un monde où le “capital” de savoir technique accumulé est colossal, et en même temps, nous sommes bien plus que nos ancêtres dispensés de tout savoir-faire technique ». Dire que nous en sommes dispensés est insuffisant : en être dispensés, en effet, c'est en être exclus », *ibid.*, p. 5.

appelle un rapport de « pouvoir-savoir »⁷⁶ qui est à l'origine de nombreuses tensions. Les ingénieurs « cherchent à imposer des mesures fixes déterminées par des instruments scientifiques »⁷⁷ tandis que « les ouvriers recourent souvent au sens, conçus comme des outils de mesures légitimés par la pratique et l'expérience [et] s'arrangent pour que les ingénieurs n'accaparent pas leurs “secrets” »⁷⁸.

Dès les débuts de l'industrialisation, la technique est indissociable du système productif marqué par la division du travail dont les *bienfaits économiques* sont mis en lumière par Adam Smith⁷⁹. La rationalisation due à la décomposition et à la standardisation du travail est à l'origine de gains de productivité inédits. S'appuyant sur le développement machinique de la production, l'organisation scientifique du travail pensée par Taylor associée aux principes du fordisme favorisent l'emprise de la technique sur le travail. Dans cette perspective, la technique est mise au service de l'économie. « L'idéologie productiviste »⁸⁰ de l'époque glorifie les inventeurs et les entrepreneurs, « laissant dans l'ombre les controverses, les accidents, les pollutions »⁸¹.

25. Cet aveuglement aux méfaits de « l'instrumentalisation du monde »⁸² caractérise *l'homo faber* qui place la question « comment » au centre de toute réflexion occultant les questions « pourquoi » et « pour quoi ». Lorsque cette logique gagne toutes les activités humaines, la question du sens de l'action est alors recouverte par la question des moyens. La foi placée dans les outils et l'idéal utilitariste détermine alors la vie de l'ouvrier.

⁷⁶ « Pouvoir et savoir s'impliquent directement l'un l'autre ; qu'il n'y a pas de relation de pouvoir sans constitutions corrélative d'un champ de savoir, ni de savoir qui ne suppose et ne constitue en même temps des relations de pouvoir », M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, 1993, p. 36.

⁷⁷ F. JARRIGE, *op. cit.*, p. 55.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ « Adam Smith avait mis en lumière les 3 grands bienfaits de la division du travail. L'économie de temps [...]. L'économie de spécialisation [...]. L'économie d'innovation [...] », Th. COUTROT, *Critique de l'organisation du travail*, La Découverte, 1999, 2002, p. 21.

⁸⁰ J.-B. FRESSOZ, F. JARRIGE, « L'histoire et l'idéologie productiviste », in C. PESSIS, S. TOPÇU, Ch. BONNEUIL (dir.), *Une autre histoire des « Trente Glorieuses »*, La Découverte, 2015, p. 62.

⁸¹ H. ARENDT, *op. cit.*, p. 211.

⁸² *Ibid.*, p. 381.

4 – La vie de l'ouvrier, sous l'emprise conjuguée du travail et de la technique

26. La foi dans le progrès technique s'accompagne d'un discours fondé sur « une vision évolutionniste et progressiste de l'histoire, l'identification croissante du progrès technique au progrès social et moral, et la dissociation entre les changements techniques et leurs effets, conçus comme des conséquences qui ne remettent pas en cause le processus lui-même »⁸³. La vie de l'ouvrier s'exerce alors sous la double emprise du travail et de la technique. Le temps de travail représente entre 14 et 18 heures d'une journée. Le reste du temps est à peine suffisant pour reconstituer la force de travail⁸⁴. Contraint de travailler, sa vie se résume au temps de travail.

27. Cette vie a des répercussions dramatiques sur la santé des ouvriers. Dans les ateliers s'exerce une forme de déshumanisation. Le corps est placé au centre de la production manufacturière ; il devient le prolongement de la machine. L'abbé Sieyès parle des ouvriers en les assimilant à « des instruments de labeur, des instruments humains, des instruments bipèdes »⁸⁵. Adam Ferguson, quant à lui, considère que « les manufactures, prospèrent davantage là où l'esprit est le moins consulté et où l'atelier peut, sans grand effort d'imagination, être regardé comme une machine dont les parties sont des hommes »⁸⁶. La technique façonne les corps au travail mais il faut attendre les enquêtes du Dr Villermé pour admettre les effets du travail sur la santé⁸⁷. Ces constats seront à l'origine des premières lois sur la réduction du temps de travail.

28. À l'ère industrielle, la production s'appuie sur « le principe supérieur commun d'efficacité »⁸⁸. Ce principe fonde la légitimation du travail organisé machiniquement selon une « régularité métronomique »⁸⁹, le réduisant à une série de tâches automatisées. Perdant la vision

⁸³ J.-B. FRESSOZ, F. JARRIGE, *op. cit.*, p. 62.

⁸⁴ En ce sens : J. LE GOFF, *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail – des années 1830 à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, 4^e éd., 2020, p. 85.

⁸⁵ D. LOSURDO, *Contre-histoire du libéralisme*, La découverte, 2013, p.108.

⁸⁶ A. FERGUSON, *Essai sur l'histoire de la société civile*, ENS, 2013, p. 183.

⁸⁷ L.-R. VILLERMÉ, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers*, 10/18, [en ligne], 1971, [consulté le 17 avril 2018].

⁸⁸ L. BOLTANSKI, E. CHIAPPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, 1999, 2011, pp. 66 ;177.

⁸⁹ J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 35.

globale de la réalisation de l'objet pour se concentrer sur la réalisation parcellaire s'intégrant dans un ensemble, cette dissociation du travail et de l'ouvrier entraîne une dépossession de l'œuvre marquant l'appauvrissement du travail. Afin de conserver les savoirs faire, marqueurs de l'identité du métier, des résistances s'organisent. Ainsi, « les lamineurs des Ardennes [qui] contrôlent le fonctionnement de leurs machines à l'oreille (le son du métal) et à l'œil (la couleur) »⁹⁰ masquent à la vue des ingénieurs ce savoir-faire qui les singularise.

29. La sédentarisation est également un effet du travail à l'usine sur la vie de l'ouvrier. Pour des raisons de maximisation de la production, il est essentiel de regrouper les ouvriers dans un même lieu. Alors que l'artisanat s'exerce principalement au lieu du domicile, le travail à l'usine nécessite une concentration de la main d'œuvre en un lieu unique. Cette étape marque le début de la séparation des espaces consacrés au travail et ceux consacrés à la vie domestique. La vie privée, une notion initialement bourgeoise ne peut se diffuser dans la classe ouvrière qu'à partir du moment où les logements cessent d'être exigus et insalubres.

30. La vie de l'ouvrier se résume à un travail excessif et à un état de santé très délabré. Dans les villes-usines telle que Le Creusot, l'emprise patronale sur la conduite morale des ouvriers est forte⁹¹ et le paternalisme laisse peu d'espace de liberté durant lequel l'ouvrier échappe au regard de l'employeur⁹². Malgré cet état de fait, la réduction du temps de travail agit comme un curseur : le temps ainsi libéré permet à l'ouvrier de s'investir dans d'autres activités.

31. La centralité du travail s'affirme à l'époque moderne, comme un trait d'union privilégié entre l'individu et la société. Ce travail qui constitue un trait d'union entre l'individu et la société est médiée par la technique qui constitue le second trait d'union entre l'homme et le monde. L'étude diachronique met en lumière des invariants, la rationalité, l'ingénieur, le discours performatif de l'économie et du progrès qui déploient leurs effets sur l'individu au

⁹⁰ F. JARRIGE, *op. cit.*, p. 55.

⁹¹ « Les usines Schneider et la ville du Creusot, par exemple, en constituent une bonne illustration. Elles fonctionnent sur le modèle de l'autorité familiale, mais utilisée ici "de façon caricaturale" et "symbolique" dans le but de discipliner une main-d'œuvre considérée comme potentiellement dangereuse et de maintenir l'ordre. », A. LAMANTHE, *Les métamorphoses du paternalisme : histoire, dynamiques et actualités*, CNRS Éditions [en ligne], 2011, [consulté le 14 septembre 2020].

⁹² « Les progrès de la liberté des travailleurs, c'est d'abord ce refus de ce paternalisme. La création du comité d'entreprise dès 1945 auquel est transféré la gestion des œuvres sociales en est la parfaite illustration », P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail, Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, L.G.D.J, 2005, p. 270.

travail, de l'ouvrier des manufactures au 19^e siècle, au salarié de l'entreprise libérée du 21^e siècle.

II – Le salarié saisi par les TIC à l'époque contemporaine

32. À l'aube du 21^e siècle, l'Internet et le téléphone portable combinés vont participer à « la formation d'une *nouvelle psyché des individus* »⁹³. Ces deux dispositifs n'apparaissent pas sur un terrain vierge ; ils s'enracinent dans un terreau propice à leur développement. Les années 1990 voient le développement de deux phénomènes concomitants. D'une part, les crises économiques qui se succèdent à partir du premier choc pétrolier et les réponses politiques apportées nourrissent désillusions, et ressentiments, sapent le contrat social⁹⁴ et signent un repli de l'individu sur lui-même⁹⁵. Le besoin de sécurité qui émerge est, d'autre part, bousculé par la survalorisation de la réussite individuelle rendant l'individu artisan et responsable de son projet personnel. La seconde partie du 20^e siècle est alors marquée par un double phénomène : « une rupture, presque définitive, de confiance à l'égard de la parole politique, ainsi qu'une *désunion*, encore assez insensible, entre individus et corps social »⁹⁶. À ce contexte bien spécifique, les TIC vont apporter des réponses permettant de satisfaire le désir de valorisation de soi. Ce faisant, elles ont pour effet de modifier en profondeur le rapport de l'individu à autrui et à la société (1). Le salarié, cet individu dont la vie est saisie par le travail, s'inscrit dans ce contexte social et suit une trajectoire identique d'individualisation (2). Par leur puissance de transformation, les TIC vont poursuivre l'emprise technique initiée avec la révolution industrielle (3).

⁹³ E. SADIN, *L'ère de l'individu tyran, La fin d'un monde commun*, Grasset, 2020, p. 98.

⁹⁴ « Au sortir du second conflit mondial et de toutes les souffrances et atrocités endurées, la renaissance des démocraties libérales fut accompagnée de la conviction selon laquelle, si la liberté individuelle devait, plus que jamais, représenter l'axiome majeur, un équilibre harmonieux devrait enfin s'imposer entre les appétits légitimes de chacun et la cohésion générale. [...] À cet effet, des mécanismes de solidarité furent intronisés et les services publics développés. Cependant, au fil des décennies – du fait de la pression conjuguée de forces idéologiques d'intérêts privés et de crises devenues récurrentes –, ces crédos prirent peu à peu moins de substance, parallèlement à l'instauration de conditions de travail toujours plus astreignantes et d'une féroce mise en compétition entre les êtres qui seront favorisées – au mitant des années 1970 – par les premiers mouvements de délocalisations industrielles et les licenciements de masse induits. Ce fut l'heure d'une cruelle déconvenue, celle de voir le pacte social ne plus faire office de pilier fondamental et commencer à se fissurer, entraînant un premier état de défiance à l'endroit des responsables politiques [...]. », *ibid.*, p. 21.

⁹⁵ En ce sens : *ibid.*, pp. 76-86 ; Le repli n'est cependant pas le propre du 21^e siècle, F. TARRAGONI note l'apparition de postures de replis de l'individu, « comme symptôme et réaction » face à l'inquiétude au début du 19^e siècle, *op. cit.*, p. 25.

⁹⁶ E. SADIN, *op. cit.*, p. 22.

1 - L'individu contemporain : l'*homo numericus*, le façonnage numérique de l'individu

33. Si l'emploi de cette locution latine peut paraître « péremptoire et non dénuée de déterminisme technologique sommaire »⁹⁷, elle a surtout vocation à situer l'individu dans un contexte afin de saisir les processus de transformation à l'œuvre dont la majeure partie présente un lien avec les TIC. Il s'agit dès lors, avant tout, de broser des traits saillants sans prétendre donner une définition.

34. Pour l'individu doté d'équipements numériques individuels et nomades, le premier trait distinctif est d'être relié au réseau internet par « une connexion permanente »⁹⁸. L'accessibilité à l'information et l'instantanéité de la communication qui en résultent, abolissent le temps et l'espace et renforcent l'autonomie de l'individu⁹⁹. Établir des liens immédiats, obtenir des réponses instantanées créent pour l'individu un sentiment de toute puissance, libéré des contraintes de temps. « Instrument de libération du temps, le [téléphone] mobile modifie donc puissamment notre relation à celui-ci »¹⁰⁰ ; devenu indispensable, il crée une dépendance à l'objet qui apparaît alors comme la face cachée de l'autonomie gagnée.

35. Outre le triomphe de l'ubiquité, la connexion permanente permet deux niveaux de communication : une communication tournée vers autrui et une communication tournée sur soi. Cette communication médiée par la technique a-t-elle alors renforcé le lien social ? A-t-elle contribué à l'épanouissement de l'individu ? A-t-elle produit une communication pathologique ?

Les médias sociaux ne sont pas à la source de la mise en scène ou l'exposition de soi, mais ils en sont de puissants catalyseurs permettant une narration ininterrompue de soi. Constitutif d'un autre trait distinctif de l'*homo numericus*, le dévoilement de soi virtuel, qui se réalise par écran interposé instaure une distanciation propice à l'impudeur. La sociologie de Nobeert Elias

⁹⁷ I. COMPIÈGNE, *La société numérique en question(s)*, ESH, 2010, p. 59.

⁹⁸ J.-F. FOGEL, B. PATINO, *La condition numérique*, Grasset, 2013, p. 9.

⁹⁹ « En dissociant complètement l'espace et le temps, [la possibilité de choisir le moment où nous communiquons] confère à l'individu le sentiment de pouvoir être en plusieurs lieux et plusieurs temps à la fois et révèle, sinon une volonté d'anéantissement du temps, au moins un sentiment d'autonomie face au temps. », N. AUBERT, *Le culte de l'urgence, la société malade du temps*, Flammarion, 2010, p. 61.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 60.

montre l'encastrement du processus d'individualisation consistant pour l'individu à se détacher du groupe pour se singulariser et du processus de civilisation permettant à l'individu d'intégrer les contraintes du groupe dans lequel il vit et de contrôler ses affects¹⁰¹. Or l'absence directe du regard d'autrui « encourage des pratiques d'exposition de soi qui, si elles avaient eu à se déployer en situation de face à face, seraient sans doute restées au stade des envies, des fantasmes ou bien auraient été cantonnées aux espaces plus électifs d'une sphère privée restreinte »¹⁰². Ce faisant, l'exposition virtuelle de soi crée une porosité entre les sphères publique et privée ; elle révèle un relâchement de l'intériorisation du contrôle social présent dans le processus de civilisation décrit par Norbert Elias.

Si le fait de s'exposer permet de se singulariser, il relève de la recherche d'une reconnaissance sociale, quête de validation par le groupe de sa qualité d'être singulier. À ce titre, il constitue pour l'individu une prise de risque. La crainte d'une sanction morale qui peut prendre des dimensions de bannissement social renforce alors l'intériorisation du contrôle social. Tandis que l'exposition de soi sur les réseaux sociaux a considérablement accru le champ de ce qui est observable par autrui, elle impose à l'individu une compréhension fine des logiques de contrôle social. D'une part, elle rend à l'individu maître de l'écriture de son récit singulier, d'autre part, l'obtention de la validation de cette singularité, suppose pour l'individu le respect d'un cadre social existant ; ce n'est qu'à l'intérieur de ce cadre qu'il trouve les conditions de son épanouissement personnel ; à l'extérieur il devient vulnérable.

36. Le dévoilement de la vie privée sur les réseaux sociaux crée une transparence qui renouvelle un des aspects de la protection par le droit sous l'angle du secret. Protéger le secret de la vie privée consiste à empêcher les investigations illégitimes afin notamment d'éviter la divulgation de faits que la personne souhaite conserver secret¹⁰³. L'investigation correspond à « la recherche d'événements »¹⁰⁴ relevant de la vie privée tandis que la divulgation est « le fait de [les] porter à la connaissance du public »¹⁰⁵. Le caractère illicite est constitué lorsque les informations sont obtenues et révélées à l'insu de la personne concernée. Choisir d'exposer des

¹⁰¹ « Ce qui se présente d'un côté comme un processus d'individualisation croissante est en même temps, de l'autre côté, un processus de civilisation. », N. ELIAS, *op. cit.*, p. 169.

¹⁰² F. GRANJON, J. DENOÛL, « Exposition de soi et reconnaissance de singularités subjectives sur les sites de réseaux sociaux », *Sociologie*, 2010, vol. 1, n° 1, pp. 27.

¹⁰³ Sur ces deux variétés d'atteintes au secret, v., P. KAYSER, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 16.

¹⁰⁵ *Ibid.*

éléments relatifs à la vie privée ne correspond pas à cette définition. Autrement dit l'atteinte au secret de la vie privée suppose l'absence de consentement¹⁰⁶. Le choix de dévoiler sa vie privée relève de la liberté individuelle dont « la vie privée est le domaine privilégié »¹⁰⁷.

Ce dévoilement marque un glissement de géométrie de la vie privée, passant d'une vie privée construite à l'époque moderne derrière des murs, à une vie privée transparente, devenue plate.

37. En parallèle de cette exposition de soi soutenue par les TIC, se déploie un phénomène dénommé *quantified self*, autre trait déterminant de *l'homo numericus*. Conduisant à la construction d'une identité calculée, à partir de la production de chiffres sur soi, les outils permettant la mesure de soi appartiennent au domaine de l'internet des objets. Jusqu'à lors surtout utilisés dans le domaine médical, ils entrent dans le domaine public et banalisent les mesures de santé ou de sport pour les inscrire dans le registre du bien-être. La mesure de soi correspond à la fois à la volonté de se connaître et à celle d'agir sur soi. Elle renforce l'auto-contrôle et place l'individu en dynamique de projet tel qu'il est décrit par Luc Boltanski et Ève Chiapello dans *Le nouvel esprit du capitalisme*¹⁰⁸. La dimension prescriptive est également soulignée dans le rapport d'information déposé par la commission des affaires économiques devant l'Assemblée nationale¹⁰⁹. La mesure de soi a pour effet l'apparition de nouvelles normes permettant de fixer à soi-même des objectifs. Ce faisant, cette pratique « contribue à inscrire dans notre quotidien de nouvelles contraintes même si nous n'en avons pas toujours conscience et partant à limiter notre liberté »¹¹⁰.

38. Si l'exposition et la quantification de soi sont des composantes de l'identité numérique, le trait le plus saillant de *l'homo numericus* est qu'il est un fabricant de données. Dans la société contemporaine, il s'agit sans doute son activité principale. Tout au long de la journée, l'individu laisse des traces numériques volontaires ou involontaires. Cet ensemble forme une image numérique de soi. La capitalisation massive des données ainsi produites permet alors de dresser

¹⁰⁶ Cette situation concerne les personnes physiques titulaires de la pleine capacité juridique à l'exception des mineurs et des majeurs protégés.

¹⁰⁷ P. KAYSER, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁸ Pour une description de l'individu « grand » entendu comme « celui qui incarne les valeurs de la cité par projets », v., L. BOLTANSKI, E. CHIAPELLO, chap. II « La formation de la cité par projets », *op. cit.*, pp. 167-256.

¹⁰⁹ C. ERHEL, L. de LA RAUDIÈRE, *Les objets connectés*, Rapport d'information, Commission des affaires économiques, Assemblée nationale, 10 janvier 2017, 147p.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 66.

un portrait à partir d'une activité rendue visible et transparente. Il s'agit de tout voir pour tout savoir. Cette connaissance produite à partir des informations collectées sur un individu a une visée probabiliste. Elle cherche par le calcul à déterminer des préférences, des intentions afin d'y répondre, et mieux encore de les anticiper, voire de les révéler avant même qu'elles ne percent la conscience. Ainsi soumis à cette rationalité algorithmique, celui-ci se conforme à une norme de comportement calculée. L'intégration d'une norme de comportement n'est pas chose nouvelle : elle peut être dictée soit par l'appartenance à un groupe, à la famille, soit par le droit, la morale ou encore la religion. La nouveauté n'est donc pas tant l'intégration d'une norme mais plutôt le fait qu'elle soit le produit d'un calcul. Dans le même temps, cette normalisation évince l'autonomie de l'individu dont les choix ne sont plus le fruit de la raison ou de l'émotion, mais sont le produit d'un calcul.

39. À partir de l'étude des effets des réseaux sociaux Facebook, Twitter, ou des plateformes Instagram ou TripAdvisor sur l'individu, Éric Sadin livre une vision synchronique de l'individu contemporain qu'il qualifie de « tyran ». Il dresse le portrait d'un individu déchaîné au sens où il est libéré des chaînes qui le relie à la société. En réponse à ce constat porteur de violence, et pour briser cette « dynamique délétère, [il enjoint] un retour sur la question politique et civilisationnelle fondamentale : celle de la viabilité, de la qualité et de la justice des liens prévalant entre les individus et l'ensemble commun »¹¹¹. D'autres auteurs font un portrait moins sombre de l'individu contemporain mais où la centralité de soi demeure largement exacerbée et soutenue par les TIC. Dans son essai sur *La civilisation du poisson rouge*, Bruno Patino étudie comment les enseignements en sciences du comportement ont servi de matrice à la communication numérique laissant peu d'échappatoire à l'individu¹¹².

À la production et la circulation de l'information à grande échelle qui a permis l'avènement du marché de l'information a succédé l'émergence d'un nouveau marché : celui de l'attention. Gérald Bronner alerte sur le pillage du temps de cerveau disponible, devenu une marchandise qu'il faut alors capter pour acquérir des parts de marché. De son point de vue, la communication

¹¹¹ E. SADIN, *op. cit.*, p. 343-344.

¹¹² « Nos pathologies sont connues, elles sont entrées dans le répertoire des troubles de la personnalité et du comportement. Les expressions nouvelles portent le regret de notre liberté perdue. Ceux d'entre nous qui évitent le sommeil profond par peur de rater le signal de leur portable sont qualifiés de "dormeurs sentinelles". Être pris d'une peur panique face à l'éloignement même éphémère de son portable porte le nomophobie (*no mobile phone phobia*). Le *phnubbing*, enfin, désigne la consultation ostensible de son smartphone entre collègues, amis, amants et membres d'une même famille alors même que l'on nous adresse la parole. », B. PATINO, *La civilisation du poisson rouge, Petit traité sur le marché de l'attention*, Grasset, 2019, p. 23.

numérique ne dénature pas l'individu¹¹³ ; elle révèle des invariants cognitifs avec lesquels il va falloir composer sans pour autant basculer dans « un fatalisme anthropologique »¹¹⁴. À son tour, pour éviter l'enfermement dans ce schéma mortifère, il plaide pour le retour du collectif et donc du politique.

Ce détour sociologique brosse un portrait de l'individu contemporain, complexe, autonome, souhaitant conduire sa vie privée à sa guise et en même temps lié à la communauté auquel il appartient et au contrôle duquel il se soumet. Cette donnée n'évince pas l'importance des liens sociaux au premier rang desquels figure le travail¹¹⁵.

2 – Le travail : une condition de la singularité de l'individu

40. S'appuyant sur les propos d'Habermas¹¹⁶, Dominique Méda souligne la puissance structurante du travail dans les sociétés contemporaines. Devenu principal média du rapport de l'homme au monde¹¹⁷, « il est au fondement de l'ordre social, il détermine largement la place des individus dans la société, il continue d'être le principal moyen de subsistance et d'occuper une part essentielle de la vie des individus »¹¹⁸. Pour certains auteurs, il est le « fondement de la citoyenneté économique »¹¹⁹ ainsi qu'« au principe de la citoyenneté sociale »¹²⁰. En cela, « travailler est une norme, un “fait social total” »¹²¹.

Pluridimensionnel, le travail, dans son sens moderne, est l'objet d'enjeux individuels, sociaux et économiques obéissant à des logiques souvent difficilement conciliables.

¹¹³ Sur l'homme dénaturé, v., G. BRONNER, *Apocalypse cognitive*, Presses universitaires de France, 2020, pp. 262-275.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 340.

¹¹⁵ « Lorsqu'ils en ont un, le travail procure aux individus des ressources économiques et symboliques qui conditionnent profondément leur capacité à se penser en tant que êtres autonomes et singuliers », F. TARRAGONI, *op. cit.*, p. 98.

¹¹⁶ « Nos sociétés occidentales sont, comme l'écrivait Habermas, des “sociétés fondées sur le travail” », D. MÉDA, *op. cit.*, p. 3.

¹¹⁷ En ce sens : Ch. LAVIALLE (dir.), *Repenser le travail et ses régulations*, Presses universitaires François Rabelais, 2011, p. 9-10.

¹¹⁸ D. MÉDA, *op. cit.*, p. 3.

¹¹⁹ R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale*, Folio, 1999, 2009, p. 731.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ D. MÉDA, *op. cit.*, p. 3.

Dans le même temps, alors que le travail a pris une telle importance, la société contemporaine connaît une vague submersion d'automatisation et de transformation de la nature du travail.

41. Au 21^e siècle, deux questions traversent le travail. La première question, occupant le devant de la scène, porte sur la fin du salariat. Cette interrogation est soutenue par un puissant discours accusant le salariat trop rigide d'être une entrave à l'emploi. La deuxième question est celle du remplacement massif de l'homme par les machines. Cette problématique, qui a d'abord concerné les emplois manuels apparue dès les débuts du machinisme, se renouvelle avec l'intelligence artificielle faisant planer le spectre de la disparition sur les emplois intellectuels.

À partir des années 1950, le salariat se détache de la classe ouvrière pour devenir une valeur bourgeoise ; s'édifie alors la « société salariale »¹²² décrite par Robert Castel. Un nouveau salariat prend forme ; « revenus confortables, position de pouvoir et de prestige, leadership en matière de modes de vie et de modes culturelles, sécurité contre les aléas de l'existence »¹²³ ont « fonction d'attracteur »¹²⁴. Il constitue « la constellation centrale »¹²⁵ du salariat. Cet édifice, fait d'équilibres fragiles, explique l'attachement au salariat et les crispations sociales dues à son effritement. Dans la société contemporaine, le travail salarié est le « médium concret sur la base duquel s'édifient des droits et des devoirs sociaux, des responsabilités et de la reconnaissance »¹²⁶. À ce titre, le droit du travail dont l'une des finalités est d'organiser la protection du salarié est le point d'ancrage juridique du salariat. Accuser le salariat d'être à l'origine de la crise de l'emploi revient à dénoncer la complexité et la désuétude du droit du travail¹²⁷. Face à ces griefs, Pascal Lokiec remarque que « la responsabilité du droit du travail dans la situation économique et sociale n'est pas établie, tout comme le fait que la protection des salariés serait inversement proportionnelle à la baisse du chômage »¹²⁸. La fin du salariat ouvrirait la voie vers le retour du contrat de louage prévu par le Code civil s'accompagnant *de facto* de la fin du droit du travail tel qu'il est construit dans le Code du travail. Or, Pascal Lokiec

¹²² R. CASTEL, *op. cit.*, pp. 519-620.

¹²³ *Ibid.*, p. 587.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 586.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 587.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 731.

¹²⁷ « La critique libérale [...] voit dans le droit *du* travail le principal obstacle au respect du droit *au* travail », L. BOLTANSKI, E. CHIAPPELLO, *op. cit.*, p. 335.

¹²⁸ P. LOKIEC, *Il faut sauver le droit du travail !*, O. Jacob, 2015, p. 18.

souligne que « le Code du travail n'est autre que la contrepartie de la subordination »¹²⁹ et malgré les apparences si la subordination a changé de visage¹³⁰ elle n'a pas pour autant disparu. Même si les passerelles qui se créent sous l'impulsion des TIC entre le travail salarié et le travail indépendant¹³¹ compliquent la catégorisation du travail, le travail salarié reste néanmoins le modèle dominant¹³².

Un second discours apparaît pour saper le salariat, qui serait cette fois un frein à l'initiative individuelle. Le travail salarié est l'activité de la personne subordonnée. Il n'est qu'une forme de travail parmi d'autres. Il se distingue du travail indépendant du fait du critère de subordination tandis que le critère économique, matérialisé par la perception d'un salaire le différencie du travail bénévole. Ces distinctions déterminent le régime juridique applicable. Or, ces classifications sont perturbées par l'apparition du travail à partir des plateformes numériques. L'enjeu porte sur la qualification juridique de cette nouvelle forme de travail puisque seul le travail salarié relève du droit du travail. Droit instituant des garanties individuelles et collectives, les travailleurs des plateformes en revendiquent le bénéfice tandis que les propriétaires des plateformes défendent le caractère indépendant de ce travail.

La disparition annoncée du travail s'appuie sur le constat selon lequel toutes les tâches physiques ou cognitives ayant un caractère routinier seront prises en charge par l'intelligence artificielle¹³³. En réponse à ce constat, un double discours se fait jour. À ceux qui annoncent la disparition angoissante du travail¹³⁴, d'autres répondent au contraire que l'individu libéré de la part aliénante du travail pourra laisser libre court à sa créativité. Perce alors une forme de darwinisme du travail où seuls les individus capables d'adaptation trouveront place dans la

¹²⁹ *Ibid.*, p. 20.

¹³⁰ A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.*, 2000, p. 131.

¹³¹ « Le travailleur salarié n'est plus nécessairement un simple rouage dépourvu d'initiative dans une organisation fortement hiérarchisée. Et le travailleur indépendant n'est plus nécessairement un entrepreneur libre d'œuvrer comme bon lui semble. Le travail salarié fait place à ce qu'on peut appeler l'autonomie dans la subordination, tandis que réciproquement le travail non salarié s'est ouvert à ce qu'on peut appeler l'allégeance dans l'indépendance. », *ibid.*

¹³² « Subordination contre protection, voici une équation indispensable au fonctionnement du capitalisme moderne, ce que les entreprises ont bien compris puisque la quasi-totalité d'entre elles fonctionnent sur le modèle du salariat. », P. LOKIEC, *op. cit.*, p. 20.

¹³³ « Chaque semaine ou presque, un nouvel article nous apprend, au choix, que des employés japonais d'une société d'assurance vie sont remplacés par un robot dans le département des évaluations de paiement ; que des millions de chauffeurs de poids lourds risquent de perdre leur emploi lorsque les algorithmes de conduite autonome de leurs semi-remorques seront homologués par les autorités ; ou encore, que la dextérité des chirurgiens est déjà dépassée par celle des bras télémanipulateurs plus adroits qu'eux pour suturer un intestin de porc. », Ch. ALIX, « Les algorithmes vont-ils tuer l'emploi ? », in *Intelligence artificielle, Enquête sur ces technologies qui changent nos vies*, Flammarion, 2018, p. 65.

¹³⁴ J. RIFKIN, *La fin du travail*, La Découverte, 1997, 476p.

société. Si la controverse n'est pas tranchée, un point de convergence émerge : « la nécessité de repenser entièrement l'éducation et la formation »¹³⁵, réflexion éminemment politique.

42. Au-delà de ces questions, il est patent que le travail salarié est traversé par de profondes transformations dont le mot d'ordre est la flexibilité. Le progrès technique au service de la quête de rationalisation du travail a poursuivi sa course et la révolution numérique, dont l'ampleur est soulignée notamment par Alain Supiot¹³⁶, a succédé à la révolution industrielle. L'emprise des TIC dans les entreprises est illustrée par les chiffres du numérique publiés par la direction générale des entreprises pour 2018¹³⁷ qui font apparaître que 100% des entreprises ont une connexion internet haut débit, 60% des salariés utilisent régulièrement un micro-ordinateur et 55% utilisent régulièrement internet. Le développement des TIC a également permis l'apparition de nouveaux modèles productifs. Le livre blanc relatif à l'entreprise du futur¹³⁸ décrit la transformation numérique comme la combinaison de l'automatisation, de la dématérialisation et de la désintermédiation. Les entreprises produisent selon le modèle du réseau¹³⁹. À rebours du modèle hérité de l'ère industrielle où l'entreprise est un monde clôt, l'entreprise en réseau est ouverte sur le monde. Le mode nomade remplace le mode sédentaire. Outre le développement de nouveaux modes de production, la structure en réseau « brouille la figure de l'employeur »¹⁴⁰, induit une concurrence normative entre les pays d'implantation puis, rejaillit sur la notion de collectif de travail. Le travail en réseau met en jeu de nouveaux modes

¹³⁵ Ch. ALIX, *op. cit.*, p. 76.

¹³⁶ « L'impact de la révolution numérique sur l'organisation et la division du travail est au moins aussi considérable que celui de la précédente révolution industrielle », A. SUPIOT, *Le travail n'est pas une marchandise. Contenu et sens du travail au XXI^e siècle*, Collège de France, 2019, p. 11.

¹³⁷ Direction générale des entreprises, *Les chiffres clés du numérique*, Études économiques [en ligne], 2018, [consulté le 8 septembre 2020].

¹³⁸ M. BESSON (dir.), *Livre blanc, Entreprise du futur, les enjeux de la transformation numérique*, Institut Mines-Télécom [en ligne], 2016, p. 9, [consulté le 8 septembre 2020].

¹³⁹ « La récupération du terme réseau s'est opérée à la faveur d'une conjonction historique particulière, marquée notamment par le développement des réseaux informatiques ouvrant des possibilités de travail et de collaboration à distance, mais en temps réel, et par la recherche, dans les sciences sociales de concepts pour identifier des structures faiblement, voire pas du tout, hiérarchiques, souples et non limitées par des frontières tracées *a priori*. », L. BOLTANSKI, E. CHIAPELLO, *op. cit.*, p. 169.

¹⁴⁰ M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations*, Dalloz, 2006, p. 35.

de collaboration liant entre elles des personnes dont les cultures sont différentes, vivant dans des fuseaux horaires décalés¹⁴¹.

43. Concernant l’emprise de la technologie sur le travail deux discours s’opposent. Le premier est construit sur le mythe des technologies libératrices. Libérée des contraintes bureaucratiques, du contrôle permanent, l’organisation plate, sans hiérarchie fonctionnant par ajustement mutuel, agile et flexible, libère l’intelligence collective et garantit l’épanouissement personnel¹⁴². Cette vision idéalisée de l’entreprise numérique occulte « tout enjeu de pouvoir, tout conflit d’intérêts, et tout ce qui fait la difficulté de construire une relation à l’autre dans l’organisation »¹⁴³. À l’autre bout du spectre, se trouve le mythe d’un nouveau projet panoptique, *datapanoptique*, où les outils numériques enregistrant l’activité en continu soumettent le salarié à une surveillance de tous les instants. Du point de vue d’Antoinette Rouvroy, l’éviction de la dimension intuitive au profit de la rationalisation s’est accompagnée d’une perte du savoir qualifié de « prolétarianisation »¹⁴⁴. Ce double discours est révélateur de l’ambivalence des TIC.

44. Indépendamment de ces deux points de vue, une certitude demeure tout de même. La quête de rationalité soutenue par la technique reste un invariant et l’organisation scientifique se poursuit. Au taylorisme succède le toyotisme, modèle productif organisé selon le principe du juste à temps ayant pour objectif de lutter contre toute perte de temps par une recherche d’amélioration en continu. L’informatisation et les TIC ont apporté une autre dimension à l’organisation scientifique du travail : la contraction du temps. L’abolition du temps et de l’espace constitue un trait distinctif de la société de l’information. Elle permet l’exercice du travail dans un réseau d’échange, de communication en rupture avec la triple unité de temps, de lieu et d’action dans laquelle s’inscrit le modèle hérité du fordisme. Grâce à une connexion permanente, « le monde du travail se trouve pris dans une véritable crise du *chromos* avec la

¹⁴¹ « La “voix” des travailleurs doit franchir deux obstacles : la barrière du territoire et la barrière de la personne morale. Elle exige une nouvelle vision de la solidarité entre les travailleurs du réseau, au-delà des fragmentations par sites et par pays. », *ibid.*, p. 35-36.

¹⁴² Sur le mythe du bien-vivre organisationnel, v., A. DUDÉZERT, *La transformation digitale des entreprises*, La Découverte, 2018, p. 43-49.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 49.

¹⁴⁴ A. ROUVROY, Th. BERNS, « Gouvernementalité algorithmique et perspectives d’émancipation, Le disparate comme condition d’individuation par la relation ? », *Réseaux*, 2013, vol. 177, n° 1, pp. 163-196.

fin d'une temporalité référentielle de plus en plus éclatée en des temporalités spécifiques »¹⁴⁵. Contraintes de délai, stratégies de qualité, flexibilité du temps de travail ont pour conséquence un travail fait dans l'urgence qui doit être toujours amélioré : mieux et plus vite¹⁴⁶.

45. Cette quête de rationalité a pu se déployer principalement grâce aux innovations technologiques. En saisir l'importance permet alors d'appréhender les enjeux de l'emprise des TIC sur la vie du salarié.

3 – L'emprise technique renouvelée

46. Dans le processus d'informatisation de la société, le rapport Nora-Minc¹⁴⁷ fait date. Les rapporteurs reçoivent pour mission de faire progresser la réflexion sur l'informatisation du monde dont la promotion et la maîtrise sont pressenties comme des nécessités face aux potentiels de transformation de la société induits par le développement de l'informatique. L'imbrication des ordinateurs et des télécommunications appelée « télématique » dans le rapport est présentée comme une source de pouvoir. Les rapporteurs soulignent que « la télématique, à la différence de l'électricité ne véhiculera pas un courant inerte, mais de l'information, c'est-à-dire du pouvoir »¹⁴⁸. De manière visionnaire, les transferts de souveraineté induits par la maîtrise du réseau de transport de l'information sont déjà identifiés¹⁴⁹.

47. Entre ce rapport et nos jours, le champ lexical de l'informatique n'a eu de cesse d'évoluer. À la télématique des tous débuts, il a ensuite été question des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC), puis le terme « nouvelle » a été abandonné, pour ne parler que des TIC, finalement remplacé par le numérique. Combinaison de

¹⁴⁵ J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 473.

¹⁴⁶ N. AUBERT, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴⁷ S. NORA, A. MINC, *L'informatisation de la société*, Rapport au Président de la République, La Documentation française, janvier 1978, 901p.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 11.

¹⁴⁹ « Elle doit prendre en compte le renouvellement du défi d'IBM : hier fabricant de machines, demain gestionnaire de télécommunications, cette compagnie mène une stratégie qui la conduit à mettre en place un réseau de transmissions et à le contrôler. Elle empiètera alors sur une sphère traditionnelle du pouvoir d'État : les communications. Faute d'une politique appropriée, se dessinera une double aliénation : à l'égard du gestionnaire du réseau ; à l'égard des banques de données américaines dont il facilitera l'accès. », *ibid.*, p. 13.

l'informatique et des télécommunications électroniques, les TIC désignent l'ensemble des moyens permettant le traitement et le transport de l'information utilisant des supports techniques tels que l'ordinateur, le téléphone ou les objets connectés tandis que le numérique donne « la représentation de l'information ou de grandeurs physiques (images, son) par un nombre fini de valeurs discrètes, le plus souvent représentées de manière binaire par une suite de 0 et de 1 »¹⁵⁰. Aux termes TIC et numérique, s'ajoutent ceux d'algorithme et d'intelligence artificielle. Ils forment une galaxie technologique décrivant une même réalité : celle d'un monde dominé par l'informatique.

Choisir le vocable TIC plutôt que numérique dans le titre de la thèse résulte de la volonté de mettre l'accent sur l'intermédiation entre l'objet technique, son usage et le travail afin d'en appréhender les effets sur la vie du salarié. Les technologies sont alors appréhendées dans leur relation avec le milieu de travail au sein duquel elles se déploient.

Les termes technique et technologie entretiennent une parenté qu'il n'est pas toujours aisé de démêler. La technique renvoie au geste tandis que la technologie renvoie à deux sens distincts. Jusqu'au milieu du 19^e siècle, la technologie désigne le discours sur la technique (*logos* de la *tekné*) et les tentatives pour mettre en forme les savoir-faire artisanaux ; au 20^e siècle, le terme devient un mot valise désignant l'ensemble des procédés industriels et leurs produits à une époque donnée. Il est employé par anglicisme, avec une connotation méliorative, comme synonyme de technique moderne »¹⁵¹.

48. Depuis le 19^e siècle, le couplage de la technique et de l'économie n'a cessé de s'affermir avec comme horizon commun la rationalisation. Initialement à l'œuvre dans les usines, la quête de rationalité imprègne l'ensemble de la société contemporaine. Citant Max Weber¹⁵² qui « avait su saisir à l'aube du 20^e siècle les incidences de la production mécanique »¹⁵³, Éric Sadin affirme qu'à présent « les technologies numériques ne déterminent pas seulement le

¹⁵⁰ Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Étude annuelle, La Documentation française, 2014, p. 9.

¹⁵¹ F. JARRIGE, *op. cit.*, p. 13.

¹⁵² « L'ordre lié aux conditions techniques et économiques de la production mécanique et machiniste détermine, avec une force irrésistible, le style de vie de l'ensemble des individus nés dans ce mécanisme, et pas seulement de ceux que concerne directement l'acquisition économique », M. WEBER, *L'éthique protestante du capitalisme*, Plon, 1964, p. 66, cité in E. SADIN, *La vie algorithmique, Critique de la raison numérique*, L'échappée, 2015, p. 199.

¹⁵³ *Ibid.*

quotidien, jusqu'au "style de vie" même, mais ordonnent *le cadre de la perception et de l'action humaine via* les objets et les systèmes élaborés par le techno-pouvoir¹⁵⁴ »¹⁵⁵.

49. Si entre le 19^e siècle et le 21^e siècle, la technique est passée des mains des ingénieurs à celles des informaticiens, la nature de son emprise n'a pas changé : il s'agit toujours de penser le monde par le calcul, source d'objectivité. Cette vision mathématicienne, qui se déploie à partir la révolution industrielle et dont la société contemporaine semble être le point d'orgue s'enracine au 17^e siècle¹⁵⁶. Effectivement, les travaux de Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716), philosophe et mathématicien allemand sur un système de raisonnement universel permettront à George Boole (1815-1864), irlandais, de formuler en 1854 l'écriture algorithmique donnant naissance à l'informatique un siècle plus tard. Cette même époque voit également apparaître les premières réflexions sur la statistique « science de l'État » permettant de gouverner par la connaissance du dénombrement. L'idée selon laquelle seul ce qui est dénombrable est certitude imprègne les modes de gouverner. L'« homme moyen »¹⁵⁷, produit d'un calcul probabiliste, établit la norme de gestion ¹⁵⁸.

Grâce au développement des calculs algorithmiques, la statistique connaît un regain de perspectives. Qualifié de « nouveau pouvoir statistique »¹⁵⁹, les algorithmes visent à détecter, en temps réel, les risques, les opportunités ou les besoins tout en minorant la marge d'incertitude. Prenant source dans l'enregistrement massif et systématique de toute information numérique produite par un individu, ils permettent une cartographie fine du réel à partir d'une « série de dispositifs de détection, de classification et d'évaluation anticipative des comportements humains »¹⁶⁰. Cette production de savoir s'accompagne d'un glissement vers

¹⁵⁴ « Le techno-pouvoir ne représente pas une instance qui déciderait de la politique intérieure ou extérieure d'une nation, qui gèrerait des budgets publics, ou qui se soucierait de la meilleure préservation de la société et des conditions de vie. Il est composé d'une foultitude d'acteurs épars, qui agissent toujours plus profondément sur le cours des existences et des choses, produisant des effets de *gouvernementalité* », *ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Sur la naissance de la culture du nombre et de la révolution scientifique installant les mathématiques comme modèle de raisonnement, v., A. MATTELART, *Histoire de la société de l'information*, La Découverte, 5^e éd., 2018, pp. 5-16 ; en ce sens, également, A. SUPIOT, *La Gouvernance par les nombres, Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015, p. 103 et s.

¹⁵⁷ A. MATTELART, *op. cit.*, p. 22.

¹⁵⁸ En ce sens : *ibid.*, pp. 21-23.

¹⁵⁹ A. ROUVROY, Th. BERNIS, « Le nouveau pouvoir statistique, Ou quand le contrôle s'exerce sur un réel normé, docile et sans événement car constitué de corps "numériques"... », *Multitudes*, 2010, vol. 40, n° 1, pp. 88-103.

¹⁶⁰ *Ibid.*

un régime de pensée inductif en rupture avec « les ambitions modernes de la rationalité déductive reliant les phénomènes observables [...] à leurs causes »¹⁶¹. Du point de vue d'Eric Sadin, cette évolution marque l'instauration « d'un régime de vérité fondé sur quatre axiomes cardinaux : la collecte informationnelle, l'analyse en temps réel, la détection de corrélations significatives et l'interprétation automatisée des phénomènes »¹⁶². À partir de là, gouverner à partir du profilage « permet d'objectiver et d'optimiser les autorisations d'accès à certains lieux, les mesures de contrôle administratif ou policier, la distribution ou la répartition des opportunités, des ressources et des offres de biens et de services »¹⁶³ et répond à pleinement à l'objectif de rationalisation à l'œuvre dès le 17^e siècle.

Le développement des TIC a été rendu possible par les progrès informatiques réalisés dans le domaine du stockage et du traitement de l'information ; eux-mêmes indissociables de ceux réalisés dans le domaine de l'électronique. Gordon Moore, fondateur d'Intel, formule en 1965 une loi empirique qui s'est vérifiée jusqu'aujourd'hui : la capacité de traitement des microprocesseurs double tous les dix-huit mois à coût constant. Il faut cependant noter que les scientifiques s'accordent pour dire que la loi de Moore est arrivée à son terme. La miniaturisation des circuits est en passe d'atteindre la taille de l'atome faisant basculer l'électronique dans les règles de la physique quantique. Cela ne signe pas pour autant la fin du développement de l'informatique. Dans une quête perpétuelle de progrès, des chercheurs de la NASA et de Google travaillent depuis 2013 sur un ordinateur quantique.

Cette puissance de calcul s'accompagne de la massification de la collecte des données. Ce couplage constitue le ferment de la société de l'information qui dispose alors d'une inédite capacité de profilage des personnes. Le contrôle et la direction des comportements atteignent des proportions jusqu'alors impensables démontrant une conception très enracinée du monde fondé sur le calcul. Des voix de mathématiciens ou de statisticiens s'élèvent néanmoins, pour mettre en garde sur les risques d'erreur susceptibles d'engendrer de mauvaises décisions et jeter le discrédit sur la statistique publique¹⁶⁴.

50. Dans l'appréhension de la technique deux visions s'affrontent, celle qui voit dans la technique un progrès libérateur et celle au contraire qui y voit une menace pesant sur

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² E. SADIN, *op. cit.*, p. 28.

¹⁶³ A. ROUVROY, Th. BERNIS, article précité.

¹⁶⁴ En ce sens : A. MATTELART, *op.cit.*, p. 100-101.

l'humanité. Deux auteurs peuvent résumer cette dialectique : la pensée pessimiste d'Ellul et la vision humaniste de la technique développée par Simondon. Cette controverse est éclairée par Alain Michel qui met en miroir la pensée technique d'un ingénieur-mécanicien, Pierre Bézier et les polémiques machinistes¹⁶⁵.

Dans les années 1950, Jacques Ellul, quant à lui, développe une pensée pessimiste de la technique qu'il assimile à un système hégémonique qui « est un ensemble cohérent qui nous “corsette” de toutes parts, et s'introduit en nous-mêmes, dont nous ne pouvons plus nous défaire : il est exactement maintenant notre unique milieu de vie »¹⁶⁶. Il situe la technique dans une dimension radicale. De son point de vue, elle « ne se contente pas *d'être*, et, dans notre monde, d'être *le facteur principal* ou déterminant, elle est devenue Système »¹⁶⁷. Il prend acte d'un retournement décisif : l'homme ne vit plus dans un milieu naturel où « l'objet technique, pensé et construit par l'homme ne se borne pas seulement à créer une médiation entre l'homme et la nature : il est un mixte stable d'humain et de naturel, il contient de l'humain et du naturel »¹⁶⁸ ; il vit dans un milieu technique qui « forme un écran continu d'une part et d'autre part un mode généralisé d'intervention »¹⁶⁹. Le milieu est devenu un système dès lors que toute situation est enclose dans une technique.

Selon Ellul, la technique est autonome, « elle s'auto-accroît en suivant sa propre logique. Elle crée des problèmes qu'elle permet de résoudre grâce à de nouvelles techniques. Elle se développe sans aucun contrôle démocratique »¹⁷⁰. À contre-courant Gilbert Simondon relève que « “l'aliénation machinique” est la conséquence d'un mauvais couplage entre l'homme et la

¹⁶⁵ Pierre Bézier est ingénieur de l'école des Arts et Métiers. Alors qu'il débute sa carrière comme simple « ouvrier » dans les usines Renault, il est à l'origine de d'innovations industrielles majeures¹⁶⁵. Convaincu d'apporter des « solutions légitimes » aux difficultés rencontrées par les chefs d'ateliers, il défend la pensée technique. En réponse aux critiques formulées par Georges Friedmann dans « le travail en miettes » qui dénonce le caractère aliénant du travail machinique, Pierre Bézier répond en contestant leur pertinence en y opposant une vision pragmatique : « ces psychologues en chambre [...] ont beau jeu de nous juger comme des brutes qui ne voient le monde qu'au travers de leur rigueur de techniciens ; leur privilège, c'est le droit de se tromper impunément, et les psycho-sociologues [...] comme] le Professeur Friedmann (le Travail en miettes) [...] ne valent pas mieux [...]. Il fondait sa théorie en imaginant quelles seraient ses réactions de Professeur au collège de France s'il devait serrer, jour après jour, des vis de culasse dans la chaîne (de l'atelier) U5. Mes opinions, je les avais élaborées en travaillant de mes mains et en rencontrant constamment les opérateurs des chaînes d'usinage et de montage », A. P. MICHEL, « Pierre Bézier et ses machines-outils, La pensée technique d'un mécanicien en miroir des controverses machinistes de son temps (1920-1980) », *L'Homme & la Société*, 2017, vol. 205, n° 3, p. 153-183.

¹⁶⁶ J. ELLUL, *Le Système technique*, Calmann-Lévy, 1977, Le cherche midi, 2012, p. 54.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 13.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 46.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 8.

machine, qui ne serait pas simplement instrumental, mais la conséquence d'une appréhension essentiellement erronée du phénomène »¹⁷¹. De son point de vue, la technique est pensée et fabriquée par l'homme, elle contient par essence un facteur humain. Cette vision doit cependant être revue à l'aune de l'intelligence artificielle. Interrogé sur les réseaux de neurones, Francis Bach reconnaît que « l'explicabilité des modèles complexes pose un défi. Quand il y a de nombreuses couches de neurones, les structures – les patterns – sur lequel le modèle raisonne n'ont pas de sens pour l'homme »¹⁷². Ainsi la technique divise. Porteuse d'espoir pour certains, aliénation pour d'autres. Cette dichotomie souligne son caractère ambivalent.

51. Dès les années 1980, le scepticisme existe face aux discours enthousiastes et au consensus politique. Ainsi en 1985, la sociologue Anne-Marie Laulan écrit que « la société n'est pas assoiffée d'information et de communication comme l'imaginent ingénieurs et informaticiens »¹⁷³. Elle relève la persistance de ceux-ci à nier la question de l'utilité pour la société¹⁷⁴. Briser ces réticences devient alors un enjeu politique. Ainsi, lors de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Hans-Dietrich Gensher, alors président du Conseil des ministres européen, déclare que « nous ne pourrions entrer dans la course à la technologie, soutenir la concurrence technologique avec les États-Unis et avec les japonais, que si nous parvenons à surmonter notre méfiance vis-à-vis de la technologie méfiance [...]. Si nous jetons l'anathème sur les développements technologiques, notre potentiel ne peut qu'en pâtir »¹⁷⁵.

Dans sa dimension sociale, « la société de l'information et de la communication nous promet mille bénéfices »¹⁷⁶ : partage et échange généralisés du savoir grâce à internet ; décentralisation, transparence et accroissement du caractère participatif de la vie démocratique ; avènement du « village planétaire » théorisé par McLuhan. Pourtant, comme le souligne Laurent Cohen-Tanugi, il y a un envers à ce décor idyllique. Si chaque innovation est supposée répondre à un besoin, apporter une solution à un problème, l'ère numérique comporte des

¹⁷¹ A. P. MICHEL, article précité.

¹⁷² F. BACH, « La performance des réseaux de neurones est assez mystérieuse », *L'Usine nouvelle*, n° 3517, du 25 au 31 mai 2017, p. 32.

¹⁷³ A.-M. LAULAN, « La résistance aux systèmes d'information », *Réseaux*, 1986, vol. 19, n° 4, p. 19.

¹⁷⁴ « S'appuyant sur une psychologie de masse, du type boule de neige, l'idée persiste d'un cheminement spontané de l'entreprise à ses filiales, des chefs d'entreprise aux cadres supérieurs, de sorte que, familiarisés par un usage professionnel de ces outils, ils souhaitent en disposer à domicile dans une version résidentielle. "Il y a dans ce schéma des aprioris fondamentaux sur les besoins de la société en moyens d'information et de communication, et des préjugés tout à fait arbitraires sur son comportement pour les satisfaire". », *ibid.*

¹⁷⁵ F. JARRIGE, *op. cit.*, p. 293.

¹⁷⁶ L. COHEN-TANUGI, *Le nouvel ordre économique*, O. Jacob, 1999., p. 19.

risques pour les valeurs fondamentales de nos sociétés. Le caractère malléable de toute information numérique perturbe les valeurs de vérité et d'authenticité ; la solidarité et l'égalité sont remises en question du fait du risque de la fracture sociale, tant nationale que mondiale, qui peut en résulter ; la vie privée est en danger face aux risques liés à l'exploitation abusive des données à caractère personnel¹⁷⁷.

Aujourd'hui, même si les résistances à la technologie sont plus fortes notamment dans le champ environnemental, elles restent encore assez marginalisées face au puissant discours justifiant la technologie adossée à l'innovation facteur de croissance économique¹⁷⁸. Certains auteurs soulignent la sacralisation des technologies¹⁷⁹. À cette fascination s'ajoute le caractère abstrait des processus qui se soustrait à la perception. Le transport de l'information, les processus de communication sont masqués par une ergonomie numérique ludique. Cette opacité renforce le caractère magique des technologies et en complique la critique. Jacques Ellul considère l'ordinateur comme « une énigme [...] car l'homme est incapable de prévoir quoi que ce soit au sujet de l'influence de l'ordinateur sur la société et sur l'homme. Jamais probablement nous n'avons été en présence d'un appareil aussi ambigu, d'un instrument semblant contenir en lui le meilleur et le pire, et surtout d'un moyen dont nous sommes incapables de scruter les possibilités effectives »¹⁸⁰.

52. La première partie du 21^e siècle s'ouvre sur des crises financière, sociale, climatique, sanitaire. Crise des institutions, de l'emploi, du travail, société frappée d'anomie dirait Émile Durkheim, qui met en tension la société et l'individu. Dans cette longue litanie du monde en crise, un élément se détache comme horizon salvateur : la technique. « À l'heure où les nouvelles technologies de l'information et de la communication façonnent le monde, la technique demeure l'enjeu de discours prophétiques exubérants »¹⁸¹. À l'opposé du spectre se situent les technophobes.

Entre ces deux postures la voie du questionnement est étroite. Dans son ouvrage *Le Système technicien*, Jacques Ellul démontre qu'avec le développement de l'ordinateur, la technique sert

¹⁷⁷ En ce sens : *ibid.*, p. 20.

¹⁷⁸ « En 2014, 1,2 milliards de smartphones ont été vendus dans le monde. Cet objet fétiche s'est imposé en quelques années seulement comme une prothèse indispensable et ses ventes ne cessent de croître, en dépit de son coût élevé et de son terrible impact social et écologique : son bilan carbone est catastrophique, sa durée de vie de plus en plus limitée, ses conditions de fabrication souvent scandaleuses », F. JARRIGE, *op. cit.*, p. 351.

¹⁷⁹ En ce sens : *ibid.*

¹⁸⁰ J. ELLUL, *op. cit.*, pp. 103-104.

¹⁸¹ F. JARRIGE, *op. cit.*, p. 10.

d'interface à toutes les activités humaines acquérant autonomie et spécificité, devenant alors système et réalité globale¹⁸². Cette conception invite à considérer les TIC comme un fait social total agissant sur la construction de la réalité sociale selon la conception de Marcel Mauss¹⁸³. La vie du salarié est alors saisie par les TIC.

4 – La vie du salarié

53. Les progrès technologiques n'ont pas contribué à la disparition des problématiques liées au travail mais plutôt à leur renouvellement. Le travail, qui demeure un marqueur social, continue de rythmer la vie du salarié. Toutefois, l'emprise du temps sur la vie du salarié a changé de nature. À l'ère du numérique, le travail ne se caractérise plus par un temps de travail dont la durée est excessive mais plutôt par un temps de travail, qui malgré une réduction de sa durée, s'est intensifié. De même, l'autonomie acquise n'a pas fait disparaître la subordination. L'ubiquité gagnée a favorisé la localisation du travail en dehors de murs de l'entreprise. *In fine* l'ensemble de ces changements se traduit par une reconfiguration du pouvoir de l'employeur, « d'ordres et de directives, il glisse vers le contrôle et la surveillance »¹⁸⁴.

54. La promotion de l'autonomie et la cyber-surveillance sont deux effets de la technologie sur le travail. L'autonomie est favorisée par « l'organisation des entreprises en réseau et le développement de leur activité sous forme de projet [qui] valorisent la capacité des travailleurs à s'engager, à s'adapter et à s'impliquer individuellement au service de l'entreprise, alors que le monde industriel reposait davantage sur leur abnégation et leur intégration dans un collectif de travail »¹⁸⁵. L'autonomie, qui peut être source de liberté, a aussi pour corolaire la responsabilité. Face à cette autonomie, les entreprises adoptent deux positions radicalement opposées. Soit les relations de travail sont basées sur la confiance et le salarié, en tant que

¹⁸² J. ELLUL, *op. cit.*, p. 37.

¹⁸³ « Le phénomène technique ne présente pas seulement un intérêt en lui-même comme forme spéciale de l'activité sociale et comme forme spécifique de l'activité générale de l'homme. Il présente encore un intérêt au point de vue général. [...] D'abord, [les techniques] sont particulières à une société [...] au point de la caractériser. [...] Les techniques sont donc, comme tous les phénomènes sociaux, par un côté, arbitraires, particulières à la communauté qui les engendre. [...] Instruments et procédé voyagent. [...] Ils sont partout la chose sociale expansive par excellence. M. MAUSS, « Divisions et proportions des divisions de la sociologie », *L'année sociologique*, [en ligne], 1927, pp. 87-173, [consulté le 19 mars 2021].

¹⁸⁴ P. LOKIEC, J. ROCHFELD, « Nouvelle surveillance, nouvelle subordination ? Travail sous *Big Data* : les transformations du pouvoir », in A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, P. LOKIEC, C. WOLMARK (dir.), *À droit ouvert*, Mélanges en l'honneur d'A. LYON-CAEN, Dalloz, 2018, p. 557.

¹⁸⁵ B. GÉNIAUT, article précité.

collaborateur, assume la responsabilité de ses décisions. Soit au contraire, les relations sont basées sur la défiance assortie d'une surveillance accrue et le salarié, à qui il est demandé d'être autonome, est placé, en l'absence de latitude d'action, face à une injonction paradoxale très délétère.

Le deuxième effet notable de la technologie sur le travail concerne les progrès de la surveillance. Pendant l'exécution du contrat de travail, les outils de géolocalisation, vidéo surveillance, badges électroniques permettent une surveillance de plus en plus étroite du salarié. Cette surveillance est encore renforcée par les outils d'évaluation qui conduisent à gouverner le salarié par la donnée. Dès lors, outre le fait que « le salarié est sous le contrôle d'un pouvoir certes diffus, mais omniprésent »¹⁸⁶, cette évolution « oblige à placer la surveillance au cœur de la réflexion sur le pouvoir et la subordination dans les rapports contemporains de travail »¹⁸⁷.

55. Autre effet caractéristique des TIC, la dématérialisation du travail se traduit par un nouveau rapport du corps au travail. Ainsi, tant que le travail est médié par un outil tangible, le travailleur peut en éprouver les limites¹⁸⁸. À l'inverse, le travail médié par les TIC est abstrait ; il induit une « décorporation de l'acte productif »¹⁸⁹. La mobilisation du corps n'est plus aussi évidente et « les limites de notre corps peuvent être dépassées par la dématérialisation de l'activité »¹⁹⁰. Il existe alors un risque de nier les besoins du corps qui sont alors vécus comme des obstacles. Ce changement de perception est susceptible d'avoir des répercussions sur la santé du salarié.

56. Nicole Aubert, qui étudie les effets de la contraction du temps permise par les TIC sur les organisations, montre dans quelle mesure leur « l'hyper-réactivité »¹⁹¹ induite contribue à placer le salarié dans « un régime d'urgence permanent »¹⁹². Aux risques physiques de santé au travail s'ajoutent alors les risques psycho-sociaux.

¹⁸⁶ P. LOKIEC, J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 546.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ « La pratique de travail se vivait comme une sorte de corps-à-corps avec la machine. C'était le boulanger et sa planche à pain ; le maçon et sa truelle ; le maître d'école et son tableau noir », A. DUDÉZERT, *op. cit.*, p. 36.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 37.

¹⁹¹ N. AUBERT, *ibid.*, p. 214.

¹⁹² *Ibid.*

Muni d'un téléphone et d'un ordinateur portables, outils fournis par l'employeur, le salarié a à sa disposition un « bureau permanent relié à un réseau »¹⁹³. Ainsi devenu nomade ; il peut travailler en n'importe quel lieu y compris au domicile du salarié. Cette mobilité acquise, alliée à la pression temporelle, renouvelle les problématiques de santé au travail et de droit au repos.

57. L'emprise des TIC sur le travail s'inscrit également en termes de droit au respect de la vie privée. Grâce à l'informatique et aux outils connectés, le salarié devenu nomade peut travailler en tout lieu, en tout temps le travail, devenu télétravail reprend place dans la sphère domestique. Le télétravail constitutif d'une nouvelle organisation du travail déplace les limites entre la vie professionnelle et la vie personnelle. À l'aide des outils numériques, le 21^e siècle apparaît dès lors comme une remise à plat de tous les espaces, comme une déconstruction des frontières.

58. À la faveur de la crise sanitaire mondiale due au Covid-19, le télétravail s'est imposé comme la réponse à la distanciation sociale nécessaire pour lutter contre la propagation du virus. Mis en œuvre dans un climat d'urgence sanitaire, il a fortement contribué renforcer l'empreinte de la technologie sur le travail. Le caractère volontaire du télétravail, qui constitue le principe, a cédé le pas à l'exception, prévoyant « qu'en cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie »¹⁹⁴ sa mise en œuvre peut être rendue nécessaire pour garantir la continuité de l'activité de l'entreprise et la protection des salariés. L'expérimentation massive du télétravail a été l'occasion de le promouvoir non pas comme projet de vie mais comme mode organisationnel dévolu au pouvoir de direction de l'employeur¹⁹⁵. Alors que le télétravail fondé sur le volontariat renvoie à la « vision d'un salarié "collaborateur autonome et responsable" »¹⁹⁶, le télétravail tel qu'il a été mis en œuvre s'est accompagné d'un regain de surveillance via des outils numériques permettant de suivre l'activité du salarié sur l'écran de l'ordinateur en temps réel.

59. Les TIC à l'origine de la production de données ont permis le développement de la gestion algorithmique du salarié. L'entreprise est un lieu où les possibilités de collectes sont très importantes. Le salarié n'échappe pas à cette mise en données. Lors d'une journée de travail

¹⁹³ *Ibid.*, p. 215.

¹⁹⁴ Article L.1222-11 du Code du travail.

¹⁹⁵ En ce sens : B. GÉNIAUT, « Covid-19 et télétravail », *Dr. soc.*, 2020, p. 607.

¹⁹⁶ *Ibid.*

classique, le salarié pénètre dans l'entreprise à l'aide d'un badge ; il entre dans des locaux soumis à la vidéo surveillance pour des raisons de sécurité ; il déverrouille l'ascenseur toujours grâce à son badge ; il accède à son ordinateur à partir d'un code d'accès ; le serveur informatique enregistre ses connexions internet ou intranet au réseau ; son téléphone et sa voiture sont munis d'un système de géolocalisation... Certains employeurs mettent à la disposition des salariés des montres connectées leur permettant de mesurer la qualité de leur sommeil, suivre leur activité physique, connaître le nombre de calories consommé. Toutes ces informations qui relèvent de la vie privée et de la vie professionnelle du salarié constituent des données à caractère personnel. Les interrogations portent alors sur la mise en œuvre du droit à la protection des données dans un contexte de travail.

III – Définition du cadre de la recherche

60. L'étude de la vie du salarié mise à l'épreuve par les TIC s'inscrit dans un cadre positif (1) qui s'appuie sur une approche interdisciplinaire inhérente au droit du travail (2). Cette réflexion sur la protection du salarié par les droits fondamentaux, qu'il conviendra de délimiter (3), amène à prendre la personne humaine comme « "réfèrent ultime", selon l'expression de Paul Ricœur »¹⁹⁷.

1 – Le cadre choisi pour la recherche

61. Le droit du travail, qui sera le cadre de l'étude de la vie du salarié, est un droit ouvert, marqué par un certain pluralisme juridique. L'étude du droit positif suppose donc la prise en compte de la pluralité des sources du droit du travail. Celle-ci s'opère à trois niveaux.

La sphère des normes européennes et internationales constitue le premier étage de l'ordonnement juridique de ces sources. Le droit international du travail dérive des conventions élaborées au sein de l'Organisation internationale du travail. Créée au sortir de la Première guerre mondiale, l'OIT est la seule institution à avoir survécu à la Seconde Guerre mondiale. Elle affirme qu'« une paix durable ne peut être établie que sur la base de la justice

¹⁹⁷ I. MEYRAT, *Droits fondamentaux et droit du travail*, ANRT, 2004, p. 24.

sociale »¹⁹⁸ et que « le travail n'est pas une marchandise »¹⁹⁹. Ces affirmations constituent le fil directeur de l'action normative de l'OIT. À partir de 1999, la conférence internationale du travail définit l'objectif de l'OIT comme la promotion du travail décent²⁰⁰. La France a ratifié un grand nombre de conventions de l'OIT (127 sur 189). Son régime moniste offre une grande ouverture au droit international qui s'intègre dans l'ordre juridique et devient invocable par le juge qui peut, lors de la mise œuvre du contrôle de conventionalité, écarter une disposition légale contraire au droit international.

Au plan régional, les instruments normatifs démontrent des préoccupations mitigées en matière de protection des droits des salariés soit du fait de leur contenu soit du fait de leur juridicité variable. Il en est ainsi de la Charte sociale européenne adoptée en 1961²⁰¹ et révisée en 1996²⁰² par le Conseil de l'Europe. Elle proclame notamment un droit à la dignité dans le travail²⁰³, un droit à des conditions de travail équitable²⁰⁴, un droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail²⁰⁵. Ratifiée par la France en 1999 dans sa version révisée²⁰⁶, ce traité, ambitieux dans son contenu, n'est cependant pas doté d'un mécanisme juridictionnel de contrôle. Cette faiblesse entrave l'effectivité des décisions rendues par le Comité européen des droits sociaux d'autant plus que les juridictions suprêmes françaises ne s'accordent pas sur la reconnaissance de l'effet direct de la Charte.

À l'inverse, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁰⁷, instrument normatif phare du Conseil de l'Europe, disposant d'une instance juridictionnelle donnant plein effet de ses décisions, contient peu de dispositions relatives au

¹⁹⁸ Constitution de l'OIT, issue de la Partie XIII du Traité de Paix de Versailles signé le 28 juin 1919.

¹⁹⁹ Déclaration concernant les buts et objectifs de l'organisation internationale du travail, CIT, 26^e session, 10 mai 1944, dite Déclaration de Philadelphie.

²⁰⁰ J. SAMAVIA, *Un travail décent*, Rapport du directeur général, BIT, CIT, 87^e session, 1999.

²⁰¹ Conseil de l'Europe, Charte sociale européenne (STE 035), ouverte à la signature à Turin le 18 octobre 1961, entrée en vigueur le 28 février 1965.

²⁰² Conseil de l'Europe, Charte sociale européenne (STE 163), ouverte à la signature à Strasbourg le 3 mai 1996, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1999.

²⁰³ Article 26 de la Charte sociale européenne (révisée).

²⁰⁴ Article 2 de la Charte sociale européenne (révisée).

²⁰⁵ Article 3 de la Charte sociale européenne (révisée).

²⁰⁶ Loi n° 99-174 du mars 1999 autorisant l'approbation de la Charte sociale européenne (révisée), JO du 11 mars 1999.

²⁰⁷ Conseil de l'Europe, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, (STE 005), ouverte à la signature à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, ratifiée par la France le 3 mai 1974 ; Loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973 autorisant la ratification de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, JO du 3 janvier 1974.

droit du travail. Il s'agit de la prohibition du travail forcé²⁰⁸, de la liberté syndicale²⁰⁹ et de la lutte contre les discriminations²¹⁰. Toutefois, « se fondant à juste titre sur le principe d'indivisibilité des droits de l'homme, la Cour interprète aujourd'hui certaines dispositions de la CEDH à la lumière des droits et principes consacrés par la Charte sociale européenne »²¹¹. La Charte des droits sociaux trouve ainsi un regain d'effectivité à la faveur des interprétations dynamiques de la CEDH.

Au stade de l'Union européenne, l'œuvre sociale est en demi-teinte. À titre principal, elle souffre de l'absence d'accord sur un modèle social européen²¹². La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée le 7 décembre 2000²¹³ a valeur contraignante depuis l'adoption du traité de Lisbonne. Elle contient trois volets dont l'un d'entre eux porte sur les droits économiques et sociaux des travailleurs. Le 17 novembre 2017, lors du sommet social, les représentants des institutions européennes, Parlement, Commission et Conseil ont adopté une proclamation interinstitutionnelle sur le socle européen des droits sociaux. Ce texte est une déclaration politique qui n'a pour l'instant qu'une valeur symbolique.

Ces sources constituent le premier niveau d'étude de la recherche. Elles sont complétées par la sphère législative et réglementaire qui représente le deuxième bloc normatif en droit du travail. Le législateur a compétence pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail. Lors du contrôle de constitutionnalité, la loi est soumise à l'examen du bloc de constitutionnalité regroupant la Constitution du 4 octobre 1958, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Ce contrôle a permis au Conseil constitutionnel de dévoiler les droits fondamentaux du salarié. L'étude de ce dévoilement, qualifié de constitutionnalisation du droit, constitue un autre angle de recherche pour mesurer la protection du salarié.

Les normes professionnelles constituent le troisième niveau des sources du droit du travail. Au sein de l'ordonnement juridique propre au droit du travail, elles occupent une place singulière, devenue centrale à la faveur des réformes récentes opérées ces dix dernières années. Si, entre la loi et les normes conventionnelles, le principe de hiérarchie des normes reste

²⁰⁸ Article 4 de la Conv.EDH.

²⁰⁹ Article 11 de la Conv.EDH.

²¹⁰ Article 14 de la Conv.EDH.

²¹¹ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 40.

²¹² En ce sens : *ibid.*, p. 49.

²¹³ JOCE, C 364, 18 décembre 2000, p.1.

affirmé, il est considérablement tempéré par la promotion de la négociation collective qui marque la volonté de relâcher l'emprise étatique sur les entreprises au profit d'une auto-régulation. Ces sources offrent également un angle pertinent d'étude permettant notamment de s'interroger sur l'effectivité des normes.

62. Au sein de ces différentes sources, les droits fondamentaux du salarié sont placés sous la tutelle de l'article L.1121-1 du Code du travail. Leur présence marque le passage « d'une logique de la subordination légitimant les atteintes larges aux droits fondamentaux, à une logique inverse, celle de la liberté, n'autorisant les restrictions aux droits des individus que lorsqu'elles apparaissent strictement justifiées et nécessaires »²¹⁴. Ce changement de logique amène également un renforcement des pouvoirs du salarié²¹⁵. La découverte de « l'homme sous le salarié »²¹⁶, qui a conduit à la reconnaissance des droits fondamentaux du salarié, a constitué une des évolutions les plus marquantes du droit du travail de la fin du 20^e siècle : « le salarié reste y compris dans l'exécution du travail, une personne humaine et un citoyen, donc un homme libre »²¹⁷.

Gregorio Peces-Barba Martines propose une définition des droits fondamentaux en trois dimensions. D'abord les droits fondamentaux sont « une prétention morale justifiée, tendant à faciliter l'autonomie et l'indépendance personnelle, enracinée dans les idées de liberté et d'égalité, que nuancent des concepts tels que la solidarité et la sécurité juridique, et construite par la réflexion rationnelle au cours de l'histoire du monde moderne, avec les contributions successives intégrées de la philosophie morale et de la politique libérale, démocratique et socialiste »²¹⁸. Ils sont ensuite « un sous-système à l'intérieur du système juridique »²¹⁹ supposant une incorporation à une norme juridiquement contraignante afin que le droit soit effectif et susceptible de garantie ou de protection juridique. Enfin, « conditionnés dans leur

²¹⁴ P. ADAM, *op. cit.*, p. 272.

²¹⁵ « La promotion de droits spécifiques reconnus aux salariés vise à satisfaire à un idéal de justice sociale qui passe d'abord par un rééquilibrage des forces en présence [...] », Ch. RADÉ, « L'entreprise et la vie privée du salarié », *Dr. soc.*, 2021, p. 4.

²¹⁶ P. ADAM, *op. cit.*, p. 76.

²¹⁷ Ph. WAQUET, *L'entreprise et libertés du salarié, du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, Ed. Liaisons, 2003, p. 112.

²¹⁸ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, L.G.D.J, 2004, p. 101.

²¹⁹ *Ibid.*

existence par des facteurs extra-juridiques de caractère social, économique et culturel »²²⁰, ils sont « une réalité sociale »²²¹.

Leur effectivité en droit du travail présente une coloration particulière. En effet, autonomie de la personne et subordination du salarié représentent l'irréductible ambivalence du contrat de travail. Toutefois cette ambiguïté « n'est pas tant la marque d'une incohérence, que d'une difficulté à rendre logique ce qui est un jeu de force et de contre-pouvoirs »²²². Elle se dévoile principalement « dans un État de droit présupposant l'égalité de tous les sujets de droit »²²³. Dans ce contexte, les droits fondamentaux du salarié ont une fonction rempart. La question qui se pose est alors celle de savoir si cette fonction est malmenée par les TIC.

2 – La méthode empruntée

63. L'étude de la vie du salarié sous l'angle des droits fondamentaux implique de mobiliser le cadre juridique positif applicable au droit au respect de la vie privée, au droit à la santé et au droit à la protection des données.

Concernant le droit au respect de la vie privée, la subordination inhérente au contrat de travail explique qu'il ait initialement pris corps en dehors du travail. En effet, la Cour de cassation s'est d'abord attachée à protéger le salarié de toute immixtion patronale pendant le temps où il n'était plus sous la subordination de l'employeur²²⁴. Elle a ensuite fait évoluer sa jurisprudence et consacré à partir de 1997 la vie personnelle²²⁵. À partir de 2001, avec l'arrêt *Nikon*²²⁶ la Cour de cassation reconnaît au salarié un droit au respect de la vie privée au travail. Sous l'influence des TIC, les juges ont été amenés à maintes reprises à préciser leur jurisprudence. La dilution des frontières de temps et d'espace issue de l'usage des mêmes outils

²²⁰ *Ibid.*, p. 102.

²²¹ *Ibid.*

²²² I. MEYRAT, *op. cit.*, p. 288.

²²³ *Ibid.*, p. 289.

²²⁴ Sur une clause restrictive du droit au mariage, cass. soc., 7 février 1968, n° 65-40.622, Bull., n° 86 ; sur l'état de prêtre au moment de l'embauche, cass. soc., 17 octobre 1973, n° 72-40.360, Bull., n° 484 ; sur l'homosexualité, cass. soc., 17 avril 1991, n° 90-42.636, Bull. V, n° 201 ; sur l'achat d'un véhicule, cass. soc., 22 janvier 1992, n° 90-42.517, Bull. V, n° 30.

²²⁵ Sur des querelles de voisinage constitutives d'agissements dans la vie personnelle du salarié, cass. soc., 14 mai 1997, n° 94-45.473, Bull. V, n° 175 ; sur la publication dans la presse locale d'une condamnation pénale relevant de la vie personnelle, cass. soc., 16 décembre 1997, n° 95-41.326, Bull. V, n° 441.

²²⁶ Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, Bull. V, n° 291, pour les références, v., *infra* note n° 289.

numériques dans le travail et en dehors de travail conduit à s'interroger sur la pertinence de cette construction prétorienne.

Le droit à la santé au travail²²⁷, deuxième volet de la vie du salarié, est inscrit dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²²⁸, dans la Charte sociale européenne²²⁹ et dans le Préambule de la Constitution de 1946²³⁰. Bien qu'il se distingue du droit de la santé mis en œuvre dans la quatrième partie de la partie législative du Code du travail, il y puise, cependant, son effectivité. À partir de l'analyse du droit de la santé, il est possible de déterminer si les TIC sont identifiées comme facteur de risque et traitées comme tel dans les principes de prévention. La présence des TIC conduit également à s'interroger sur leur influence au regard de l'intensité du travail. Cette interrogation rejaillit alors sur le droit au repos.

En matière des données à caractère personnel, dernier volet de la vie du salarié, il faut chercher, en dehors du droit du travail, le cadre normatif applicable. La question du respect des libertés s'est posée dès les débuts de l'informatique. La loi n° 78-17 du 6 janvier 1978²³¹ dite *Informatique et libertés* fut adoptée en réponse au projet SAFARI (système informatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus). Ce projet, initié en 1973 par le ministère de l'intérieur consistait dans la création d'une base de données des citoyens utilisant le fichier de la sécurité sociale comme identifiant commun. La révélation par le journal *Le Monde* de ce dispositif et le scandale qui suivra sont à l'origine de la loi du 6 janvier 1978. Le législateur, dès l'article 1^{er} de la loi, place le développement de l'informatique sous le contrôle des libertés fondamentales : « L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques. ». Reconnue droit fondamental par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²³², la protection des données à caractère personnel a,

²²⁷ L'expression droit à la santé sera retenue par commodité même si l'expression droit à la protection de la santé est plus conforme à la réalité.

²²⁸ Article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; l'article 31 rattache la santé au droit à des conditions de travail justes et équitables.

²²⁹ Article 3 de la Charte sociale européenne.

²³⁰ Article 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

²³¹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF n° 6 du 7 janvier 1978, p. 227.

²³² Article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

d'abord, donné lieu à une directive²³³, avant de faire l'objet d'un règlement²³⁴, marquant ainsi par ce changement d'instrument normatif la volonté européenne d'harmonisation. Centré sur le consentement des personnes concernées par la collecte et la maîtrise informationnelle des données, ce droit apparaît toutefois difficilement compatible avec la relation de travail fondée sur la subordination.

64. Étudier la protection du salarié dans sa fonction rempart amène à s'intéresser à la matière mais aussi à la manière. Concernant la matière, il s'agit de s'interroger sur la fundamentalité des droits envisagés comme rempart. Disposent-ils d'un caractère fondamental ? Concernant la manière, il s'agit alors s'investiguer la juridicité de ces droits fondamentaux. De quelle manière sont-ils reçus en droit positif ? Sont-ils mobilisables devant les juridictions ?

65. Ces questions sont envisagées sous l'angle positif. Toutefois, ainsi que le soulignaient déjà Jean Rivero et Jean Savatier, « l'étude du droit du travail ne peut rester purement juridique »²³⁵. Droit réceptif aux influences provenant de disciplines connexes²³⁶, le droit du travail invite alors à enrichir l'analyse par la dimension économique, sociologique, psychologique de l'objet d'étude.

Sans trahir la positivité du cadre de la recherche, la sociologie offre au juriste « la possibilité d'une maîtrise dans la connaissance des faits sociaux susceptibles d'agir sur le droit »²³⁷. De grands auteurs tels que Léon Duguit ou Jean Carbonnier se sont inscrits dans cette lignée. Dès les premières lois sociales, le droit du travail laisse apparaître ses racines sociologiques. Les enquêtes des médecins hygiénistes de cette époque ont constitué une source d'influence non négligeable pour le législateur. De cette matière sociale, le droit du travail en tire, selon Max Weber, sa « rationalité matérielle »²³⁸.

²³³ 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, JOCE, C 281, 23 novembre 1995, p. 31.

²³⁴ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JOUE, L 119, 4 mai 2016, p. 1.

²³⁵ J. RIVERO, J. SAVATIER, *Droit du travail*, Presses universitaires de France, 1956, 1987, p. 66.

²³⁶ En ce sens : G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 33^e éd., 2020, pp. 6-7.

²³⁷ J. COMMAILLE, « Un nouvel horizon pour la recherche en droit et sur le droit », in *Un droit en perpétuel mouvement*, Mélanges offerts à G. PIGNARRE, p. 267.

²³⁸ T. SACHS, *La raison économie en droit du travail, Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, L.G.D.J., 2013, p. 15.

Ancré socialement, le droit du travail n'en est pas moins poreux à l'économie. Si ces disciplines sont certes autonomes, « leur cloisonnement [...] s'effrite sous l'effet [...] des évolutions du droit positif et de l'extension du domaine du savoir économique »²³⁹. La Cour de cassation n'est d'ailleurs pas hermétique à une approche économique²⁴⁰. La notion d'unité économique et sociale en témoigne. Fruit d'une construction d'origine prétorienne, elle vise à dévoiler « la réalité économique et sociale d'une seule et même entreprise »²⁴¹. De même, le contrôle de proportionnalité représente un autre exemple par lequel le juge peut pénétrer la dimension économique de l'entreprise.

Dialogue entre les disciplines autant qu'outil de compréhension, l'interdisciplinarité en droit du travail apparaît aussi incontournable qu'enrichissante. Par le pas de côté qu'elle autorise, elle fertilise ainsi la recherche dans le champ académique du droit.

3 – La délimitation du champ de la recherche

66. Étudier la vie du salarié saisie par les TIC nécessite de délimiter le champ de la recherche.

Le droit du travail étant le cadre de recherche déterminé, l'étude portera sur le salarié au sens juridique du terme, c'est-à-dire à l'exclusion des travailleurs indépendants. Toutefois, les transformations du travail induites par les plateformes numériques imposent d'élargir la réflexion pour y intégrer les enjeux.

Quant aux TIC, elles regroupent « les techniques utilisées dans l'informatique, Internet ou les télécommunications »²⁴². Un large éventail d'outils et de moyens parfois très différents est regroupé sous cette terminologie. Tous ces outils « ont en commun de produire, transformer ou échanger de l'information grâce à des composants électroniques »²⁴³. Le développement sans précédent des innovations technologiques appelle à les appréhender au sens large. Dans cette perspective, les algorithmes, l'intelligence artificielle, les objets connectés, qui sont des technologies basées sur la collecte et le traitement d'informations, seront également envisagés. Ainsi que le souligne le Conseil d'État, les TIC ne se résument pas à une simple

²³⁹ *Ibid.*, p. 5.

²⁴⁰ V., en ce sens : G. CANIVET, « L'approche économique du droit par la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.*, 2005, p. 951.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² Centre d'analyse stratégique, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, La Documentation française, 2012, p. 9.

²⁴³ *Ibid.*

innovation ; elles constituent « une série de mutation technologiques faisant système »²⁴⁴ entraînant « de profondes transformations économiques et sociales dans l'ensemble des activités humaines »²⁴⁵.

IV – Problématique et plan

67. Alors qu'elles constituent un puissant vecteur de transformations de la société, les TIC ne sont saisies par le droit que de manière éclatée. Le droit du numérique est étudié dans les facultés de droit ; toutefois il ne s'agit pas d'une branche du droit et les dispositions qui s'y réfèrent sont soit dispersées dans plusieurs codes²⁴⁶ soit non codifiées²⁴⁷. Le même constat vaut pour le droit du travail qui ne saisit que très partiellement les TIC malgré les profondes mutations qu'elles opèrent sur le travail.

68. Au sein de l'entreprise, les TIC recomposent l'équilibre des pouvoirs résultant de la promotion de la protection de la personne au travail²⁴⁸. Cette construction avait débuté au 19^e siècle en réponse à la « volonté de rompre avec le libéralisme du Code civil »²⁴⁹ alors que les principes d'autonomie de la volonté et d'équilibre entre les parties, apparaissent impropres à régir les relations entre employeurs et ouvriers. Le contrat de louage prévu par le Code civil²⁵⁰ ayant atteint ses limites, il en résultait « un décalage entre droit et réalité sociale, entre normes positives et justice, tel que la crédibilité de la norme est en cause »²⁵¹. Au 21^e siècle, l'entreprise en réseau transcende les frontières, abolit le temps et l'espace produisant, dans cette lignée, les mêmes effets sur le travail. S'extraire de l'espace-temps est la marque des TIC. Ce trait

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 42.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 41.

²⁴⁶ Sans prétendre à l'exhaustivité : le commerce en ligne est traité par le Code du commerce ; le Code de la protection intellectuelle vise les créations numériques, la protection au titre des droits d'auteur et au titre du droit sui generis pour les bases de données ; la cybersécurité met en jeu le Code civil (pour la preuve électronique), le Code pénal, le Code de la défense ; les opérateurs de téléphonie, hébergeurs de contenus sont visés par le Code des postes et télécommunication.

²⁴⁷ Il en est ainsi pour la protection des données à caractère personnel.

²⁴⁸ « Dans cette lutte pour le rétablissement d'un certain équilibre dans une relation originellement déséquilibrée, l'affirmation, la promotion et la défense effective des droits fondamentaux des salariés a constitué une étape décisive [...] », Ch. RADÉ, article précité.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ Article 1779 du Code civil.

²⁵¹ J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 161.

marquant se répercute sur la vie dont le cadre s'inscrit dans un temps géographiquement situé. Il rejaillit également sur le droit positif qui est le droit applicable sur un territoire donné à un moment donné. Alors que la révolution industrielle à l'origine des mutations sur le travail a conduit aux premières lois du travail, la révolution numérique appelle, à son tour, une refondation du cadre normatif en réponse aux transformations qu'elle induit, afin notamment, de préserver la fonction de protection de la personne au travail « inscrite dans l'ADN du droit du travail depuis ses origines et [qui] continue encore à le caractériser essentiellement »²⁵².

Ce faisant, le cadre normatif construit pour un travail fixe dans une entreprise ancrée dans un territoire se trouve dépassé. S'interroger sur l'obsolescence du cadre juridique consiste à investiguer sa pertinence et son effectivité. Le Conseil d'État dans son rapport portant sur *Le numérique et les droits fondamentaux* note que « les interrogations sur la pertinence du régime juridique des droits fondamentaux se succèdent au même rythme que celui des innovations dont le numérique est porteur. Réseaux sociaux, internet mobile, transition de l'audiovisuel vers internet, informatique en nuage, géolocalisation, reconnaissance faciale, *Big Data*, objets connectés, intelligence artificielle, robots : tous ces phénomènes, inexistant il y a encore quelques années, s'accompagnent de questions sur l'applicabilité de concepts juridiques élaborés avant leur apparition et sur l'effectivité des instruments dont dispose la puissance publique »²⁵³.

69. La protection de la vie du salarié saisie par les TIC pose deux questions principales : celle de la robustesse du système juridique face au système technique et celle de l'équilibre des rapports sociaux à l'intérieur de l'entreprise. Elles se déclinent en une série d'interrogations se situant sur le plan des droits fondamentaux. Qu'est-ce que le droit au respect de la vie privée dans un contexte de travail où la frontière de temps et de lieu est abolie ? Quelle en est la pertinence ? Que vaut le droit à la santé face à un régime d'urgence au travail ? À ces questions s'en ajoute une autre, un pur produit des TIC : quel droit à la protection des données pour le salarié ?

L'analyse du corpus de protection au regard des mutations de la vie du salarié saisie par les TIC permet d'en éprouver la solidité. Dans cette mise à l'épreuve, le critère d'effectivité de la norme peut servir de guide. Il convient toutefois de bien le préciser car la notion d'effectivité est marquée par des divergences doctrinales notamment dues à la proximité de notions telles

²⁵² Ch. RADÉ, article précité.

²⁵³ Conseil d'État, Rapport précité, p. 153.

que l'efficacité ou l'efficience²⁵⁴. L'effectivité renvoie à la finalité de la norme, aux objectifs à atteindre. L'efficacité mesure la distance entre les effets recherchés et les effets obtenus. L'efficience réfère à la science économique. Elle mesure l'effectivité non pas seulement au regard des finalités mais également au regard des moyens affectés en utilisant « des calculs de type coût/utilité par lesquels on tente de mesurer le rapport entre les moyens affectés et les fins poursuivies »²⁵⁵. Pour une norme juridique, un déficit d'effectivité peut avoir une origine formelle. La source de la norme ne garantit pas une effectivité parce qu'elle n'est pas invocable devant les juridictions ou parce que les juridictions ne lui reconnaissent pas d'effet direct. Le défaut d'effectivité peut aussi être d'origine matérielle. Le manque de clarté, le faible niveau de précision de la norme peuvent être des justifications à une faible effectivité. Des facteurs externes à l'ordre juridique, telles que les conditions socio-économiques²⁵⁶, peuvent favoriser ou à l'inverse, entraver l'effectivité d'une norme. La capacité à produire des effets est un facteur décisif pour la légitimité d'une norme. Analyser l'impact des TIC sur la vie du salarié et sur le cadre juridique existant permet de vérifier l'ampleur du phénomène et d'investiguer la robustesse du cadre juridique (Partie 1).

70. Comprendre les ressorts qui fragilisent le rempart élevé par les des droits fondamentaux est un prérequis pour faire émerger de nouvelles réponses juridiques. Mettre en lumière les fragilités du cadre normatif invite à réfléchir à des réponses normatives renforcées. Il s'agit, alors, selon les termes de Benjamin Dabosville et de Quentin Urban de « préserver l'imagination normative en droit du travail »²⁵⁷. Pour les auteurs « l'imagination²⁵⁸ est au cœur de toute législation sociale », « non seulement parce que [le droit du travail] suppose une

²⁵⁴ En ce sens : V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris 10, 2008, pp. 12-13.

²⁵⁵ T. GRÜNDLER, « Effectivité, efficacité, efficience. L'exemple du "droit à la santé" », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), *op. cit.*, p. 38.

²⁵⁶ « Comme le résume Norberto Bobbio, "pour la réalisation des droits de l'homme, certaines conditions objectives sont nécessaires ; celles-ci ne dépendent ni de la bonne volonté de ceux qui les ont proclamés, ni des bonnes dispositions de ceux qui détiennent les moyens pour les protéger [...] Il ne suffit pas de fonder ni de proclamer un [...] droit. Le problème de sa mise en œuvre n'est un problème ni philosophique, ni 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 [...]. En d'autres termes, la question de l'effectivité des droits ne peut faire abstraction des conditions socio-économiques dans lesquelles les droits sont proclamés », *ibid.*, p. 22.

²⁵⁷ B. DABOSVILLE, Q. URBAN, « Préserver l'imagination normative en droit du travail. », in A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, P. LOKIEC, C. WOLMARK (dir.), *op. cit.*, p. 239.

²⁵⁸ « [L'imagination] comporte deux composantes. L'imagination reproductrice est la capacité de se faire une image exacte de la réalité, tandis que l'imagination créatrice est la faculté de créer des images nouvelles et partant, des idées originales », *ibid.*, p. 240.

représentation aussi juste que possible des rapports sociaux qui se nouent au sein de l'entreprise entre les membres de la communauté de travail ou entre employeur et salarié, mais aussi et surtout parce que le droit du travail a pour ambition de modeler cette réalité selon ses valeurs »²⁵⁹.

La double composante, sociale et économique, du droit du travail en fait un droit de l'équilibre dont le curseur est mouvant. Renforcer le cadre juridique mis à mal par l'emprise des TIC sur la vie du salarié sous-tend de revitaliser la dimension sociale. Le souci de réalisme impose de tenir compte de la dimension économique du droit du travail ; toutefois le réalisme ne se réduit pas au réalisme économique. La force du discours économique contient le risque de ravalier le droit du travail à une simple boîte à outil au service de la performance économique des entreprises.

Les profondes mutations que subit la vie du salarié nécessitent un effort d'imagination normative. Il s'agit d'abord de repenser l'édifice vie privée, personnelle, familiale dont les frontières avec le travail sont sapées. Si renforcer encore la sphère de « non travail » apparaît être une piste « naturelle » consistant à regarder du côté de la vie privée ; une autre piste consistant à regarder du côté du travail afin d'en contenir les débordements mérite d'être explorée. Ce changement de focale n'invalide pas la protection de la vie privée mais ouvre d'autres perceptives. Il s'agit ensuite d'encadrer le mouvement de transformations du travail lié au contexte technologique. Le renforcement du cadre juridique de la santé au travail et l'inscription des dispositions spécifiques propres à garantir le droit à la protection des données personnel au travail s'imposent. Travail, vie, santé forment un tout qui compose la personne au travail. *In fine*, l'étude de la vie du salarié et de l'emprise des TIC amène à saisir la personne au travail dans sa globalité. (Partie 2).

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 241.

Partie 1

L'influence manifeste des TIC sur les droits fondamentaux du salarié

71. Les TIC imprègnent la vie personnelle et professionnelle du salarié. Elles ont d'abord influencé les méthodes de travail en fournissant de nouveaux outils au salarié : téléphones, ordinateurs, objets connectés. Ces outils fournis par l'employeur pouvant être utilisés indifféremment à des fins professionnelles ou personnelles ont également modifié les comportements. Ainsi, la connexion internet permet au salarié de travailler en tout temps et tout lieu. La vidéo-conférence lui permet notamment de rester à domicile tout en étant présent à une réunion de travail. Le travail devient possible au domicile du salarié, siège de sa vie privée. Alors que la construction de la vie privée a nécessité l'appropriation d'espace fermé ayant valeur de refuge où l'individu se soustrait au regard du groupe, les TIC recomposent cet espace dans lequel le travail retrouve une place.

À l'inverse, les TIC permettent l'entrée de la vie privée sur le lieu de travail. L'interpénétration qui en résulte amène à douter de l'existence de la partition entre vie privée et professionnelle. Si les TIC redéfinissent le rapport à la vie privée, elles interfèrent aussi sur le rapport au temps. Source d'un nouveau rythme, elles sont aussi à l'origine de l'intensification du travail du temps, facteur de dégradation de la santé du salarié. Explorer le droit à la vie privée et le droit à la protection de la santé revient à investiguer les différentes facettes d'une même question : dans quelle mesure l'emprise des TIC sur le travail rejaillit-elle sur la protection de la vie du salarié (Titre 1) ?

72. À côté de ces droits dits « classiques », le droit à la protection des données a émergé sous l'influence des TIC. La société de l'information crée une valeur bien spécifique qui est la donnée²⁶⁰ à partir de laquelle s'est développée l'économie de la donnée nommée « data-capitalisme »²⁶¹ selon les termes de Bruno Patino. Cette économie qui a pour particularité de

²⁶⁰ « Les données personnelles ont souvent été comparées au pétrole de cette économie à venir, nécessaire à toute production, et accordant une richesse inégalée à ceux qui sont capables à la fois de les détenir, et de les “raffiner” en les transformant en algorithmes. », B. PATINO, *op. cit.*, p. 62.

²⁶¹ *Ibid.*

mêler commerce et vie privée fait peser sur les libertés individuelles des enjeux renouvelés. Dès lors, la massification de la collecte des données à laquelle s'ajoute la marchandisation de la vie privée²⁶² sont à l'origine du renforcement du cadre juridique. Toutefois ce renforcement visant à garantir aux individus la maîtrise informationnelle des données collectées les concernant est fondé sur l'autonomie et le consentement. Ne prenant pas en considération les particularités de la relation salariale il apparaît peu effectif pour le salarié (Titre 2).

²⁶² « Dans les années 1950 et 1960 on avait une vision plus humaniste des notions d'intimité et de vie privée. C'était un besoin vital, comme l'eau ou l'air. L'autonomie et l'anonymat faisaient partie intégrante de notre environnement et de notre écologie : ils étaient des ingrédients essentiels à l'épanouissement de l'être humain. Il nous fallait une chambre à soi, un espace pour réfléchir et expérimenter, un lieu où notre tranquillité était respectée. On leur accordait une valeur plus spirituelle et plus poétique. Avec la marchandisation croissante des biens, la vie privée s'est elle-même transformée en produit susceptible d'être échangé, acheté ou vendu. [...] Après une période marquée par l'idée d'une protection "pénombrale", indispensable à la vie humaine, s'est imposée une vision assurément contemporaine de la vie privée comme bien de consommation. », B.E. HARCOURT, *La société d'exposition, Désir et désobéissance à l'ère numérique*, Seuil, 2020, p.151.

Titre 1

La vie privée et la santé du salarié à l'épreuve des TIC : une protection en recul

73. Le droit s'est d'abord attaché à protéger le corps de l'ouvrier faisant de la préservation de la santé une des clés de voute du droit du travail. Les premières lois sociales sur l'accident du travail, la réduction du temps de travail, l'interdiction du travail des enfants en sont l'illustration. Alors que la législation initiale a pour objet la réparation du dommage consécutive aux accidents du travail, elle évolue progressivement vers une logique de prévention. L'intégration de dispositifs et de processus de sécurité en amont vise à préserver la santé dans sa dimension tant physique que mentale. L'aspect psychique de la santé amène alors à s'intéresser à la prise en compte de la qualité de vie au travail. Jacques Le Goff souligne qu'« il était dans la logique du processus de protection de s'élargir par cercles concentriques , à cette dimension du *bien-être au travail* »²⁶³. Ainsi, « le monde industriel a désormais affaire à l'homme, à tout l'homme et au tout de l'homme »²⁶⁴ et cette évolution montre une préoccupation et une volonté sans cesse renouvelées de garantir un niveau d'exigence élevé en matière de santé au travail.

74. Si la protection de la santé est une préoccupation qui apparait très tôt en droit du travail, l'apparition du droit au respect de la vie privée est plus tardive. À partir des années 1970 et dans le sillage de l'article 9 du Code civil, la Cour de cassation esquisse un droit pour le salarié à une vie extra-professionnelle. La jurisprudence reste cependant fluctuante jusque dans les années 1990, date à partir de laquelle la construction prétorienne du droit à la vie privée et personnelle marque un pas décisif. En 1991 d'abord avec l'affaire dite « du sacristain homosexuel »²⁶⁵ puis en 1992 avec l'arrêt « Roissard »²⁶⁶, la Cour de cassation affirme le droit

²⁶³ J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 387.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ Cass. soc., 17 avril 1991, n° 90-42636, Bull. 1991, V, n° 201, *Dr. soc.* 1991. 485, J. Savatier ; *RTD civ.* 1991. 706, obs. J. Hauser ; *JCP* 1991. 724, note A. Sériaux, *Dr. ouvr.* 1991. 201, note P. Bouaziz, *RJS* 1991 n° 558.

²⁶⁶ Cass. soc., 22 janvier 1992, n° 90-42517, Bull. 1992, V, n° 30.

pour le salarié au respect de sa vie privée. Elle érige ainsi une frontière protégeant le salarié de toute immixtion de la part de l'employeur faisant montre d'une vision spatiale de la vie privée, prise comme un espace refuge.

75. Ce sont précisément ces acquis pour lesquels, sous l'influence des TIC, il est possible de parler de recul après une période de conquête. Jean-Denis Combrexelle en livre une illustration lorsqu'il se réfère au talent de Jacques Tati pour brosser « ces scènes matinales dans les salles embarquement des aéroports ou les couloirs du TGV avec des cadres accaparés par portable et leur "iPhone" passant de la "nounou" des enfants qui n'est pas encore arrivée, à l'organisation du déplacement professionnel puis à la stratégie commerciale de l'entreprise, en passant par l'ado qui a oublié ses baskets pour le cours de gym ou les instructions au subordonné pendant le déplacement »²⁶⁷. Cette description offre deux niveaux de lecture. D'une part, elle met en lumière l'imbrication de la vie privée et professionnelle permise par l'usage des TIC qui met en tension la protection du droit au respect de la vie privée (Chapitre 1). D'autre part, elle illustre également la situation de stress résultant du fait d'être disponible en tout temps et pour tout domaine se répercutant sur le droit à la protection de la santé au travail (Chapitre 2).

²⁶⁷ J.-D. COMBREXELLE, « Vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.*, 2010, p. 12.

Chapitre 1

Le respect de la vie privée du salarié à l'épreuve des TIC : un droit en tension

76. L'individu exerce sa vie privée à la fois dans un espace protégé par un mur, « la chambre à soi » et dans un espace psychique, « le for intérieur ». Dans cette double dimension, la vie privée a valeur de secret. Elle représente ce que l'individu choisit de ne pas dévoiler. Or, les TIC mettent en tension cet aspect de la vie privée. D'une part, elles favorisent l'exercice de la vie privée de même que le dévoilement de sa part secrète et, d'autre part, elles décuplent les risques de surveillance.

77. En entreprise, cette tension s'explique par l'utilisation grandissante des TIC par de nombreux salariés. Une étude réalisée en 2012 par le Centre d'analyse stratégique, à la demande du Premier ministre²⁶⁸ distingue trois types d'utilisateurs des TIC parmi les salariés : les salariés utilisant un matériel informatique « traditionnel » tel que le micro-ordinateur, les salariés utilisant une connexion internet et la messagerie électronique, les salariés utilisant téléphone mobile, tablette, réseaux sociaux. La crise sanitaire mondiale en 2020 a donné le très puissant coup d'accélérateur aux développements des TIC projetant une lumière directe sur les usages numériques.

Le développement des outils numériques est à la source de nouveaux usages. La messagerie électronique permet de communiquer instantanément avec plusieurs interlocuteurs qui peuvent être situés dans différents lieux. Grâce à la connexion internet, le travail peut s'exercer en tout lieu et tout temps. A l'inverse, le salarié peut envoyer des messages électroniques personnels, se connecter sur les réseaux sociaux ou « surfer » sur internet pour des raisons personnelles. Dans leur essai sur *La condition numérique*, Jean-François Fogel et Bruno Patino analysent cet état de fait : « nous sommes entrés, de plein gré dans une époque neuve et qui ne laisse aucun répit : le temps de la connexion permanente »²⁶⁹. La mise en œuvre massive du télétravail en réponse à la pandémie de Covid-19 est également vectrice de nouvelles pratiques.

²⁶⁸ Centre d'analyse stratégique, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, rapport précité.

²⁶⁹ J-F FOGEL, B. PATINO, *op. cit.*, p. 9.

78. Reconnues comme étant « l'un des principaux facteurs de la confusion grandissante entre vie professionnelle/vie personnelle d'aujourd'hui »²⁷⁰ les TIC imposent à la Cour de cassation la recherche de nouveaux équilibres « prenant en considération les apports bénéfiques des nouvelles technologies tout en s'efforçant de préserver les travailleurs des excès de ces dernières et notamment des atteintes à la liberté et à la dignité »²⁷¹. En effet, facilitant la circulation de l'information et la communication, l'usage de ces outils se répercutent sur les relations interpersonnelles. Pour le salarié, d'une part, ces répercussions se matérialisent par l'interpénétration des sphères professionnelle et privée (Section 1).

79. Pour l'employeur, d'autre part, la surveillance intégrée aux outils numériques (téléphone, ordinateur, objet connecté), acquiert un caractère nomade qui lui permet de pénétrer la vie privée dans sa dimension physique. Par son caractère virtuel, elle affecte également la dimension psychique de la vie privée. Alors que l'utilisation des TIC a pour effet de décupler les facultés de surveillance, les risques pesant sur le droit des personnes apparaissent en pleine lumière. Ainsi comme le souligne Pierre Sirinelli, si « la transparence semble, dans la surveillance des salariés, devoir être la règle, [...] certains modes de surveillance peuvent en effet avoir un impact tel sur la vie privée qu'ils ne peuvent être employés en raison du caractère disproportionné de l'atteinte portée à cette liberté fondamentale »²⁷². Dès lors, cette faculté d'immixtion accrue, résultant des TIC, que la Cour de cassation s'efforce d'encadrer, pose en filigrane la question du pouvoir de l'employeur dans le cadre de la subordination. (Section 2).

²⁷⁰ J.-E. RAY, J.-P. BOUCHET, « Vie professionnelle, vie personnelle et TIC », *Dr. soc.*, 2010, p. 44.

²⁷¹ COUR DE CASSATION, *L'innovation technologique*, Rapport annuel 2005, La Documentation française, 2006, p. 48.

²⁷² *Ibid.*

Section 1 - Le droit au respect de la vie privée du salarié face aux TIC : une protection en question

80. Dans la construction d'un espace laissant place à la vie privée, le travail joue un rôle déterminant. En d'autres termes, il faut que le travail s'exerce dans un espace différencié pour qu'advienne un espace dédié à la vie privée. Historiquement, le travail structure la vie du travailleur²⁷³ ; non seulement le travail est intégré à la sphère privée mais il l'absorbe complètement. « La vie et le travail se confondent »²⁷⁴ et le plus souvent les logements sont si exigus que « la confusion du travail et de la vie domestique se traduit par une indifférenciation de l'espace »²⁷⁵ au profit du travail qui envahit l'espace familial.

81. Par un mouvement inverse, l'organisation du travail à partir du modèle industriel, construit sur une unité de temps et de lieu, trace une frontière étanche entre le temps consacré au travail à l'usine et le temps en dehors de l'usine. Par ce processus de différenciation des espaces, la vie privée se construit par opposition au travail²⁷⁶. À cette organisation qui favorise la dissociation des temps de vie, s'ajoute le « désir de limiter le temps consacré au travail : quand on travaille en usine, on sait quand le travail s'arrête »²⁷⁷. Travailler à l'usine, « c'est aussi être pleinement chez soi quand on y est »²⁷⁸. Accompagnant ces nouvelles aspirations, les premières lois relatives à la réduction du temps de travail favorisent l'avènement de la notion de vie privée²⁷⁹.

²⁷³ En ce sens : J.-D. COMBEXELLE, article précité.

²⁷⁴ A. PROST, *op. cit.*, p. 22.

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ En ce sens : A. PROST, *op. cit.*, p. 29.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 23.

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ « Dans l'automobile, par exemple, le constructeur Louis Renault écrit une note le 25 janvier 1919 où il déclare : "Les journées courtes sont, à juste titre, à l'ordre du jour. Nous devons tous être partisans de la journée courte car si les ouvriers se trouvent dans des conditions physiques et morales satisfaisantes, ils peuvent, si la journée est réduite, si le travail est organisé, produire autant qu'avec la longue journée, mais, bien entendu, à la condition que la réduction des heures de travail ait pour bénéfice une amélioration des conditions physiques et morales de la vie de l'ouvrier, situation qui est à créer en France, et qui existe en Amérique et en Allemagne". La contrepartie est "l'organisation de la production intensive, c'est-à-dire un maximum de production dans le minimum de temps avec le minimum d'efforts". Elle implique que "le patron modifie ses usines" et que "l'État crée des organisations nouvelles permettant d'assurer à l'ouvrier une vie dans des conditions plus hygiéniques, afin de lui permettre de faire l'effort demandé, de se créer des occupations et de prendre un intérêt dans la vie, de se créer un foyer, de lui permettre d'espérer acquérir lui-même sa maison et d'organiser sa vie". Temps de travail, productivité et vie privée seraient ainsi fédérés ou intégrés grâce à un rôle élargi de l'État. Dans ces conditions, "on peut espérer qu'il serait

82. À la séparation des espaces et des temps, issue de la révolution industrielle, se succède, à l'ère numérique, leur intrication. Si bien que l'observation, sur le temps long de ces deux époques, dévoile un retour en arrière. Le développement de l'internet à haut débit, des téléphones portables, est à l'origine ce mouvement d'interpénétration qualifié par Jean-Emmanuel Ray²⁸⁰ « d'évasion du bureau » et « d'invasion de la vie privée et familiale par le travail ».

Ainsi, les TIC produisent un double effet sur la vie du salarié. Elles contribuent, d'une part, à l'entrée de la vie privée dans l'entreprise du fait de l'usage par le salarié, à des fins personnelles, des outils numériques mis à sa disposition par l'employeur et, d'autre part, à la pénétration du travail dans la vie privée grâce au caractère nomade des TIC permettant au salarié de travailler en tout lieu y compris à son domicile, siège de la vie privée. De fait, cette faculté de communiquer « en tout lieu » entraîne un recul des espaces initialement dédiés à la vie privée.

Alors que la vie privée s'est construite grâce à la définition d'un espace dédié, cette interpénétration a conduit le législateur et le juge à une recherche d'équilibre entre la protection de la vie privée de l'individu au travail et les intérêts de l'entreprise, laquelle trouve son illustration dans la construction prétorienne de la protection de la vie privée du salarié au travail (§1) et dans les dispositions relatives à l'organisation du télétravail (§2).

possible, sans perdre de temps, d'arriver, dans un délai de deux ans, à la journée de 8 heures, tout en ayant non pas réduit la production mais en l'ayant intensifiée même" », P. FRIDENSON, « La multiplicité des processus de réduction de la durée du travail de 1814 à 1932 : négociations, luttes, textes et pratiques », in P. FRIDENSON, B. REYNAUD (dir.), *La France et le temps de travail (1814-2004)*, O. Jacob, 2004, p. 79.

²⁸⁰ J.-E. RAY, J.-P. BOUCHET, article précité.

§1 – Le droit au respect de la vie privée du salarié : une recherche prétorienne d'équilibre

83. Fruit d'une construction prétorienne, le droit à la vie privée du salarié est marqué par deux périodes.

Un premier temps a d'abord consisté à protéger du regard de l'employeur les faits sans lien avec l'activité professionnelle. Ce qui se passe hors des murs de l'entreprise relève de la vie privée et doit être soustrait au regard de l'employeur²⁸¹. Il s'agit alors de protéger le salarié contre les immixtions de l'employeur dans sa vie privée.

Dans un second temps, à partir des années 2000, l'introduction des TIC dans l'entreprise a eu pour effet de faire entrer la vie privée dans l'entreprise. La question s'est alors posée de savoir si le salarié a droit au respect de sa vie privée au sein de l'entreprise. En d'autres termes, l'exercice du contrôle de l'employeur est-il légitime du seul fait qu'il s'exerce au sein de l'entreprise. Pour Philippe Waquet « il s'agit de reconnaître que le salarié malgré le lien de subordination, conserve une part d'autonomie et de liberté »²⁸². Autrement dit, il s'agit de considérer l'homme derrière le salarié et de protéger le secret de la vie privée contre les immixtions de l'employeur y compris dans le cadre de la subordination.

Ce droit a d'abord fait l'objet d'une reconnaissance de principe par les juridictions (A) ; puis par un mouvement inversement proportionnel à la montée en puissance des TIC dans l'entreprise l'exercice de ce droit a été marqué de nombreux tempéraments au fil des décisions de justice (B).

²⁸¹ Cass. soc., 17 avril. 1991, arrêt précité ; Cass. soc., 22 janvier 1992, arrêt précité.

²⁸² Ph. WAQUET, « Vie personnelle, vie professionnelle », *CSBP*, 1994, n° 64, p. 289.

A – La reconnaissance prétorienne du droit au respect de la vie privée au travail

84. Au regard des TIC la reconnaissance du droit au respect de la vie privée pour le salarié trouve sa source à la fois dans les arrêts de la Cour de cassation (1) et dans les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (2).

1 – Le droit au respect de la vie privée reconnu par la Cour de cassation : l'arrêt Nikon

85. Selon Pierre-Yves Gautier la vie privée est « la faculté d'exiger d'autrui un devoir d'abstention : “ laissez-moi tranquille ”²⁸³ »²⁸⁴. Or, dans l'entreprise qui est un lieu clos à l'intérieur duquel le salarié est placé sous la subordination de l'employeur pendant son temps de travail, la reconnaissance d'un droit au respect de la vie privée n'est pas une évidence. Pourtant, à l'occasion d'un litige portant sur l'usage de l'outil informatique, l'arrêt *Nikon* du 2 octobre 2001²⁸⁵ va reconnaître le droit au respect de la vie privée du salarié au temps et au lieu de travail.

Dans cette affaire, un ingénieur engagé par la société Nikon est suspecté d'avoir divulgué des informations confidentielles à une société concurrente. L'employeur obtient confirmation de ses soupçons après le contrôle de l'outil informatique mis à la disposition du salarié et licencie ce dernier « pour faute grave, motif pris, notamment, d'un usage à des fins personnelles du matériel mis à sa disposition par la société à des fins professionnelles »²⁸⁶. La Cour d'appel de Paris valide le licenciement retenant que « le salarié avait entretenu pendant ses heures de travail une activité parallèle ». Pour fonder son analyse, elle accueille les preuves que « l'employeur avait découvertes en consultant l'ordinateur mis à la disposition de M. X... par la société et comportant un fichier intitulé “personnel” ». Son arrêt est cassé au visa de « l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 9 du Code civil, l'article 9 du nouveau Code de procédure civile et l'article L.120-2 du Code du travail ». La Cour de cassation affirme que « le salarié a droit,

²⁸³ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les personnes*, 21^e éd., PUF, 2000, n° 87 in P.-Y. GAUTIER, « La preuve hors la loi, ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la “vie privée” des salariés », *D.*, 2001, p. 3148.

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ Cass. Soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, *Nikon* ; *D.* 2001. 3148, note P.-Y. Gautier ; *ibid.* 3286. interview P. Langlois ; 2002. 2296, obs. C. Caron ; *Dr. soc.* 2001. 915, obs. J.-E. Ray ; *ibid.* 2002. 84, étude A. Mole ; *RTD civ.* 2002. 72, obs. J. Hauser ; *RJS* 2001 n° 948 ; *JCP E* 2001. 1918, note Puigelier ; *Sem. soc. Lamy* 2001, n° 1045, p. 6, concl. Kehrig ; *ibid.* n° 1046, p. 8, comm. G. Lyon-Caen et entretien A. Mole.

²⁸⁶ *Ibid.*

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 ».

86. Par l'arrêt *Nikon*, la Cour de cassation ouvre l'exercice de la vie privée au lieu de travail. En cela, elle procède à un élargissement du domaine d'exercice de la vie privée et confère au salarié le droit de conserver une part tenue secrète.

Par cette décision, la Cour de cassation a fait siennes les conclusions de l'avocat général M. Kehrig. De son point de vue, « s'il est ainsi possible à l'employeur, sous ces réserves, de contrôler et surveiller l'activité de ses salariés il ne peut, pour autant, contrôler toute cette activité car la vie professionnelle n'absorbe pas la vie personnelle du salarié qui ne s'interrompt pas totalement une fois franchi le seuil du bureau ou de l'atelier. "*L'identité intime*"²⁸⁷ du salarié qui n'est pas seulement un "*être de travail*"²⁸⁸ doit en effet être respectée. Même sur les lieux du travail il a droit à une certaine autonomie car l'entreprise ne peut être un espace où l'arbitraire et le pouvoir discrétionnaire s'exercent sans frein, un "*terrain d'espionnage*"²⁸⁹ où seraient bafoués les droits fondamentaux. Dès cette première décision, l'ambivalence suscitée par les TIC est relevée : alors que « le tout numérique facilite le contrôle patronal, une part, résiduelle, certes, mais irréductible de liberté et de vie personnelle doit subsister dans l'entreprise, [...] le travail ou les impératifs nés du travail parasitent, plus ou moins, cette vie personnelle hors du temps et du lieu de travail »²⁹⁰.

Ainsi, les TIC amènent à repenser la partition entre la vie professionnelle et la vie privée. Initialement la vie privée circonscrit le pouvoir de contrôle de l'employeur et la subordination. Avec cette nouvelle conception, la vie privée est une part intégrante de la vie professionnelle ; elle constitue un espace à l'intérieur de la sphère professionnelle. Autrement dit, le droit au respect de la vie privée est un droit attaché à la personne et détaché de la dimension spatiale.

²⁸⁷ G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Rapports officiels, La Documentation française, 1992, p. 158, cité in M. KEHRIG, avocat général, conclusion, Soc., 2 octobre 2001, *Nikon*.

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ C. PUIGELIER, *JCP E*, 2001, p. 1918, cité in M. KEHRIG, précité.

²⁹⁰ *Ibid.*

87. Les TIC en ouvrant une fenêtre sur l'extérieur modifient les comportements. En effet, il est évident pour tout salarié qu'il n'est pas permis de faire entrer quiconque dans l'enceinte de l'entreprise sauf cas exceptionnel ; il est admis par tous que l'entreprise n'est pas un lieu de rendez-vous amical. Pourtant, c'est exactement ce qui se passe virtuellement : ce qui n'aurait pas été envisageable physiquement le devient grâce à la technologie. En admettant que la vie privée doit être protégée « même au temps au lieu de travail », la Cour de cassation a validé un état technique qui répond aux aspirations « des jeunes collaborateurs en particulier [qui] se sentent pleinement citoyens quand ils travaillent en entreprise : depuis l'enfance, davantage habitués au consensus qu'à l'autorité, ils ne goûtent guère la subordination et n'hésitent pas à montrer, au bureau ou à l'usine, qu'ils ont aussi droit au respect de leur vie privée »²⁹¹. Du point de vue de Jean-Emmanuel Ray, cette évolution marque la fin d'un modèle que le droit ne peut ignorer²⁹².

La reconnaissance du droit au respect de la vie privée « même au temps et au lieu de travail » a contribué à créer un espace d'autonomie dans la subordination. L'usage des TIC a été l'occasion pour la Cour de cassation d'adopter une conception extensive de la notion de vie privée. À l'occasion de son commentaire de l'arrêt *Nikon*, Pierre-Yves Gautier a d'ailleurs titré « la preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la “vie privée” des salariés »²⁹³.

88. Dans le même temps, dès ce premier arrêt, le droit au respect de la vie privée et le droit de la preuve sont mis en tension au regard de l'usage des TIC. D'une part, le salarié même subordonné à un employeur est « un travailleur [qui] n'aliène pas sa personne »²⁹⁴ et « parce que le salarié met à la disposition de l'employeur sa force de travail et non sa personne subsiste un noyau dur d'autonomie sur lequel la direction n'a pas de prise »²⁹⁵. D'autre part, l'employeur, propriétaire des moyens de production, est titulaire de la liberté d'entreprendre,

²⁹¹ J.-E. RAY, « D'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail », *Dr. soc.*, 2010, p. 3.

²⁹² « Car au temps de Taylor, la discipline, fondement de la productivité, se retrouvait en amont dans l'autorité qui structurait la famille, l'école comme l'ensemble de la société. Or, ce modèle, que l'on retrouvait dans le système juridique avec la suprématie naturelle de la Loi, ne fonctionne plus : il est même parfois devenu contre-productif pour les nouvelles générations », *ibid.*

²⁹³ P.-Y. GAUTIER, article précité.

²⁹⁴ J. SAVATIER, « La protection de la vie privée des salariés », *Dr. soc.*, 1992, p. 329.

²⁹⁵ G. LYON-CAEN, rapports précité, p. 156.

liberté qui lui confère un pouvoir de direction sur son entreprise²⁹⁶. Cette prérogative fonde l'état de subordination dans lequel est placé le salarié et justifie le pouvoir de contrôle de l'employeur.

Ce principe a été reconnu par l'arrêt *Néocel* du 20 novembre 1991 : « l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail »²⁹⁷. Néanmoins, l'arrêt pose un principe pour mieux l'encadrer puisqu'il précise ensuite que « tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite »²⁹⁸. Dès lors, seules les preuves respectueuses du principe de loyauté peuvent être utilement produites en justice.

89. L'arrêt *Nikon* est rendu au visa de l'article 8 de la ConvEDH. En cela, la Cour de cassation suit la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans son arrêt *Niemeitz*²⁹⁹, retient que la vie privée et familiale peut s'exercer à l'occasion d'activités professionnelles.

2 – Le droit au respect de la vie privée reconnu par la CEDH

90. La Cour européenne des droits de l'homme a d'abord étendu le domaine de la vie privée aux activités professionnelles (a) puis a admis que la vie privée puisse s'exercer sur le lieu de travail (b).

a – Le domaine de la vie privée élargi aux activités professionnelles

91. Avec l'arrêt *Niemeitz*, la Cour retient une conception étendue de la vie privée et familiale qui peut s'exercer à l'occasion d'activités professionnelles. Pour la Cour, il n'existe pas de frontière entre les activités professionnelles et personnelles. Ainsi, elle relève qu'il est malaisé d'établir des distinctions précises puisqu'« on peut mener de chez soi des activités liées à une

²⁹⁶ Sur le rattachement du pouvoir de direction à la liberté d'entreprendre, v., Cass. soc., 13 juillet 2004, n° 02-15.142, Bull. civ. V, n° 205 ; *D.* 2004. 2350 ; *Dr. soc.* 2004. 1025, obs. B. Gauriau ; *RJS* 2004 n° 1052 ; *JCP E* 2005. p. 32, note Petit ; *Dr. ouvr.* 2005. p. 1, note Dockès.

²⁹⁷ Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, Bull. 1991, V, n° 519, *D.* 1992. 73, concl. Y. Chauvy ; *RTD civ.* 1992. 365, obs. J. Hauser ; *ibid.* 418, obs. P.-Y. Gautier ; *Dr. soc.* 1992. 28, rapp. Waquet.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ CEDH, 16 décembre 1992, req. n° 13710/88, *Niemeitz c/ Allemagne*, *AJDA*, 1993. 105, chron. J.-F. Flauss ; *D.* 1993. 386, obs. J.-F. Renucci ; *RFDA* 1993. 963, chron. V. Berger, C. Giakoumopoulos, H. Labayle et F. Sudre.

profession ou un commerce, et de son bureau ou d'un local commercial des activités d'ordre personnel »³⁰⁰.

La Cour qui indique qu'« il serait trop restrictif de limiter [la vie privée] à un “cercle intime” »³⁰¹ note que « 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 »³⁰². La Cour fonde son raisonnement sur les risques d'inégalité de traitement. En effet, distinguer activité professionnelle et activité personnelle reviendrait à réserver l'application de la protection de l'article 8 aux seuls cas où la distinction vie privée/vie professionnelle est impossible³⁰³.

Si la vie privée englobe la vie professionnelle, elle peut aussi s'exercer sur le lieu de travail.

b - Le droit au respect de la vie privée sur le lieu de travail

92. Il faudra attendre l'affaire *Halford c/ Royaume-Uni* du 25 juin 1997³⁰⁴ pour que la Cour ait l'occasion d'examiner la question de la reconnaissance du droit au respect de la vie privée pour un salarié sur son lieu de travail. Dans cette affaire, Mme Halford, contrôleur général dans la police britannique se plaint de l'interception des appels téléphoniques passés depuis son bureau et depuis son domicile. Son poste de contrôleur général lui donnait droit au bénéfice d'un bureau réservé à son usage et de deux téléphones, dont un destiné à ses communications privées. Pour la Cour, « il ressort clairement de sa jurisprudence que les appels téléphoniques émanant de locaux professionnels, tout comme ceux provenant du domicile, peuvent se trouver compris dans les notions de “vie privée” et de “correspondance” visées à l'article 8.1 »³⁰⁵.

D'une part, la Cour relève que la requérante ne semble pas avoir été informée du fait que ses appels téléphoniques pouvaient être interceptés et d'autre part que Mme Halford avait même « reçu l'assurance qu'elle pouvait se servir de ses téléphones de bureau dans le cadre de la procédure qu'elle avait intentée pour discrimination fondée sur le sexe »³⁰⁶. En fait, tout porte à croire que les conversations téléphoniques interceptées avaient pour « but de recueillir des

³⁰⁰ *Ibid.*, §30.

³⁰¹ *Ibid.*, §29.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ *Ibid.*, §29 et §30.

³⁰⁴ CEDH, 25 juin 1997, *Halford c/ Royaume-Uni*.

³⁰⁵ *Ibid.*, §44.

³⁰⁶ *Ibid.*, §45.

informations pour étayer »³⁰⁷ la défense de la police dans le cadre de la procédure relative à la discrimination intentée à son encontre.

Par le truchement du téléphone, les TIC constituent la porte d'entrée de la vie privée au travail et sont l'occasion de reconnaître le droit au respect de la vie privée au travail. La particularité avec les TIC consiste pour le salarié à lui permettre d'exercer sa vie privée à partir de son lieu de travail.

93. Dix ans plus tard, l'affaire *Copland c/ Royaume-Uni* du 3 avril 2007³⁰⁸ donne à la Cour l'occasion de se prononcer sur le droit au respect de la vie privée au regard de l'outil informatique. L'assistante du principal d'un collège avait fait l'objet, pendant trois mois et sans avoir été préalablement avertie, d'une étroite surveillance de l'utilisation pendant son travail du téléphone, du courrier électronique et d'Internet. La Cour énonce 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 »³⁰⁹.

Cette affaire offre une illustration des « principes d'interprétation dynamiques »³¹⁰ posés par les arrêts *Tyrer c/ Royaume-Uni* du 25 avril 1978³¹¹ et *Airey c/ Irlande* du 9 octobre 1979³¹². Ainsi appliquant la logique issue de l'affaire *Tyrer* qui énonce que la « Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles »³¹³, la Cour assimile les messages électroniques et à l'usage de l'internet aux communications téléphoniques permettant ainsi d'élargir le champ d'application de l'article 8 à de nouvelles formes de communication. En donnant un ancrage actuel à la lecture de la Convention, la Cour réaffirme que les droits garantis par la Convention doivent être interprétés de sorte qu'ils soient « concrets

³⁰⁷ *Ibid.*, §48.

³⁰⁸ CEDH, 3 avril 2007, req. n° 62617/00, *Copland c/ Royaume-Uni*, JCP G 2007. 182, obs. F. Sudre.

³⁰⁹ *Ibid.*, § 41.

³¹⁰ J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « la jurisprudence sociale de la Cour EDH : bilan et perspectives », *Dr. soc.*, 2010, p. 883.

³¹¹ CEDH, 25 avril 1978, req. n° 5856/72, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, RTDH, 2001. 887, obs. F. Sudre.

³¹² CEDH, 9 octobre 1979, req. n° 6289/73, *Airey c/ Irlande*.

³¹³ CEDH, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, arrêt précité, §31.

et effectifs et non théoriques et illusoire »³¹⁴. Cette volonté de la Cour de faire de la Convention un outil juridique en prise directe avec les évolutions de la société a permis aux TIC d'être un vecteur de pénétration de la vie privée au sein de la sphère professionnelle.

94. En résumé, les TIC ont permis l'exercice à la vie privée sur le lieu de travail et la reconnaissance du droit au respect de la vie privée au travail par les juridictions. Néanmoins, le développement exponentiel des TIC en entreprise s'est accompagné d'un contentieux abondant relatif à l'usage des TIC par le salarié. À cette occasion, le principe du droit au respect de la vie privée au travail posé avec force a fait l'objet de nombreux tempéraments jurisprudentiels.

B – Le droit au respect de la vie privée du salarié : une protection réduite face à l'essor des TIC

95. Le développement des TIC a facilité la circulation de l'information et intensifié la communication entre les individus. Tout à la fois émetteur et récepteur d'informations chaque individu communique sur lui-même, sur son image, sur ses opinions, nourrissant ainsi un réseau d'échange toujours plus dense et toujours plus indispensable à la construction de l'identité³¹⁵. Le salarié n'échappe pas à cette nouvelle norme. Pour exister, il doit communiquer ; pour ne pas être laissé de côté, il doit rester informé. Pour autant tout salarié doit pendant son temps de travail, se conformer aux ordres et directives de l'employeur sans pouvoir vaquer à ses occupations personnelles. Ainsi le salarié est soumis à la tentation suivante : un seul clic lui permet de s'évader de son travail. Il peut le faire mais il ne doit pas le faire ! De nombreuses études font ressortir que les salariés passent beaucoup de leur temps de travail à « surfer sur la toile » à des fins personnelles ; ce qui représenterait un coût élevé voire exorbitant pour les

³¹⁴ CEDH, *Airey c/ Irlande*, arrêt précité, §24.

³¹⁵ « La culture de l'Internet c'est la culture de maintenant. Internet vous dit ce que font vos amis, ce que sont les nouvelles maintenant, ce qu'il y a dans les magasins et l'état des marchés et la météo maintenant, l'état de l'opinion publique, les tendances et les modes maintenant. », J.F. FOGEL, B. PATINO, *op. cit.*, p. 18.

entreprises³¹⁶. Autrefois dénommée « perruque »³¹⁷, aujourd’hui appelée par certains auteurs « téléprivé »³¹⁸ cette pratique qui existait surtout chez les ouvriers s’est développée à tous les niveaux de l’entreprise grâce aux TIC³¹⁹. Le téléprivé défini comme « l’utilisation de moyens de communication à des fins personnelles ou privées »³²⁰ est admis de manière très variable³²¹.

96. Ces pratiques vues par certains salariés « dans une logique de compensation »³²² sont souvent perçues par l’employeur comme une atteinte à la loyauté dans l’exécution du contrat de travail et sont à l’origine d’un contentieux important. L’employeur est investi d’un pouvoir disciplinaire qui lui confère un droit de contrôle de l’activité du salarié ; droit qu’il exerce dans le respect du principe de loyauté en matière probatoire. Loyauté dans l’exécution du contrat imposé au salarié et loyauté des modes de preuves imposé à l’employeur créent une tension entre la protection du secret de la vie privée et les pouvoirs et techniques d’investigation patronaux. De cette friction sont nés de nombreux litiges relatifs au droit au respect de la vie privée du fait de l’usage personnel des TIC et les décisions qui suivent l’arrêt *Nikon* vont limiter la protection du droit au respect de la vie privée au regard des TIC (1). Devant la CEDH, si le principe résiste, il est néanmoins fortement relativisé (2).

³¹⁶ « Ces études doivent être utilisées avec grande prudence car leur indépendance peut être très relative notamment lorsqu’elles découlent de sociétés proposant par ailleurs des solutions *logiciels* visant à réguler l’usage des outils informatiques à des fins personnelles. À titre d’illustration, v., l’étude récente réalisée par la société Olfeo, spécialisée en cybersécurité, qui révèle que les salariés passeraient ainsi 1 h 15 par jour à surfer sur des sites sans rapport avec leur activité professionnelle. Ce qui, mis bout à bout, représente 6 h 15 par semaine et représente un mois d’activité par an, soit “quatre semaines de vacances”, soulignent, non sans malice, les experts d’Olfeo. L’étude chiffre à 17,6 % la baisse de productivité occasionnée par ce comportement. Le rapport de l’an dernier estimait à plus de 6 000 euros par an son coût en salaire chargé. », B. ESCHAPASSE, « Combien de temps passez-vous sur le Net au travail ? », *Le Point* [en ligne], 24 mars 2016, [consulté le 24 mars 2016].

³¹⁷ « La “perruque” désigne “le travail effectué par un ouvrier, un technicien, pendant ses heures de travail et pour son usage personnel, avec les matériaux et l’outillage de l’entreprise” (Larousse de la langue française, V. “Perruque” », B. DABOSVILLE, « Le “téléprivé”, étude sur l’utilisation à des fins personnelles des outils de communication de l’entreprise », *RDT*, 2018, p. 826.

³¹⁸ Pour l’usage de ce terme outre B. DABOSVILLE, v., L. de DOUARIN, « Les chemins de l’articulation entre vie privée et vie professionnelle, les usages personnels des technologies de l’information et de la communication au bureau », *Réseaux*, 2007, vol. 140, n° 1, p. 105.

³¹⁹ Benjamin DABOSVILLE souligne que le téléprivé « n’est, en substance, que l’un des avatars modernes » de la perruque, article précité.

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ Benjamin DABOSVILLE souligne l’existence de règles d’entreprise très hétérogènes allant de l’interdiction à l’autorisation assortie d’un éventail de conditions liées à l’urgence ou au caractère impératif des nécessités de la vie privée, *ibid.*

³²² L. de DOUARIN, article précité.

1 – Une protection limitée par la Cour de cassation

97. Si la Cour de cassation ne revient pas sur le principe d'exercice de la vie privée au temps et au lieu de travail, au fil de ses décisions, elle pose des limites dans trois directions. D'abord, elle pose une présomption de professionnalité pour les outils utilisés par le salarié pendant son temps de travail (a), ensuite, elle fixe des conditions de protection restrictives (b), enfin, adoptant les méthodes de raisonnement proches de celles de la CEDH, elle donne une pleine puissance au droit de la preuve (c). Cet ensemble vide peu à peu d'effet la protection de la vie privée au temps et au lieu du travail.

a – Une protection au champ d'application limité

98. Successivement interrogée sur le point de savoir si le droit au respect de la vie privée couvrait les messages envoyés à partir de l'ordinateur, les connexions internet, les fichiers informatiques, le disque dur, la clef USB, les « short messages service » (sms) envoyés à partir du téléphone portable, la Cour de cassation a construit, au fil de cette jurisprudence, une présomption de professionnalité.

Une première brique de construction a été posée dans un arrêt du 18 octobre 2006³²³. À cette occasion, la Cour de cassation établit une présomption d'utilisation à des fins professionnelles de l'outil informatique mis à disposition du salarié par l'employeur.

Le raisonnement de la Cour de cassation fait écho au rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés sur la cyber-surveillance sur les lieux de travail qui relève qu'un « ordinateur mis à la disposition d'un salarié ou d'un agent public dans le cadre de la relation de travail est la propriété de l'entreprise et ne peut comporter que subsidiairement des informations relevant de l'intimité de la vie privée. Il peut être protégé par un mot de passe et un "login", mais cette mesure de sécurité est destinée à éviter les utilisations malveillantes ou abusives par un tiers ; elle n'a pas pour objet de transformer l'ordinateur de l'entreprise en un ordinateur à usage privé. Aussi les impératifs de l'entreprise et le nécessaire respect de la vie privée des salariés doivent-ils être conciliés »³²⁴.

³²³ Cass. soc., 18 octobre 2006, n° 04-48.025, Bull. civ. V, n° 308 ; *Dr. soc.* 2007. 140, chron. J.-E. Ray ; *RDT* 2006. 395, obs. R. de Quenaudon.

³²⁴ CNIL, *La cybersurveillance sur les lieux de travail*, La Documentation française, 2004, p. 21.

Poursuivant ce raisonnement, la Cour de cassation a considéré que la clé USB personnelle d'un salarié à partir du moment où elle est connectée à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail, revêt un caractère professionnel permettant à l'employeur de prendre connaissance des fichiers contenus sur la clé à l'exception de ceux identifiés « personnel »³²⁵. Pascal Lokiec et Jérôme Porta parlent de « force d'attraction de la présomption de professionnalité »³²⁶ qui transforme l'objet personnel en objet « professionnel par destination »³²⁷.

La Cour de cassation a tenu le même raisonnement pour les « sms » qui sont réputés avoir un caractère professionnel³²⁸ lorsqu'ils sont envoyés ou reçus à partir d'un téléphone fourni par l'employeur. Quant aux « connexions établies par un salarié sur des sites internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail [elles] sont présumées avoir un caractère professionnel »³²⁹. Il en résulte que l'employeur est fondé à les rechercher « afin de les identifier hors la présence du salarié ». Ainsi, les connexions internet sont exclues du champ d'application sans distinction.

99. Cet inventaire jurisprudentiel permet d'identifier deux tendances qui concourent à réduire le champ du droit à la vie privée. D'une part, la Cour de cassation fait une application extensive de la présomption de professionnalité (fichier, dossier, clef USB, sms, connexion) et, d'autre part, elle restreint la preuve du caractère privé au seul cas où le salarié a porté la mention « personnel ». Elle a ainsi refusé de considérer que les initiales du prénom du salarié valaient mention « personnel »³³⁰ ; elle a écarté le caractère personnel pour la dénomination « mes

³²⁵ Cass. soc., 12 février 2013, n° 11-28.649, Bull. civ. V, n° 34, *D.* 2013. 513 ; *ibid.* 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *ibid.* 1768, chron. P. Flores, S. Mariette, F. Duclos, E. Wurtz, C. Sommé et A. Contamine ; *ibid.* 2802, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon ; *RDT* 2013. 339, obs M. Nord-Wagner ; *RTD civ.* 2013. 574, obs. J. Hauser.

³²⁶ P. LOKIEC, J. PORTA, « Droit du travail ; relations individuelles de travail », *D.*, 2013, p. 1026.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ Cass. com., 10 février 2015, n° 13-14.779, Bull. IV, n° 20, *D.* 2015. 959, note J. Lasserre Capdeville ; *RDT* 2015. 191, obs. P. Adam ; *JCP E* 2015. 1171, obs. F. Barrière.

³²⁹ Cass. soc., 9 juillet 2008, n° 06-45.800, Bull. civ. V, n° 150, *D.* 2008. 2228 ; *ibid.* 2009. 191, obs. Centre de recherche en droit social de l'IETL ; *Rev. sociétés* 2008. 780, note J.-F. Barbiéri ; *Dr. soc.* 2008. 1072, chron. J.-E. Ray ; *RJS* 2008 n° 893 ; *JCP S* 2008. 1638, note B. Bouli.

³³⁰ Cass. soc., 21 octobre 2009, n° 07-43.877, Bull. civ. V, n° 226, *D.* 2009. 2614 ; *Dr. soc.* 2010. 267, chron. E.-J Ray ; *RDT* 2010. 172, obs. H. Guyader.

documents »³³¹ de même que pour l'inscription de sites Internet sur la liste « favoris » du salarié³³².

Cette construction prétorienne a été soumise au regard de la CEDH, à l'occasion d'une requête introduite contre l'État français, en violation de l'article 8 de la Convention, suite à l'ouverture par l'employeur de fichiers contenus sur le disque dur de l'ordinateur, en dehors de la présence du requérant. Cette requête faisait suite à une décision de la Cour de cassation qui avait validé le contrôle du disque dur par l'employeur. Le requérant avait dénommé le disque dur : « D:/données personnelles ». La Cour indique que cette dénomination « ne peut conférer un caractère personnel à l'intégralité des données qu'il contient »³³³. En d'autres termes, elle ne peut avoir pour effet de privatiser l'ensemble des données contenues sur l'ordinateur et être invoquée pour en interdire l'accès à l'employeur.

Dans cette affaire, la CEDH ajourne d'abord l'examen de l'affaire jusqu'au prononcé de la décision dans l'affaire *Bărbulescu c/ Roumanie*³³⁴ et conclut finalement à l'absence de violation de l'article 8³³⁵. Cet arrêt présente surtout l'intérêt de placer la jurisprudence française sous le regard de la CEDH. À ce titre, il en est « une confirmation en demi-teinte »³³⁶. Sans remettre en cause la construction de la Cour de cassation, la CEDH apporte des précisions qui viennent, cependant, la fragiliser. Ainsi, elle admet que « l'employeur a un intérêt légitime à assurer le bon fonctionnement de l'entreprise »³³⁷ et précise que cet objectif lui confère la possibilité de « mettre en place des mécanismes lui permettant de vérifier que les employés accomplissent leurs tâches professionnelles de manière adéquate et avec la célérité requise »³³⁸. Toutefois, le critère d'intérêt légitime, utilisé par la CEDH, n'est pas appréhendé par les juridictions nationales qui mettent la focale sur la nature privée ou professionnelle de l'outil visé par le contrôle. Au surplus, la Cour ajoute un critère volumétrique dans son raisonnement. Elle

³³¹ Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-13.884, Bull. civ. V, n° 135, *D.* 2012. 1342 ; *ibid.* 2013. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *RDT* 2012. 428, obs. M. Keim-Bagot.

³³² Cass. soc., 9 février 2010, n° 08-45.253, inédit.

³³³ Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-12.502, inédit, *JCP* 2013. 1045, note Bossu ; *CCE* 2013, n° 1 comm. 10, note E.-A ; Capriolo.

³³⁴ V., CEDH *Bărbulescu c/ Roumanie*, *infra* n° 108 s.

³³⁵ CEDH, 22 février 2018, req. n° 588/13, *Libert*, *D.* 2018. 1291, note J.-P. Maguénaud et J. Mouly ; *Dr. soc.* 2018. 455, étude B. Dasboville ; *Daloz IP/IT* 2008. 511, obs. G. Péronne et Daoud ; *JCP* 2018, n° 15, 433, note F. Marchadier.

³³⁶ B. DASBOVILLE, « Communication personnelle en entreprise et surveillance patronale : *new deal* ou *statu quo* ? », *Dr. soc.*, 2018, p. 455.

³³⁷ CEDH, *Libert*, arrêt précité, §46.

³³⁸ *Ibid.*

indique qu'au vu du volume important de fichiers litigieux stockés sur l'ordinateur professionnel (1 562 fichiers représentant un volume de 787 mégaoctets), « elle conçoit [que] la SNCF et les juridictions internes aient jugé nécessaires d'examiner sa cause avec rigueur »³³⁹. Le critère volumétrique est-il alors de nature à légitimer le contrôle ou au contraire à limiter le contrôle aux seuls cas importants de stockage ? Cet arrêt signe-t-il les prémises d'un glissement de la présomption de professionnalité vers le critère de l'intérêt légitime de l'employeur ? L'intérêt légitime s'il a pour objet le bon fonctionnement de l'entreprise comme l'admet la CEDH est la voie ouverte à un contrôle qui peut être très extensif.

100. La présomption de professionnalité dévoile en filigrane le droit de propriété de l'employeur. Juridiquement, les TIC entrent dans la catégorie des choses meubles, matérielles (ordinateur, téléphone...) ou immatérielles (connexion internet) ; elles appartiennent à l'employeur et figurent, à ce titre, dans le capital de l'entreprise. Elles sont la propriété de l'entreprise. Sans le dire explicitement, la Cour de cassation tire de cette qualification juridique un droit d'accès dévolu à l'employeur sur ce qui lui appartient.

Cette présomption de professionnalité adossée au droit de propriété est toutefois susceptible de céder, lorsque le matériel informatique appartient au salarié. Le droit de propriété du salarié fait, d'abord, obstacle à l'entrée en possession de l'objet par l'employeur et empêche, dans un second temps, l'accès par l'employeur aux données contenues sur l'objet litigieux. Cette situation s'est présentée devant la Cour de cassation concernant un salarié qui refuse de remettre à l'employeur une clé USB lui appartenant. L'employeur soupçonnait le salarié d'avoir clandestinement enregistré des informations de l'entreprise. Toutefois, « la clé USB étant la chose du salarié, l'employeur ne [pouvait] revendiquer sur elle un quelconque droit réel »³⁴⁰. Il ne pouvait pas, non plus, se prévaloir de son caractère professionnel par accessoire puisque la clé n'était pas connectée à l'ordinateur. Néanmoins, n'obtenant pas la remise de la clé, l'employeur licencie le salarié. La Cour de cassation n'a cependant pas tranché le litige au regard du droit de propriété ; elle indique que « le grief imputé au salarié d'appropriation sur sa clef USB personnelle d'informations à caractère confidentiel n'est pas établi »³⁴¹. Faut-il alors comprendre que si la preuve de l'appropriation avait été apportée, l'employeur aurait pu alors entrer en possession de l'objet litigieux ? La réponse affirmative à cette question semble

³³⁹ *Ibid.*, §52.

³⁴⁰ L. SAENKO, « L'employeur, le salarié et sa clé USB », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 66.

³⁴¹ Cass. soc., 5 juillet 2017, n° 16-12.386, inédit, *Dalloz IP/IT* 2018. 66, obs. L. Saenko.

implicite. Si cette appropriation est possible, il faut conclure que le pouvoir de contrôle de l'employeur prime sur le droit de propriété du salarié. Éclaircir ce point est déterminant puisqu'il conditionne les modalités d'accès au contenu et par voie de conséquence la protection du droit à la vie privée.

b – Une protection sous conditions

101. Le bénéfice du droit au respect de la vie privée pour le salarié est subordonné à la mention du caractère personnel. Par analogie avec la correspondance papier reçue sur le lieu de travail³⁴², seul ce qui porte la mention « personnel » est susceptible d'être couvert par le droit au respect de la vie privée. Néanmoins, lorsque les messages litigieux ne sont pas identifiés « personnel » alors même qu'ils proviennent de la « messagerie personnelle de la salariée distincte de la messagerie professionnelle dont celle-ci disposait pour les besoins de son activité »³⁴³ la Chambre sociale a admis que leur caractère personnel puisse se déduire de leur provenance.

102. Toutefois, cette mention n'empêche pas le contrôle de la part de l'employeur ; elle établit à son encontre une contrainte procédurale. Lorsqu'un fichier est noté « personnel » l'employeur ne peut le consulter qu'« qu'en présence [du salarié] ou celui-ci dûment appelé »³⁴⁴. Dès lors, « la qualification de personnel n'arrête pas le pouvoir d'intrusion de l'employeur »³⁴⁵, elle fixe une formalité à respecter : le salarié doit être convié lors de la consultation d'informations personnelles.

Cette exigence procédurale s'efface « en cas de risque ou événement particulier »³⁴⁶

³⁴² « Le pli litigieux était arrivé sous une simple enveloppe commerciale démunie de toute mention relative à son caractère personnel ; qu'en l'état de ces motifs dont il se déduisait que cet envoi avait pu être considéré, par erreur, comme ayant un caractère professionnel, la Cour d'appel a exactement décidé que son ouverture était licite. », Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, Bull. chambre mixte, n° 3, *D.* 2007. 2137, obs. A. Astaix ; *ibid.* note J. Mouly ; *ibid.* 3033, obs. E. Dockès, F. Fouvret, C. Géniaut et A. Jeammaud ; *RDT* 2007. 527, obs. T. Aubert-Monpeyssen.

³⁴³ Cass. soc., 26 janvier 2016, n° 14-15.360, *P.* *D.* 2016. 320 ; *ibid.* 807, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *RDT* 2016. 421, obs. S. Michel ; *JCP S* 2016. 28, B. Bossu.

³⁴⁴ Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017, *Klajer*, Bull. civ. V, n° 165, *D.* 2005. 1448, obs. E. Chevrier ; *ibid.* 1873, tribune R. de Quenaudon ; *ibid.* 2643, obs. A. Lepage, L. Marino et C. Bigot ; *ibid.* 2006. 29, obs. Centre de recherche en droit social de l'IETL ; *Dr. soc.* 2005. 789, note J.-E. Ray ; *RSJ* 2005 n° 799 ; *JCP S* 2005. 1031, note F. Favennec-Héry.

³⁴⁵ P. LOKIEC, J. PORTA, « Droit du travail : relations individuelles de travail », article précité.

³⁴⁶ *Ibid.*

permettant alors à l'employeur de prendre connaissance des documents électroniques personnels hors de la présence du salarié. Dès lors, même l'identification du caractère personnel n'est pas une garantie du respect de la vie privée.

103. En résumé, la Cour délimite le champ d'application de la protection du droit au respect de la vie privée aux seuls cas où le salarié a identifié comme personnel les dossiers ou fichiers qu'il souhaite voir préservés³⁴⁷. Ainsi, au temps et au lieu de travail, l'outil informatique mis à disposition du salarié est supposé être utilisé à des fins professionnelles : c'est le principe. Si le salarié a pris la peine de marquer les fichiers et messages du sceau « personnel » le droit au respect de la vie privée est garanti : c'est l'exception.

En outre, le droit au respect de la vie privée du salarié cède également du terrain face à l'essor du droit de la preuve.

c – Une protection en recul face à l'essor du droit de la preuve

104. En droit, selon l'adage classique, *Idem est non esse aut non probari*, ce qui ne peut être prouvé est réputé ne pas exister. La preuve détermine donc le succès de la prétention alléguée. La preuve « est l'établissement de la réalité d'un fait ou de l'existence d'un juridique »³⁴⁸ utilisée au soutien d'une prétention visant à fonder les allégations des parties au litige et permettant d'emporter la conviction du juge. Classiquement, le droit de la preuve s'articule autour de trois questions. Il s'agit d'abord de déterminer la charge de la preuve ; il convient ensuite de s'interroger sur l'objet de la preuve pour enfin s'intéresser aux modes de preuves.

La détermination des modes de preuve admissibles est un élément primordial qui va conditionner le succès de la prétention alléguée. En la matière, le Code civil dispose que « hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen »³⁴⁹. Toutefois, ce système de preuve libre ne dispense pas de l'exigence de loyauté dans l'obtention de la preuve. Posée comme une limite à l'admission de la preuve, ce principe a amené la

³⁴⁷ « Les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence. », Cass. soc., 18 octobre 2006, arrêt précité.

³⁴⁸ « Preuve », Th. DEBARD, S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 27^e éd., 2019, p. 837.

³⁴⁹ Article 1358 du Code civil.

Chambre sociale à écarter certains modes de preuve. Ainsi, bien que la preuve soit libre, seules celles obtenues loyalement sont admises en justice.

Si ces principes sont toujours en vigueur, l'essor des TIC a considérablement modifié les moyens de constituer des preuves. Deux arrêts récents en sont l'illustration.

L'arrêt du 30 septembre 2020³⁵⁰ a donné à la Chambre sociale l'occasion de préciser sa jurisprudence en matière de droit au respect de la vie privée sur les réseaux sociaux et droit de la preuve. En l'espèce, la salariée, cheffe de projet de la société Petit Bateau, est licenciée pour faute grave, notamment pour avoir manqué à son obligation contractuelle de confidentialité en publiant sur son compte Facebook une photographie de la nouvelle collection printemps-été 2015 présentée en exclusivité aux commerciaux de la société. Contestant son licenciement, la Cour de cassation a eu à s'interroger sur le caractère privé ou public des informations publiées sur un réseau social et leur valeur probatoire. Dans un premier temps, les juges rappellent leur jurisprudence constante depuis l'arrêt *Néocel*³⁵¹ en 1991 en vertu de laquelle « l'employeur ne peut avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve »³⁵². En l'espèce, après avoir constaté que « la publication litigieuse avait été spontanément communiquée à l'employeur par un courriel d'une autre salariée de l'entreprise autorisée à accéder comme "amie" sur le compte privé Facebook de Mme X..., [la Cour d'appel] a pu en déduire que ce procédé d'obtention de preuve n'était pas déloyal »³⁵³.

Ayant écarté le caractère déloyal de la preuve, les juges se sont ensuite interrogés sur son caractère proportionné rappelant que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi. Si la production par l'employeur de la photographie extraite du compte privé Facebook et les éléments d'identification des "amis" constituent bien une atteinte à la vie privée, elle était « indispensable à l'exercice du droit de la preuve et proportionné au but poursuivi, soit la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires »³⁵⁴. Par cette solution, la Cour suit Mme Berriat, avocate générale, qui énonce dans ses conclusions que « dès lors que l'atteinte est proportionnée

³⁵⁰ Cass. soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, P, D. 2020. 2383, note C. Golhen ; *ibid.* 2312, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; *Dr. soc.* 2021. 14, étude P. Adam ; *RDT* 2020. 753, obs. T. Kahn dit Cohen ; *ibid.* 764, obs. C. Lhomond ; *Dr. ouvr.* 2020. 733, note O. Leclerc ; *Sem. Soc. Lamy* 2020, n° 1924, note F. Champeaux.

³⁵¹ Cass. soc., 20 novembre 1991, arrêt précité.

³⁵² Cass. soc., 30 septembre 2020, arrêt précité.

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ *Ibid.*

à l'intérêt de l'employeur de s'assurer du bon fonctionnement de l'entreprise »³⁵⁵ la preuve doit être accueillie. Ce contrôle de proportionnalité illustre la volonté de la Cour de cassation de se rapprocher de la Cour européenne des droits de l'homme³⁵⁶ qui a admis que l'intérêt légitime de l'employeur à préserver ses biens justifie la production à titre de preuve d'images provenant d'un dispositif de vidéo-surveillance mis en place à l'insu des caissières ayant permis de confirmer les soupçons de vol³⁵⁷.

Poursuivant cette logique, la Cour de cassation a admis dans l'arrêt *Manfrini* que « désormais l'illicéité d'un moyen de preuve au regard de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur du règlement général à la protection des données, n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, le juge devant apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble en mettant en balance le droit au respect de la vie privée du salarié et le droit de la preuve »³⁵⁸. Il s'agissait en l'espèce du défaut de déclaration à la CNIL d'un traitement de données qui jusqu'alors entraînait le rejet de la preuve obtenue sans respect de cette formalité³⁵⁹. Cet assouplissement témoigne de l'influence des arrêts *Bărbulescu* du 5 septembre 2017 et *Lopez Ribalda* du 17 octobre 2019 rendus par la CEDH, revendiquée aux paragraphes 13 et 14 de l'arrêt.

Le caractère hybride des TIC permettant un usage professionnel et personnel a entraîné de la part de la Cour de cassation une recherche de conciliation entre droit au respect de la vie privée du salarié et pouvoir de direction de l'employeur.

105. L'ensemble de cette jurisprudence démontre l'importance de la preuve dans le procès. Dans le langage courant la preuve est définie comme « le fait, témoignage, raisonnement susceptible d'établir de manière irréfutable la vérité ou la réalité de quelque chose »³⁶⁰. Or,

³⁵⁵ Cass. soc., 30 septembre 2020, concl. Mme Berriat.

³⁵⁶ « En s'attachant tout d'abord à démontrer si l'atteinte était caractérisée, puis en s'intéressant aux motifs et à la proportionnalité de la mesure, la Cour de cassation emprunte aux méthodes de raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme, ce qui est pleinement corroboré par le visa désormais traditionnel de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...]. », Ch. RADÉ, article précité.

³⁵⁷ CEDH, Gde ch., 17 octobre 2019, req. n° 1874/13, n° 8567/13, *Lopez Ribalda et autres c/ Espagne*, D. 2019. 2039 ; *RDT* 2020. 122, obs. B. Dabosville ; *RTD civ.* 2019. 815, obs. J.-P. Marguénaud.

³⁵⁸ Cass. soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, P, D. 2021. 117, note G. Loiseau ; *Dr. soc.* 2021. 21, étude N. Trassoudaine-Verger ; *Dalloz IP/IT* 2020. 655, obs. C. Crichton.

³⁵⁹ En ce sens : Cass. soc., 8 octobre 2014, n° 13-14.991, Bull. civ. V, n° 230, D. 2014. 2055 ; *ibid.* 2015. 104, chron. E. Wurtz, F. Ducloz, S. Mariette, N. Sabotier et P. Flores ; *ibid.* 2016. 167, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; *JCP* 2014. 1119, obs. D. Corrignan-Carsin.

³⁶⁰ « Preuve », Trésor de la langue française, [en ligne], [consulté le 16 avril 2020].

aussi troublant que cela puisse paraître, l'objectif de vérité qui préside au sens commun de la preuve n'est pas la préoccupation première du procès civil. En matière civile, la preuve est au service d'intérêts privés dont l'objectif est de gagner le procès ; elle a pour finalité d'emporter la conviction du juge afin de mettre fin au litige qui trouble la paix civile. « La vérité consacrée par la décision de justice ne sera donc pas forcément la vérité des faits, mais celle dont le juge aura été convaincu »³⁶¹. Selon les termes de Domat, « on appelle preuve ce qui persuade l'esprit d'une vérité »³⁶². En ce sens, la preuve en appelle à la raison, abstraction faite de l'émotion.

Pour convaincre le juge, la démonstration de la vérité doit répondre à certaines exigences afin de ne pas entrer en contrariété avec les principes fondamentaux directeurs du droit probatoire. Pour être admise en juge, la preuve doit être licite. Est illicite la preuve constituée « qui heurte des principes jugés supérieurs, considérés comme d'ordre public impérieux au premier rang desquels le respect des droits de l'homme »³⁶³. Le rejet des débats d'un mode de preuve illicite n'est cependant pas systématique. La production de documents volés est admise lorsque « cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense [du salarié] dans le litige qui l'oppose à son employeur »³⁶⁴. Admettre un tel mode de preuve démontre la volonté de faire progresser la découverte de la vérité. Poursuivant cette logique, la Chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît le droit à la preuve dans un arrêt du 9 novembre 2016³⁶⁵. Il s'opère alors un glissement entre le droit processuel de la preuve et le droit à la preuve, droit subjectif à faire progresser la vérité.

106. La matière probatoire est ainsi traversée par une tension entre vérité et loyauté qui s'opère depuis plusieurs années dans le sens d'un recul de l'article 9 du Code civil au profit de l'article 145 du Code de procédure civile. Ainsi en témoignait déjà un arrêt du 23 mai 2007 par lequel la Cour de cassation affirme au visa des articles 145 du Code civil, 9 du Code civil et L.120-2 du Code du travail, que « le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un

³⁶¹ G. LARDEUX, « Preuve : règles de preuve », *Rep. civ.*, Dalloz, n° 29.

³⁶² J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1^{ère} partie, livre III, T. 6, cité par G. LARDEUX, *Ibid.*

³⁶³ *Ibid.*, n° 288.

³⁶⁴ Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02-41.720, 02-41.771, Bull. civ. V, n° 187, D. 2004. 2326, note H. K. Gaba ; *ibid.* 2760, obs. G. Roujou de Boubée ; *Dr. soc.* 2004. 1042, obs. J. Mouly.

³⁶⁵ Cass. soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, Bull. civ. V, n° 209, D. 2017. 37, obs. note explicative de la Cour de cassation, note G. Lardeux ; *ibid.* 2018. 259, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; *Dr. soc.* 2017. 89, obs. J. Mouly ; *RDT* 2017. 134, obs. B. Géniaut ; *RTD civ.* 2017. 96, obs. J. Hauser.

motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées »³⁶⁶. Il s'agissait pour le salarié d'obtenir la rétractation de l'ordonnance et l'annulation du procès-verbal dressé par l'huissier, ayant eu pour effet de donner à l'employeur connaissance de messages personnels émis et reçus par le salarié. La Cour de cassation censure la Cour d'appel, qui avait conclu à la rétractation de la mesure d'instruction, aux motifs « que l'employeur avait des motifs légitimes de suspecter des actes de concurrence déloyale et qu'il résultait de ses constatations que l'huissier avait rempli sa mission en présence du salarié ».

À partir de 2016, la Chambre sociale affirme sans ambages que « le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi »³⁶⁷. Il ressort de cet attendu deux conditions : le caractère nécessaire à la production des éléments de preuve et le caractère proportionné de l'atteinte.

Concernant la première condition, la Chambre sociale a évolué. Depuis l'arrêt *Petit Bateau* l'admission de ces éléments de preuve est subordonnée à la démonstration du caractère indispensable de leur production dans l'exercice du droit de la preuve et non plus seulement au caractère nécessaire³⁶⁸. Les preuves indispensables sont celles qui apparaissent comme étant « les seules qui puissent permettre au juge de trancher en connaissance de cause »³⁶⁹. Ce resserrement des éléments admissibles autour du caractère indispensable, pour forger la conviction du juge, n'est toutefois pas suivi par le Conseil d'État. La juridiction administrative, qui a eu à connaître d'un litige portant sur l'autorisation administrative de licenciement concernant un salarié protégé, a conclu que l'employeur, dans le cadre d'une enquête interne, ne peut procéder à la consultation des comptes bancaires personnels du salarié, « alors que cette consultation n'était pas nécessaire pour établir la matérialité des allégations qui avaient été portées à sa connaissance par un tiers »³⁷⁰.

³⁶⁶ Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818, Bull. civ. V, n° 84, D. 2007. 1590, obs. A. Fabre ; *Dr. soc.* 2007. 951, chron. J.-E. Ray ; *RTD civ.* 2007. 637, obs. M. Perrot ; *JCP E* 2007, n° 41.

³⁶⁷ Cass. soc., 9 novembre 2016, arrêt précité.

³⁶⁸ « Attendu cependant [...], que le droit de la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit *nécessaire* à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi », Cass. soc., 9 novembre 2016, arrêt précité.

³⁶⁹ G. LARDEUX, *op. cit.*, n° 408.

³⁷⁰ CE 2 mars 2020, n° 418640, Lebon ; *AJDA* 2020, 1269.

Si l'arrêt *Petit Bateau* est l'occasion d'énoncer le mode opératoire déjà esquissé en 2016³⁷¹, il présente surtout la particularité de placer l'ensemble de cette méthode d'appréciation sous le fondement du droit à un procès équitable³⁷² et d'ancrer le droit à la preuve au visa « des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du Code civil et 9 de Code de procédure civile ».

Dans cette affaire, le fait que « l'employeur n'avait pas eu besoin de forcer, par ruse ou finauderie, le compte Facebook » puisque les éléments lui sont spontanément communiqués avait permis au juge d'écarter le caractère déloyal de la preuve. Il en va autrement dans l'arrêt *Manfrini* où l'employeur se voit reconnaître la possibilité de produire des informations obtenues illicitement, à charge au juge de vérifier que le droit à un procès équitable est garanti.

107. En matière de preuve, deux tendances sont à l'œuvre. La première concerne l'accès à la preuve. Alors que la constitution de la preuve requiert certaines fois de fouiller, ou s'immiscer dans des sphères où il n'est pas permis d'entrer sans autorisation, les TIC, dans cette perspective, vont favoriser l'accès aux éléments de preuve et ainsi jouer un rôle stratégique. La seconde tendance porte sur l'admission des modes de preuve. En arrimant le droit à la preuve à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le juge doit nécessairement combiner celui-ci avec d'autres droits fondamentaux. Sans être nécessairement liées, ces deux dynamiques se combinent et participent à l'essor du droit de la preuve au détriment du droit à la vie privée.

Dans sa recherche de conciliation des intérêts en présence, la Cour de cassation a multiplié les tempéraments au principe initialement posé par l'arrêt *Nikon*. Il en résulte un incontestable affaiblissement de la protection du droit au respect de la vie privée « au temps et au lieu du travail ». Cette fragilité est également notable dans les décisions de la CEDH.

³⁷¹ « Le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but recherché », cass. soc., *Petit Bateau*, arrêt précité.

³⁷² « La Cour de cassation, dans le sillage de la Cour européenne des droits de l'homme, consacre, dans l'ordre positif, un droit (fondamental) à la preuve. Ce droit processuel – qui s'attache au droit à un procès équitable, longtemps simple figure du discours doctrinal, a permis, à certaines conditions gymniques, de contourner les empêchements juridiques faisant traditionnellement barrage à l'admissibilité de certains éléments de preuves », P. ADAM, « Droit à la preuve, protection de la vie privée et réseaux sociaux », *Dr. soc.*, 2021, p. 14.

2 - La protection relative de la CEDH

108. L'affaire *Bărbulescu c/ Romania*³⁷³ est une illustration topique du fait que le droit au respect de la vie privée du salarié est sous tension face aux TIC. Dans cette affaire, un employeur avait enregistré pendant neuf jours l'activité numérique d'un salarié à l'aide d'un logiciel espion. L'analyse du journal d'activité révèle que le salarié utilisait à des fins personnelles le compte yahoo messenger ouvert à titre professionnel pour correspondre avec les clients de l'entreprise. Le salarié nie, l'employeur produit alors l'intégralité de la correspondance entretenue avec le frère et la fiancée du salarié.

Dans un premier arrêt de chambre, la Cour conclut à l'absence de violation de l'article 8, tandis que l'arrêt rendu en Grande chambre sauvegarde le droit au respect de la vie privée du salarié face aux intrusions numériques de l'employeur. Dans un premier temps, la Cour vérifie l'applicabilité de l'article 8 par. 1 et elle conclut qu'il « trouve à s'appliquer en l'espèce »³⁷⁴. La Cour rappelle que la « notion de vie privée est une notion large »³⁷⁵. S'appuyant sur les affaires *Halford et Copland*³⁷⁶ elle dit « que les messages électroniques envoyés depuis le lieu de travail doivent jouir de la même protection au titre de l'article 8 que les autres types de communication, tout comme les éléments recueillis au moyen d'une surveillance de l'usage qu'une personne fait de l'Internet »³⁷⁷. L'affaire *Bărbulescu* diffère cependant des affaires *Halford et Copland* puisque dans un règlement interne l'employeur avait interdit l'usage des outils professionnels à des fins personnelles.

Dans un second temps, la Cour, qui fait porter son appréciation sur les dispositions de l'article 8 § 2, rappelle que, « si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne commande pas seulement à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée »³⁷⁸. C'est donc sur le terrain des obligations

³⁷³ CEDH, 12 janvier 2016, req. n° 61496/08, *Bărbulescu c/ Romania*, D. 2016. 807, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *ibid.* 2018. 138, obs. J.-F. Renucci ; *Dr. soc.* 2017. 355, étude G. Raimondi ; *Dalloz IP/IT* 2016. 211, obs. P. Adam ; *RJS* 2016 n° 387, *Dalloz actualité*, 29 janv. 2016, obs. M. Peyronnet ; *JCP* 2016. 124, obs. D. Corrignan-Carsin ; *JS Lamy* 2016, n° 407, p. 4, obs. M. Hautefort.

³⁷⁴ *Ibid.*, §46.

³⁷⁵ *Ibid.*, §35.

³⁷⁶ Arrêts précités.

³⁷⁷ CEDH, 12 janvier 2016, *Bărbulescu c/ Romania*, arrêt précité, §36.

³⁷⁸ *Ibid.*, §52.

positives que la Cour a situé son analyse³⁷⁹ pour déterminer si l'État a ménagé un juste équilibre entre le droit du requérant au respect de sa vie privée et de sa correspondance et les intérêts de l'employeur de l'intéressé³⁸⁰. Dans la pesée des intérêts en balance, la Cour conclut que rien n'indique que les autorités roumaines ont manqué « à aménager un juste équilibre » ; ce qui permet de dire qu'« il n'y a pas eu de violation de l'article 8 de la Convention »³⁸¹. Pour parvenir à cette conclusion la Cour retient l'argument avancé par l'employeur : le salarié ayant nié l'usage personnel de la messagerie, l'employeur pouvait légitimement croire que le contenu était professionnel³⁸². Elle relève ensuite que les juridictions internes n'ont pas fait cas du contenu des messages et qu'elles se sont contentées de noter que le salarié avait contrevenu à l'interdiction qui lui était faite d'utiliser l'ordinateur à des fins personnelles³⁸³. Elle juge enfin que la surveillance était limitée et proportionnée et ajoute qu'il n'est pas déraisonnable pour un employeur de vouloir vérifier la bonne exécution des tâches pendant le temps de travail³⁸⁴.

Par cet arrêt de chambre, légitimant le pouvoir de contrôle de l'employeur, il était possible de penser que la Cour européenne des droits de l'homme avait décidé de faire primer l'intérêt de l'entreprise sur la vie privée des salariés. Cependant en vertu de l'article 43 de la Convention, le requérant M. Bărbulescu a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande chambre dont le verdict ira cette fois dans le sens de la sauvegarde du droit au respect de la vie privée du salarié sur le lieu de travail³⁸⁵.

109. À l'occasion du renvoi, les juges de la Grande chambre rappellent comme dans la précédente décision que « la notion de “vie privée” est une notion large »³⁸⁶. Ils vont cependant plus loin dans leur appréciation et relèvent que si le salarié était informé de l'interdiction d'utiliser l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur à des fins personnelles « il

³⁷⁹ En ce sens : *ibid.*, §53.

³⁸⁰ En ce sens : *ibid.*, §54.

³⁸¹ *Ibid.*, §63.

³⁸² En ce sens : *ibid.*, §57.

³⁸³ En ce sens : *ibid.*, §58.

³⁸⁴ En ce sens : *ibid.*, §59.

³⁸⁵ CEDH, Gde Ch., 5 septembre 2017, req. n° 61496/08, *Bărbulescu c/ Romania* ; *AJDA* 2017. 1639 ; *ibid.* 2018. 150, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2017. 1709 ; *ibid.* 2018. 138, obs. J.-F. Renucci ; *Dr. soc.* 2018. 455, étude B. Dabosville ; *Dalloz IP/IT* 2017. 548, obs. E. Derieux ; *Dalloz actualité*, 11 sept. 2017, obs. M. Peyronnet ; *JS Lamy*, n° 439-3, obs. H. Tissandier ; *JCP S* 2017. 1328, obs. G. Loiseau ; Procédures 2017. comm. 240, obs. A. Bugala ; *JCP* 2017. 1169, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *CCE* 2018. étude 2, obs. L. Draï ; *ibid.* comm. 6, obs. E. A. Caprioli ; *JCP* 2018. Doctr. 34, obs. F. Sudre.

³⁸⁶ *Ibid.*, §70.

n'est pas aussi clair qu'il ait été informé que ses communications étaient surveillées »³⁸⁷. Par ailleurs, la Cour précise que « les instructions d'un employeur ne peuvent réduire à néant l'exercice de la vie privée sociale sur le lieu de travail »³⁸⁸. Ainsi, l'interdiction faite au salarié n'emporte pas le droit de contrôler ; de même qu'une interdiction absolue n'est pas acceptable.

Sur le respect de l'article 8 de la Convention, la Cour fixe une grille d'analyse à partir des principes généraux applicables à l'appréciation de l'obligation positive pour l'État d'assurer le respect de la vie privée et de la correspondance dans le cadre des relations de travail. Ainsi, le salarié doit être averti d'une possible surveillance et cette information doit porter sur la nature, l'étendue de la surveillance et le degré d'intrusion dans la vie privée. Les mesures de surveillance doivent être justifiées. Il faut ensuite examiner, d'une part, l'existence de mesures moins intrusives au regard du but poursuivi et, d'autre part, la gravité des conséquences pour le salarié. C'est au regard de l'ensemble de ces éléments que la Cour apprécie la situation et conclut en l'espèce à la violation de l'article 8.

L'affaire *Bărbulescu* fixe des garanties procédurales applicables au respect du droit à la vie privée au regard des TIC. Ce droit n'est pas violé si l'employeur organise la surveillance électronique dans le respect des conditions énoncées par la Cour. Tandis que dans l'arrêt de chambre, les intérêts légitimes de l'entreprise avaient prévalu, dans l'arrêt de Grande chambre, le droit au respect de la vie privée prime. Néanmoins, la Cour admet que la surveillance est possible à condition que l'employeur avertisse le salarié et qu'il prenne des mesures de surveillance raisonnables (justifiées et proportionnées).

110. Cette affaire illustre l'influence des TIC à deux niveaux. L'influence est d'abord notable sur les comportements. Ainsi, par leur caractère supposé indétectable, leur facilité de mise en œuvre – en l'espèce l'installation d'un logiciel espion – les TIC incitent l'employeur à la surveillance ; et par leur prétendu caractère incontournable elles poussent le salarié à un usage personnel – argument soutenu par le requérant qui « insiste sur l'évolution des TIC et celle des mœurs et des usages sociaux à cet égard »³⁸⁹. Cette influence sur les comportements rejaille sur l'articulation des intérêts en présence dans l'entreprise. Ainsi, les TIC jouent un rôle central dans la confrontation entre les intérêts de l'entreprise et le droit au respect de la vie privée du

³⁸⁷ *Ibid.*, §77.

³⁸⁸ *Ibid.*, §80.

³⁸⁹ *Ibid.*, §84.

salarié conduisant le juge à délimiter dans des conditions strictes un cadre d'application du droit au respect de la vie privée.

111. L'affaire *Lopez Ribalda* a fourni à la Cour une nouvelle occasion de s'interroger sur l'application du droit au respect de la vie privée sur le lieu de travail au regard des TIC. Elle signale un glissement dans la mise en balance des intérêts pris en compte. Dans cette affaire, la CEDH a été saisie d'une requête en vue notamment de constater la violation de l'article 8 dans une situation de vidéosurveillance cachée sur le lieu de travail. Un directeur de supermarché soupçonnant des vols installe deux types de caméras de surveillance. Les premières sont installées à l'entrée et à la sortie du magasin ; elles sont signalées et visibles tandis que la seconde catégorie de caméras, est dissimulée et orientée pour surveiller les caisses. Les images recueillies confirmant ces soupçons de vols quinze salariés sont licenciés. Cinq d'entre elles forment un recours devant les juridictions espagnoles et après l'épuisement des voies de recours saisissent la CEDH. Cette affaire fait d'abord l'objet d'un premier arrêt rendu en formation de chambre à l'issue duquel les juges concluent à la violation de l'article 8³⁹⁰ suivi d'un arrêt en Grande chambre conduisant au rejet de la violation³⁹¹. Si « les requérantes reconnaissent qu'un employeur doit pouvoir installer des systèmes de surveillance pour protéger ses biens, [elles] considèrent que ce droit doit être limité pour préserver le droit au respect de la vie privée des employés. Elles expliquent que, en l'espèce, elles et l'ensemble du personnel du supermarché ont été filmés des semaines durant, pendant toute la journée de travail, sans en avoir été préalablement informés »³⁹². Leur principal grief portait donc sur le défaut d'information de la surveillance mise en œuvre et partant, constitutif d'une violation du droit au respect de la vie privée.

La Cour s'appuie sur la grille de lecture énoncée à l'occasion de l'arrêt *Bărbulescu*. Concernant le défaut d'information, « elle considère que l'exigence de transparence et le droit à l'information qui en découle revêtent un caractère fondamental, en particulier dans le contexte des relations de travail, où l'employeur dispose à l'égard des salariés de pouvoirs importants dont il convient d'éviter tout abus »³⁹³. Cependant « elle rappelle que l'information donnée à la personne faisant l'objet d'une surveillance et son ampleur ne sont que l'un des critères à prendre

³⁹⁰ CEDH, 9 janvier 2018, req. n° 1874/13, 8567/13, *Lopez Ribalda et autres c/ Espagne*.

³⁹¹ CEDH, Gde ch., 17 octobre 2019, *Lopez Ribalda et autres c/ Espagne*, arrêt précité.

³⁹² *Ibid.*, §97.

³⁹³ *Ibid.*, §131.

en compte pour apprécier la proportionnalité d'une telle mesure dans un cas donné »³⁹⁴. L'absence de ce critère n'est pas constitutive à elle seule d'une violation de l'article 8. « Si une telle information fait défaut, les garanties découlant des autres critères revêtiront d'autant plus d'importance »³⁹⁵. En d'autres termes, les critères énoncés par la CEDH ne sont pas cumulatifs ; ils constituent plutôt un faisceau d'éléments permettant de conclure à la violation de l'article 8 ou de l'exclure.

Dans cette affaire, l'intérêt légitime de l'employeur à protéger les biens de l'entreprise a été déterminant. Ainsi, la Cour relève que « l'ampleur des pertes constatées par l'employeur pouvaient donner à penser que des vols avaient été commis par plusieurs personnes et qu'informer l'un des quelconques membres du personnel risquait effectivement de compromettre le but de la vidéosurveillance qui était, comme l'ont relevé ces juridictions, de découvrir d'éventuels responsables de vols mais aussi de s'assurer des preuves permettant de prendre des mesures disciplinaires à leur égard »³⁹⁶. Sous l'influence de cette décision, il est douteux que l'arrêt *Néocel* rendu par la Cour de cassation en 1991 aurait donné lieu au même attendu³⁹⁷ selon lequel « la caméra était dissimulée dans une caisse, de manière à surveiller le comportement des salariés sans qu'ils s'en doutent, la Cour d'appel, qui a retenu à tort, comme moyen de preuve, l'enregistrement effectué à l'insu de la salariée »³⁹⁸ invalidant le licenciement pour faute grave d'une salariée pour vol.

112. En résumé, les TIC sont à l'origine de la pénétration de la vie privée dans l'entreprise. Leur introduction dans l'entreprise a permis au salarié la reconnaissance d'un droit au respect de sa vie privée au lieu et au temps de travail. Leur omniprésence actuelle a suscité une tension dans l'entreprise qui a contraint le juge à un rééquilibrage. Dans le même temps, les TIC permettent un travail nomade qui passe les portes de l'entreprise et qui investit des espaces initialement dédiés à la vie privée et personnelle. Cette situation met en tension le droit au respect de la vie privée et suscite la recherche de nouveaux équilibres.

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ *Ibid.*

³⁹⁶ *Ibid.*, §128.

³⁹⁷ « Le droit à la preuve pourrait donc bien faire plier l'arrêt *Néocel* de 1991 », Ch. MATHIEU, O. LECLERC, « Controverse : Quelle vigueur du droit à la preuve en droit du travail ? », *RDT*, 2020, p. 652.

³⁹⁸ Cass. soc., 20 novembre 1991, arrêt précité.

§2 – La pénétration du travail salarié dans les espaces dédiés à la vie privée et personnelle

113. La séparation des espaces famille/travail prend corps à l'ère industrielle. À partir du moment où le travail s'exerce à l'usine, le travail et la famille sont pensés séparément³⁹⁹. Alors que l'ère industrielle du 19^e siècle avait œuvré pour fixer l'ouvrier au sein de l'usine, les TIC permettent au travail de s'exercer en tout lieu. Rigidité, discipline caractérisent l'usine du 19^e siècle tandis que flexibilité, mobilité, autonomie sont les valeurs de l'entreprise à l'ère numérique. Le travail initialement posté est devenu nomade. Le salarié doté d'un téléphone portable, pourvu d'un ordinateur portable équipé d'une connexion internet peut travailler à partir de n'importe quel endroit.

Ces deux périodes que tout semble séparer ont pourtant un point commun saillant. Chacune de ces deux époques est marquée par l'irruption de la technique dans le travail, le machinisme au 19^e siècle et les TIC au 21^e siècle. Une analyse diachronique permet de mettre en parallèle ces deux périodes afin d'étudier les bouleversements sur l'organisation du travail qui en ont résulté et les conséquences directes sur la vie du salarié⁴⁰⁰.

Ainsi, tandis que le travail à l'usine est à l'origine de la définition des espaces de production et de reproduction précisément délimités, la délimitation des espaces, résultante de l'organisation de la production en un lieu unique, a rendu propice l'émergence de la vie privée (A). Inversement, le travail grâce aux TIC a fait disparaître les frontières de lieux privés et professionnels. Cette interpénétration des espaces comporte des risques d'immixtion du travail dans la vie privée du salarié (B).

³⁹⁹ En ce sens : « La première règle fondamentale de toute discipline manufacturière repose sur la séparation stricte entre un dedans et un dehors, entre le lieu de production et l'environnement extérieur, comme s'il fallait extraire d'abord, puis éloigner le facteur travail de toutes influences corruptrices, pour enfin discipliner celui-ci à l'intérieur de l'enclos manufacturier. », A. COULOMBEL, *L'entreprise et le temps : figures d'hier et d'aujourd'hui*, L'Harmattan, 2001, p. 58.

⁴⁰⁰ Sur la comparaison de ces deux époques prise comme angle d'analyse pour d'autres thèmes du travail, v., C. BONICI, « Les chauffeurs Uber, canuts du XXI^e siècle ? », *Recma*, 2017, n° 346, pp. 87-99.

A – Le travail posté constitutif d’une unité de lieu de travail

114. Le développement du machinisme justifiant le rassemblement des ouvriers dans un même lieu va conduire à une nouvelle organisation du travail et instituer le travail posté dans un lieu unique (1). Ce changement aura notamment pour conséquence d’établir une frontière entre vie privée et vie au travail (2).

1 – Le rassemblement des ouvriers dans un lieu unique de travail

115. Dans la première moitié du 18^e siècle, les ateliers sont ouverts sur le monde extérieur « c’est un espace ouvert sur l’extérieur »⁴⁰¹. Le plus souvent les ateliers sont situés au rez-de-chaussée des lieux de vie, « il n’y a pas de distinction entre l’espace de travail et l’espace d’habitat »⁴⁰². Progressivement, la recherche de gains de productivité grâce aux économies d’échelle⁴⁰³ est à l’origine de la concentration de la main d’œuvre ouvrière en des lieux de production⁴⁰⁴ ; « la rationalité usinière »⁴⁰⁵ devient une préoccupation majeure.

L’histoire lyonnaise du tissage de la soie et de ses ouvriers, les « canuts », illustre parfaitement le passage de l’artisanat à l’industrie, le passage de l’ouvrage manuel à la mécanisation. Initialement les canuts travaillaient à domicile sur des métiers à bras dans des appartements-ateliers. Une première innovation technique va entraîner une réduction de la main d’œuvre nécessaire pour faire fonctionner un métier à tisser. Il s’agit du métier « Jacquard » utilisant des cartes perforées et pouvant fonctionner grâce à un seul ouvrier. L’arrivée des métiers mécaniques regroupés au sein de manufactures installées à l’extérieur de Lyon signe le

⁴⁰¹ A. FARGE, *La vie fragile, violence, pouvoir et solidarité à Paris au 18^e siècle*, Hachette, 1986, p. 131, cité par J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 36.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 43.

⁴⁰³ « Pour S. Chassagne comme pour P. Verley, la concentration de la main-d’œuvre en un seul lieu a pour principal intérêt, via la division du travail et la spécialisation des tâches de permettre l’augmentation de la productivité. Pour ce faire, la “disciplinarisation” du travailleur devient indispensable. En effet, “si l’entrepreneur est un rassembleur, dont le succès se mesure à la fois nombre d’ouvriers regroupés sous son autorité et à la mise au travail harmonieuse de cette troupe hétérogène” alors il revient à la discipline d’assurer cette combinaison cohérente et proportionnée des facteurs de production. », A. COULOMBEL, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁰⁴ A. Coulombel souligne que l’usine outre les gains de production qu’elle permet, a aussi une fonction morale. Elle doit permettre de lutter contre le vagabondage vu comme un « résidu social ». « Quand le corps productif requiert stabilité et travail laborieux, l’oisiveté (dans l’ordre temporel) et le vagabondage (dans l’ordre spatial) menacent, ensemble, l’ordre et la norme. De L. Reybaud à Villermé, ingénieurs, utopistes, hygiénistes insistent sur la nécessité de fixer ou de stabiliser l’errance de cette population. », *ibid.*, p. 109.

⁴⁰⁵ J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 37.

déclin du tissage artisanal à domicile. Les gains de productivité qui en résultent précipitent les canuts dans la misère. Ce changement dans l'organisation du travail, radical et douloureux, sera d'ailleurs à l'origine de la première révolte sociale⁴⁰⁶.

116. Cette nouvelle organisation de la production donne naissance à la séparation des espaces de vie privée et de vie professionnelle. L'usine devient un espace à part entière obéissant à des règles qui lui sont propres⁴⁰⁷. Une discipline de fer est édictée par les règlements d'atelier⁴⁰⁸. Tout est fait pour que les ouvriers « comprennent qu'ils sont dans un ailleurs qui ne relève en rien, ni de leur espace privé, ni du champ public »⁴⁰⁹.

117. Le livret ouvrier est une autre illustration de la logique d'enracinement de l'ouvrier à l'usine. Instauré par la loi du 22 germinal an XI (12 avril 1803) le livret ouvrier sert de « sauf-conduit » permettant à l'ouvrier de changer d'employeur. Selon les termes de l'article 12 de la loi « nul ne pourra (...) recevoir un ouvrier, s'il n'est porteur d'un livret portant le certificat d'acquit de ses engagements, délivré par celui de chez qui il sort ». Conçu comme une mesure de police visant à surveiller l'ouvrier et à éviter son vagabondage, il sert également d'instrument de discipline contractuelle. Cette fonction est mise en lumière par Marc Sauzel, qui souligne que « le livret est une garantie d'un ordre spécial, mais très énergique, imaginé dans l'intérêt du patron, et du patron seul, pour lui assurer le paiement par l'ouvrier, débiteur non solvable, de sa dette de travail, en première ligne, et aussi, éventuellement, de la dette d'argent qu'il a pu contracter en obtenant des avances sur son salaire »⁴¹⁰. L'ouvrier dépend de l'employeur pour obtenir la signature du livret ouvrier. Par ce biais, l'employeur exerce sur l'ouvrier une double contrainte : celle de finir la tâche, dénommée « dette de travail » par Marc Sauzel et celle de rembourser les éventuelles dettes d'argent prenant la forme d'avances sur salaire. La pratique

⁴⁰⁶ Sur l'histoire des canuts, v., C. BONICI, article précité.

⁴⁰⁷ « Ainsi, la première règle fondamentale de toute discipline manufacturière repose sur la séparation stricte entre un dedans et un dehors, entre un lieu de la production et l'environnement extérieur, comme s'il fallait extraire d'abord puis éloigner le facteur travail de toutes influences corruptrices, pour enfin discipliner celui-ci à l'intérieur de l'enclos manufacturier. », A. COULOMBEL, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁰⁸ « C'est à travers ces documents que nous découvrons les premiers rudiments d'une gestion rationnelle de la main-d'œuvre tournée vers le contrôle de son comportement, de son assiduité, de son obéissance », *ibid.*, p. 113.

⁴⁰⁹ J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 47.

⁴¹⁰ M. SAUZEL, « Le livret obligatoire des ouvriers », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Paris, Librairie Cotillon, 1890, p. 15, cité par J.-P. LE CROM, « Le livret ouvrier : entre assujettissement et reconnaissance de soi », in Y. LE GALL, D. GAURIER, P.-Y. LEGAL (dir.), *Du droit du travail aux droits de l'humanité*, Études offertes à Ph.-J. HESSE, Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 92.

fréquente des avances sur salaire permet de fixer l'ouvrier : il perd sa liberté d'aller et venir puisqu'il ne peut récupérer son livret qu'après avoir remboursé les avances dont il a bénéficié ; ce qui est la plupart du temps impossible au vu de la disproportion entre le salaire et le montant de l'avance consentie.

118. Si cette organisation du travail démontre la volonté d'enfermer et d'enraciner l'ouvrier à l'usine, la création d'un espace clos de travail entraîne par voie de conséquence involontaire la séparation des espaces dédiés à la vie privée et à la vie au travail⁴¹¹.

2 – Un lieu clos de travail : la séparation des espaces privé et professionnel

119. Dans un premier temps, l'enracinement de l'ouvrier dans « l'enclos manufacturier »⁴¹² crée un espace de travail séparé des lieux de vie mais les conditions et la durée de travail sont telles que la notion même de vie privée n'existe pas. Ainsi, les témoignages d'ouvriers publiés dans *La parole ouvrière* d'Alain Faure et Jacques Rancière montrent que la vie privée est une notion inexistante car temporellement impossible. L'ouvrier travaille 14 à 18 heures par jour et quand il ne travaille pas, il dort ou essaye de survivre⁴¹³. Entre 1830 et 1930, l'amélioration du logement et des conditions de travail va très progressivement permettre le développement d'un espace de vie privée à côté du travail à l'usine.

120. Le logement institué comme siège de la vie privée est d'abord une construction bourgeoise. Au 19^e siècle, les espaces se codifient. « La vie privée s'inscrit dans les lieux distincts, des pièces dont la dénomination indique la spécialisation (salle à manger, chambre à coucher) et aussi la hiérarchisation des relations sociales qui peuvent y avoir lieu (de l'intimité à la

⁴¹¹ Michel Foucault a montré que l'enclôture des ouvriers dans les ateliers manufacturiers a répondu à une logique disciplinaire : « La discipline procède d'abord à la répartition des individus dans l'espace. [...] La discipline parfois exige la *clôture*, la spécification d'un lieu hétérogène à tous les autres et fermé sur lui-même. », M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 166.

⁴¹² Expression empruntée à A. COULOMBEL, *op. cit.*, p. 59.

⁴¹³ « Nous travaillons entre 14 et 18 heures par jour, dans l'attitude la plus pénible ; notre corps se déforme et se casse ; nos membres s'engourdissent et perdent leur vigueur ; notre santé se ruine et nous ne quittons l'atelier que pour entrer à l'hôpital », Ouvrier Grignon, 1833 ; « Nous vivons machinalement sans savoir ni comment ni pourquoi ; nous pâtissons, nous végétons et nous nous contentons de gémir... nous naissons dans l'indigence, nous vivons dans la misère, et nous mourons dans la pauvreté : notre existence est une longue suite non interrompue de souffrances, de privations, qu'aucun plaisir, qu'aucune satisfaction ne vient interrompre !... » Charles Noiret, ouvrier tisserand, 1840, A. FAURE, J. RANCIÈRE, *La parole ouvrière 1830/1851, Textes rassemblés et présentés par A. Faure et J. Rancière*, Union générale d'édition, Paris, 1976, pp. 75-76 ; p. 105.

représentation). Le logement lui-même fonctionne désormais dans une relation d'opposition avec l'extérieur »⁴¹⁴.

Pour les ouvriers, la séparation de la vie privée n'existe pas encore car il faut disposer d'un logement décent pour commencer à l'envisager comme le siège de la vie privée. Or, dans son enquête sur les conditions de vie des ouvriers, le Dr Villermé fait apparaître des conditions de logement précaires. « Un grand nombre de familles habitent, surtout dans les villes manufacturières, une seule pièce encombrée de lits, de coffres, de chaises, métiers, d'outils, dans laquelle elles couchent, travaillent, font la cuisine et prennent leurs repas »⁴¹⁵. Dans ces lieux, la promiscuité exclut toute notion d'intimité ou même de vie privée.

Sous l'effet de l'industrialisation, le besoin croissant de main d'œuvre génère une pénurie de logement urbain. L'entassement et l'insalubrité conduisent à une dégradation des conditions d'habitat. Médecins, philanthropes et hommes politiques vont alors s'intéresser à la question du logement⁴¹⁶. Ainsi, plusieurs facteurs sont à l'origine de l'amélioration du logement. D'abord, les questions d'hygiène publique, de surdensité donnent naissance au courant hygiéniste. À partir d'enquêtes sur la vie des ouvriers, médecins et ingénieurs mettent en corrélation la santé physique et morale des ouvriers et habitat. Des calculs de volume d'air nécessaires en fonction de la superficie des lieux de vie du nombre d'occupants sont notamment réalisés. Ces analyses alertent une partie de la bourgeoisie dite philanthrope. Ensuite, les révoltes ouvrières (les révoltes des Canuts, 1832 et 1834 ; la révolte ouvrière à Paris 1848) favorisent une prise de conscience sur la nécessité de contrôler l'espace urbain. Dans ce contexte, le logement social apparaît comme la réponse au climat social agité de l'époque. Ainsi, la première loi relative à la lutte contre le logement insalubre est votée par l'assemblée législative le 13 avril 1850. Présentée comme une loi de « haute police sociale », elle recevra en pratique une faible application. La notion d'insalubrité définie par la loi étant vague, de nombreuses communes ne mettent pas en place les commissions chargées de « définir et proposer les mesures indispensables à la mise en état des logements insalubres »⁴¹⁷ prétextant l'absence de logements insalubres dans leur ressort.

⁴¹⁴ Ph. PANERAI, J. CASTEX, J.-Ch. DEPAULE, *Formes urbaines, de l'îlot à la barre*, Ed. Parenthèses, 2004, p. 145.

⁴¹⁵ L.-R. VILLERMÉ, *op. cit.*, p. 133.

⁴¹⁶ « Patronat industriel, médecins propagateurs de l'hygiène publique élaborent des politiques de logement destinées, par le désentassement, à sauver les ouvriers de la tuberculose et de l'alcoolisme. », R.-H., GUERRAND, « Espaces privés », in Ph. ARIES, G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée*, M. PERROT (dir.), *De la révolution à la grande guerre*, T.4, Seuil, 1987, p. 314.

⁴¹⁷ Article 1^{er} de la loi du 13 avril 1850.

Dans le même temps, un élan philanthropique et paternaliste se développe. Ainsi, « tôt dans le siècle, des esprits clairvoyants avaient compris que le bon logement était l'une des clés de la paix sociale et le meilleur moyen de lutter contre les utopies et - après 1848 - contre le socialisme »⁴¹⁸. Des projets de cités ouvrières voient le jour comprenant des logements sains, bien aérés⁴¹⁹. Il est possible de citer notamment la cité Napoléon à Paris, la cité de Mulhouse, le village de Noisiel fondé par Émile Justin Menier, la cité du Creusot fondée par la famille Schneider ou encore les barres à Briard construites sous l'impulsion de Jean-Félix Bapterosses.

121. En parallèle, la notion de vie privée s'étend dans toute la société et « un désir d'intimité familiale, conjugale et personnelle traverse l'ensemble de la société et s'affirme avec une insistance particulière au début du 20^e siècle »⁴²⁰. Au milieu du 20^e siècle, l'ouvrier a un logement qui lui permet de développer sa vie privée. Son travail s'exerce à l'usine ; il est distinct de son espace de vie privée.

122. Durant cette période, le développement du machinisme a justifié la concentration des ouvriers dans un lieu clos et a conduit à la séparation des espaces travail/vie privée. En d'autres termes, l'organisation du travail dicte l'organisation de la société. Avec l'introduction des TIC dans l'entreprise cet invariant se poursuit. Le début du 21^e siècle est marqué par des changements profonds dans l'organisation du travail qui se répercutent sur la société. Alors que le machinisme justifiait de lutter contre le nomadisme ouvrier, les TIC permettent la déconstruction de cette organisation et font éclater la triple unité de temps, de lieu et d'action héritée du fordisme. Il en résulte une liberté d'organisation, vue comme la possibilité de concilier vie privée et vie professionnelle, entraînant au passage la disparition de la frontière entre les espaces privé et professionnel. Ainsi, à ces deux époques, la technique a permis la mise en œuvre d'une organisation du travail rejaillissant sur la vie privée du salarié. Le travail en un lieu unique à l'usine érige une frontière hermétique entre vie au travail et vie privée, tandis que le travail grâce aux TIC rend cette frontière perméable. Autrement dit, le travail posté enracine, le travail non posté déracine.

⁴¹⁸ R.-H., GUERRAND, *op. cit.*, p. 362.

⁴¹⁹ « La maison est un élément de fixation. D'où la place des cités ouvrières dans les stratégies patronales de formation d'une main d'œuvre stable. », *ibid.*, p. 320.

⁴²⁰ *Ibid.*

B - Le travail nomade constitutif de l'éclatement des lieux de travail

123. « Dans une étude intitulée “Trois projets pour un même objet”, le sociologue Alexandre Largier montre [...] que le télétravail peut s’inscrire dans trois perspectives différentes : un projet politique d’organisation de la société, un projet de mode de vie dont l’individu est acteur et un projet managérial ou organisationnel, caractéristiques des entreprises en quête de flexibilité »⁴²¹. Comme le souligne Nicole Aubert « Internet incarne la victoire de la technologie sur les limites du temps et de l’espace »⁴²² et illustre le miracle de l’ubiquité enfin possible : être là sans être présent, participer à une réunion sans être dans la salle de réunion... À ce titre, Jacques Le Goff parle de « balkanisation des relations de travail »⁴²³. Les TIC ont permis le travail à distance offrant une réponse aux aspirations de la génération dite *Millenniale* connectée sur les réseaux sociaux, habituée à partager ses idées, ses projets et désireuse de concilier vie privée et vie professionnelle⁴²⁴. En facilitant le travail en tout lieu, les TIC participent à la promotion du temps flexible et contribuent au changement de la perception du travail posté sur un lieu de travail⁴²⁵. En ce sens, le télétravail répond à un projet de mode de vie individuel. Puisque la technologie le permet, alors il faut développer ce nouveau mode d’organisation du travail. D’autres rapports encore soulignent le caractère incontournable du télétravail⁴²⁶. Le législateur va alors s’en saisir dans la perspective de l’inscrire comme projet politique d’organisation de la société. La crise sanitaire née de la pandémie de Covid-19 a eu notamment pour effet de propulser le télétravail au premier rang offrant les conditions d’un laboratoire social grandeur nature. Alors qu’il n’était qu’une forme de travail secondaire, il en est devenu

⁴²¹ B. GÉNIAUT, article précité.

⁴²² N. AUBERT, *op. cit.*, p. 216.

⁴²³ J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 505.

⁴²⁴ En ce sens : EUROFOUND, OIT, *Working anytime, anywhere : The effects on the world of work*, Rapport conjoint, Office of the European Union, Luxembourg, International Labour Office, Geneva, 2017, p. 9 ; les auteurs du rapport identifient trois facteurs ayant concouru au développement du télétravail : la recherche d’un meilleur équilibre entre vie privée et travail alliée à une organisation du temps de travail flexible permettant de prendre en compte les besoins personnels sont les deux premiers facteurs.

⁴²⁵ « Crucial to this development is the detachment of work from traditional office spaces. Smartphones, tablets and similar devices enable not only traditional forms of telework (working from home or home-based telework), they also facilitate working on the move (what this report calls ICT-mobile work) and working from any location. », *ibid.*

⁴²⁶ « Répondre à ces évolutions est une nécessité. C’est un enjeu de développement car les pays qui sauront intégrer ces contraintes pourront s’adapter avec plus de facilités à un environnement qu’ils ne maîtrisent pas. Les pays qui sauront utiliser les formes productives offertes par les développements technologiques les plus récents seront les gagnants de la compétition mondiale comme on le voit déjà aujourd’hui. », P. MOREL-A-LHUISSIER, *Du télétravail au travail mobile, un enjeu de modernisation de l’économie française*, Rapport au Premier ministre, 2006, p. 9.

la forme principale voire même l'unique forme durant les temps de confinement. Dans cette perspective, le télétravail correspond à une volonté organisationnelle permettant la continuité de l'activité.

Répondant ainsi à des perspectives variables, le travail à distance offre de multiples visages (1).

124. Si travailler sans être posté à un lieu de travail permet une liberté de mouvement et d'organisation ; cette autonomie, ainsi acquise, se fait aux prix d'un brouillage des espaces professionnel et privé du salarié (2).

1 – Les multiples visages du travail à distance

125. Les travaux du forum des droits sur internet repris dans le rapport du Centre d'analyse stratégique⁴²⁷ ont mis en lumière plusieurs formes de télétravail. Il faut distinguer d'abord le télétravail à domicile tel que prévu et défini par la loi, ensuite le télétravail nomade concernant le salarié conservant un poste de travail physique dans l'entreprise mais utilisant les TIC dans ses déplacements, à la maison, ou chez ses clients, et enfin le télétravail en télécentres qu'ils soient publics ou privés. Le développement du télétravail en grande partie favorisé par les TIC a conduit à la construction d'un cadre juridique qui s'inscrit pleinement dans les trois perspectives identifiées par Alexandre Largier. Cependant, les tentatives de définition illustrent la difficulté de saisir une réalité qui prospère largement en dehors de tout cadre légal.

a – Le télétravail initialement défini par le droit

126. La première étape de la construction juridique du télétravail est européenne, elle a donné lieu à un accord-cadre relatif au télétravail signé par les partenaires sociaux européens⁴²⁸ le 16 juillet 2002. Cet accord-cadre encourage le développement du télétravail afin de « tirer le

⁴²⁷ Centre d'analyse stratégique, *Le développement du télétravail dans la société numérique de demain*, La Documentation française, 2009, p. 14.

⁴²⁸ Signataires de l'accord : l'Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe (UNICE) ; le Centre européen des entreprises à participation publique (CEEP) d'une part, et la Confédération européenne des syndicats (CES) d'autre part.

meilleur parti de la société de l'information »⁴²⁹. Présenté comme « un moyen pour les travailleurs de concilier vie professionnelle et vie sociale »⁴³⁰ tout en gagnant « une plus grande autonomie dans l'accomplissement de leurs tâches »⁴³¹ il est envisagé comme une nouvelle forme d'organisation dont l'émergence est rendue possible grâce aux TIC.

L'accord-cadre définit le télétravail comme « une 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 de travail, 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 »⁴³².

127. En France, la mise en œuvre de l'accord-cadre a donné lieu à la signature d'un accord national interprofessionnel le 19 juillet 2005 qui reprend la définition du télétravail donnée par l'accord-cadre et l'élargit incluant « les salariés "nomades" [en précisant toutefois que] le fait de travailler à l'extérieur des locaux de l'entreprise ne suffit pas à conférer à un salarié la qualité de télétravailleur »⁴³³.

128. L'article 46 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives⁴³⁴ instaure un cadre légal au télétravail. Le chapitre II du titre II du livre II de la première partie du Code du travail est complété par une section 4 intitulée « télétravail ». La définition protéiforme (télétravail nomade, télétravail à domicile) n'a pas été retenue par la loi. Le Code du travail définit le télétravail comme une forme d'organisation « dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon régulière et

⁴²⁹ Accord-cadre sur le télétravail, 16 juillet 2002, 1, Considérations générales, « Les partenaires sociaux considèrent le télétravail à la fois comme un moyen pour les entreprises et les organisations de service public de moderniser l'organisation du travail et comme un moyen pour les travailleurs de concilier vie professionnelle et vie sociale et de leur donner une plus grande autonomie dans l'accomplissement de leurs tâches. Si l'Europe désire tirer le meilleur parti de la société de l'information, elle doit encourager cette nouvelle forme d'organisation du travail, de façon à ce que la flexibilité et la sécurité aillent de pair, que la qualité des emplois soit accrue et que les chances des personnes handicapées sur le marché du travail soient améliorées ».

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ *Ibid.*

⁴³² Accord-cadre sur le télétravail, 16 juillet 2002, 2, Définition et champ d'application.

⁴³³ Article 1^{er} de l'accord national interprofessionnel relatif au télétravail, 19 juillet 2005, étendu par arrêté du 30 mai 2006, JORF n° 132 du 9 juin 2006, texte n° 86.

⁴³⁴ JORF n° 71 du 23 mars 2012, texte n° 1.

volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un avenant à celui-ci »⁴³⁵.

129. Il faut noter deux constantes dans l'ensemble des définitions. D'une part, le télétravail est celui rendu possible grâce aux TIC ; ce qui souligne leur influence dans l'avènement de ce nouveau mode d'organisation du travail. D'autre part, le champ d'application légal du télétravail est subordonné à son caractère régulier et volontaire. Ce faisant, la loi laisse de côté tout un pan du travail nomade. Le travailleur nomade est celui qui tout en gardant un poste dans l'entreprise utilise les TIC et les outils mobiles pour travailler dans n'importe quel lieu. De nombreux salariés, soit parce qu'ils sont en déplacement, soit pour être au calme et finaliser un dossier, soit pour faire face à une contrainte familiale exceptionnelle peuvent décider de travailler chez eux sans pour autant entrer dans le cadre du télétravail légal. Les évolutions en matière de définition montrent le caractère instable de la notion dont il est difficile de saisir la réalité.

b – La volonté du législateur d'élargir le cadre légal

130. En application de l'article 57 de la loi du 8 août 2016 dite *loi Travail*⁴³⁶, les partenaires sociaux⁴³⁷ ont tenu une concertation sur le développement du télétravail et du travail à distance entre janvier et mai 2017. Les conclusions rendues soulignent avec force l'influence des « nouveaux outils digitaux »⁴³⁸ qui permettent de s'abstraire des contraintes de lieu de travail. Selon les rapporteurs « le télétravail est un révélateur de l'impact du numérique sur le travail »⁴³⁹.

Ils attirent également l'attention sur la nécessité « d'élargir la réflexion au travail nomade ou mobile, et donc de prendre en compte le fort développement de la mobilité associée à l'utilisation des technologies numériques, qui ne peut que connaître un succès croissant »⁴⁴⁰.

⁴³⁵ Article L.1222-9 du Code du travail.

⁴³⁶ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n° 184 du 9 août 2016, texte n° 3.

⁴³⁷ Les organisations professionnelles d'employeurs (CGPME, MEDEF, U2P) et les organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel (CFDT, CFE-CGC, CFTC, CGT, FO).

⁴³⁸ Rapport conjoint des partenaires sociaux, *Conclusions de la concertation sur le « développement du télétravail et du travail à distance »*, mai 2017, p. 40.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 5.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 40.

En effet, les enquêtes conduites récemment montrent que le télétravail légal reste marginal tandis que le télétravail informel représente un salarié sur cinq. Ainsi, le rapport du CAS⁴⁴¹ en 2009 dénombre 9,7% de télétravailleurs à domicile chez les cadres et 20% de travailleurs nomades. La proportion est de 2,3 % de télétravailleurs à domicile chez les professions intermédiaires et 9% de travailleurs nomades. Pour les employés, la proportion chute : moins de 1% de télétravailleurs à domicile et 2,7% de travailleurs nomades. Pour les ouvriers, le télétravail dans toutes ses formes est très marginal : 0,1 % de télétravailleurs à domicile et 0,6% de travail nomade. Ces chiffres sont corroborés par l'enquête Malakoff Médéric réalisée en 2018 sur 1507 salariés représentatifs de la population active et 401 dirigeants d'entreprises de plus de dix salariés⁴⁴². La proportion de télétravail en 2020 a connu une très forte augmentation née de la crise sanitaire et du besoin de protection des personnes par la distanciation sociale. Ce pic va-t-il inscrire le télétravail dans la durée ?

131. La volonté politique de faciliter le télétravail n'apparaît pas avec la pandémie de Covid-19. Elle transparait dès l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail⁴⁴³ qui introduit une ouverture dans la définition du télétravail. L'article 21 de l'ordonnance modifie l'article L.1222-9 du Code du travail en supprimant le caractère régulier du télétravail. Aux termes de cet article, le salarié et l'employeur « peuvent convenir de recourir de manière occasionnelle au télétravail ». Une grande souplesse est également introduite dans sa mise en œuvre. Effectivement, bien que subordonné à l'existence d'un « accord collectif ou, à défaut, d'une charte élaborée par l'employeur après avis du comité social économique, s'il existe », il peut quand même, en l'absence de charte ou d'accord collectif, faire l'objet d'un accord entre le salarié et l'employeur qui peut alors être formalisé par tout moyen.

132. Marquée par une crise sanitaire mondiale, l'année 2020 a été l'occasion pour les partenaires sociaux de réévaluer cette forme d'organisation du travail. Un premier travail de diagnostic mené de juin à septembre 2020 a permis d'aboutir à la signature d'un accord national

⁴⁴¹ Centre d'analyse stratégique, rapport précité, p. 24.

⁴⁴² Le comptoir Malakoff Médéric de la nouvelle entreprise, *Regards croisés des salariés et des entreprises du secteur privé sur le télétravail*, janvier 2018, p. 3.

⁴⁴³ Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, JORF n° 223 du 23 septembre 2017, texte n° 33.

interprofessionnel relatif au télétravail ⁴⁴⁴ . Son objectif est d'abord d'« expliciter l'environnement juridique applicable au télétravail et proposer aux acteurs sociaux dans l'entreprise, et dans les branches professionnelles, un outil d'aide au dialogue social, et un appui à la négociation, leur permettant de favoriser une mise en œuvre réussie du télétravail »⁴⁴⁵. À titre liminaire, l'accord insiste sur « l'importance de porter une attention particulière à l'articulation entre le présentiel et le distanciel afin de préserver les fonctionnements collectifs et l'efficacité des organisations du travail » et sur la nécessité de porter une vigilance particulière « à la préservation de la cohésion sociale interne aux conditions de maintien du lien social entre les collaborateurs au regard de la distanciation des rapports sociaux voire de perte du lien social inhérente à l'utilisation des outils de communication à distance ». Si ces constats ont le mérite de mettre en lumière les risques liés à l'éloignement du salarié de la communauté de travail, ils restent principalement déclaratifs et leur portée et leur étendue normatives, dépendantes de la négociation collective, seront variables⁴⁴⁶.

Outre les circonstances exceptionnelles où l'employeur dispose d'un pouvoir unilatéral de décision, l'accord rappelle que la mise en œuvre du télétravail est subordonnée à la règle du double volontariat supposant l'accord du salarié et de l'employeur.

Au surplus, l'accord réaffirme la prise en charge des frais professionnels qui avait été supprimée par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017.

133. Présenté comme un moyen de concilier la vie professionnelle et la vie privée, qu'il soit légal ou informel, le télétravail favorise la pénétration du travail dans les espaces privés et plus particulièrement le domicile. Le télétravail abolirait donc la frontière entre la vie privée et la vie professionnelle afin de permettre au salarié une meilleure articulation de ces deux vies. Alors que le rapport conjoint des partenaires sociaux souligne la contradiction entre les aspirations à une meilleure organisation des temps de vie et les risques de confusion qui en

⁴⁴⁴ ANI du 26 novembre 2020 relatif à la mise en œuvre réussie du télétravail étendu par arrêté du 2 avril 2021, JORF n° 87 du 13 avril 2021, texte n° 71.

⁴⁴⁵ Préambule de l'ANI du 26 novembre 2020.

⁴⁴⁶ « On voit donc que cet ANI du 26 novembre 2020 ne constitue certainement pas une révolution dans la réglementation applicable au télétravail. Les employeurs conservent le bénéfice d'une réglementation très souple introduite par l'ordonnance macron de septembre 2017, tant dans la mise en place du télétravail que dans son organisation. Tandis que les salariés voient simplement réaffirmer des principes importants, notamment celui du double volontariat et de la réversibilité, celui de la prise en charge des frais professionnels par l'employeur et la nécessité de s'appuyer sur le dialogue social. », M. VÉRICEL, « L'accord sur le télétravail : un accord de compromis qui reste à la marge du normatif », *RDT*, 2021, p. 59.

résultent⁴⁴⁷, le retour du travail dans la sphère domestique répond-il à ce souhait ? L'histoire montre que la vie privée en tant qu'espace de vie est advenue par opposition au travail⁴⁴⁸. Il a donc fallu que le travail s'exerce en dehors de la sphère domestique pour que cet espace libéré rende possible un espace dédié à la vie privée. Le retour du travail au domicile n'est-il pas alors le signe du recul de la vie privée et non pas le signe d'une meilleure articulation des temps de vie ? Le droit au respect de la vie privée s'accommode-t-il du télétravail ?

2 – Les accommodements du droit au respect de la vie privée

134. En ce qu'il se réalise au domicile du salarié, le télétravail renvoie à un premier questionnement. Constitue-t-il une immixtion dans la vie privée du salarié ? Et en cas d'immixtion celle-ci est-elle constitutive d'une violation du droit au respect de la vie privée (a) ? Son développement pose une autre série d'interrogations quant à l'utilisation par l'employeur de locaux à usage d'habitation (b).

a – Le télétravail, une immixtion dans la vie privée du salarié ?

135. Les TIC ont permis au travail de réinvestir le lieu jusqu'alors dédié à la famille. Or, le domicile est le siège de la vie privée. Le télétravail envahit également la vie personnelle. En dehors du domicile, les transports sont souvent consacrés au travail (relecture d'un dossier, préparation d'une réunion, envoi de messages). Alors que le travail à distance est souvent présenté comme un instrument de promotion de l'articulation vie privée/vie professionnelle, il faut constater que c'est surtout le travail qui pénètre tous les espaces. Or, Sandrine Maillard-Pinon le souligne, « le domicile n'est pas un lieu de travail comme les autres. Le domicile est la sphère d'intimité par excellence, de sorte que travail à domicile ou télétravail constituent toujours une immixtion dans la vie privée du salarié »⁴⁴⁹.

Le fait pour l'employeur d'imposer au salarié de travailler à son domicile constitue-t-il une atteinte du droit au respect de la vie privée ? Sans l'affirmer explicitement, la Cour de cassation énonce, dans un arrêt du 2 octobre 2001, au visa de l'article L.120-2 du Code du travail et l'article 9 du Code civil « que le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni

⁴⁴⁷ En ce sens : v., Rapport conjoint des partenaires sociaux, précité, p. 20.

⁴⁴⁸ En ce sens : A. PROST, *op. cit.*, pp. 13-132.

⁴⁴⁹ S. MAILLARD-PINON, « Contrat de travail : modification », *Rep. trav.*, Dalloz, n° 4.

d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail »⁴⁵⁰. La Cour de cassation ne s'engage pas précisément sur ce point, elle se contente de censurer la solution retenue par la Cour d'appel qui avait considéré que « l'obligation imposée [...] ne constituait pas une atteinte à la vie privée ». Elle censure le raisonnement de la Cour d'appel sans pour autant affirmer l'inverse. L'absence de l'article 8 de la ConvEDH cité au visa « laisse présager une certaine tolérance face aux restrictions contractuelles à la vie privée qu'induit le travail à son domicile »⁴⁵¹. Bien que le travail à domicile ne puisse être imposé par l'employeur, il n'en constitue pas quand même une violation du domicile. Jean-Emmanuel Ray, pour sa part, souligne que cet arrêt « envoie un signal fort aux employeurs »⁴⁵² dans la mesure le travail à domicile n'est pas condamné à condition qu'il soit choisi.

Le télétravail choisi n'est toutefois plus le seul cas de recours envisageable depuis que le législateur en a assoupli les cas de recours. Initialement fondé sur le volontariat, l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 a prévu la possibilité de rendre nécessaire la mise en œuvre du télétravail « en cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, ou en cas de force majeure pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés »⁴⁵³. Cette faculté, à présent prévue à l'article L.1222-11 du Code du travail semble bien mettre un terme à l'intangibilité du domicile. En d'autres termes, le télétravail, bien que constitutif d'une immixtion dans la vie privée du salarié portant atteinte au droit au respect de la vie privée, serait justifié par l'intérêt de l'entreprise et la protection du salarié proportionné par des circonstances exceptionnelles.

La pandémie due à la Covid-19 a placé cette disposition sous le feu des projecteurs. Pour faire face à cette crise sanitaire, le télétravail a représenté la réponse à l'obligation de distanciation sociale nécessaire à la lutte contre la propagation du virus et à désorganisation de l'activité économique en résultant. En cas de menace épidémique, la mise en œuvre du télétravail ne requiert plus le consentement du salarié. Dans ce cas de figure, sont en avant le projet politique d'organisation de la société à visée sanitaire et le projet organisationnel de l'entreprise. Très éloignée du télétravail choisi, cette modalité ne devrait pas pouvoir s'inscrire dans la durée sauf à admettre que le caractère exceptionnel de cette pandémie a muté pour

⁴⁵⁰ Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.727, Bull. civ. V, n° 292, *Dr. soc.* 2001. 915. 1039, obs. J.-E. Ray ; *D.* 2002. 768, obs. M. Mercat-Bruns ; *ibid.* 2297, obs. A. Lepage ; *RTD civ.* 2002. 72, obs. J. Hauser.

⁴⁵¹ M. MERCAT-BRUNS, « Un salarié ne peut se voir imposer de travailler à domicile », *D.*, 2002, p. 768.

⁴⁵² J.-E. RAY, « La légitime censure des télé-travaux forcés », *Dr. soc.*, 2001, p. 1039.

⁴⁵³ Article L.1222-11 du Code du travail.

devenir la règle. Pour l'heure, le cadre juridique ne le permet pas et le télétravail imposé reste subordonné à l'existence de circonstances exceptionnelles.

136. Tantôt support d'une meilleure organisation individuelle, tantôt au soutien de l'intérêt de l'entreprise, les multiples facettes du télétravail en soulignent l'ambivalence. La lecture du rapport conjoint Eurofound OIT fait ressortir que les personnes interrogées dans les enquêtes nationales en Europe et hors Europe témoignent d'un meilleur équilibre entre vie privée et travail⁴⁵⁴. Les rapporteurs restent néanmoins très prudents car ils soulignent des résultats souvent ambivalents quant aux bénéfices ressentis, y compris venant des mêmes personnes interrogées⁴⁵⁵. Si les effets positifs découlent principalement des gains en matière de temps de transport, il apparaît que les journées plus longues de travail et la confusion des obligations professionnelles et personnelles rendent floue la frontière entre travail et vie privée et augmentent les conflits travail-famille⁴⁵⁶.

Cette ambivalence est due au fait que la conciliation des temps de vie a aussi pour conséquence la déconstruction de la frontière permettant de séparer le travail de la vie privée. Physiquement, une frontière est une ligne de démarcation entre deux espaces. En science du comportement, elle démarque le point à partir duquel les comportements liés à chaque sphère s'arrêtent et commencent. Le brouillage survient quand la frontière devient perméable et que les différents domaines se superposent. Dans ce contexte, un individu se trouve placé en situation de devoir remplir des rôles multiples dans un même espace spatial et/ou temporel. Le conflit de rôle est suscité par la coexistence d'attentes différentes rendant leur satisfaction partielle. La nécessité de procéder à des choix génère une frustration, source d'anxiété et de perte d'efficacité⁴⁵⁷. Travaillant à domicile il n'a pas de délimitation des espaces. Or, le changement d'espaces permet de créer un sas de décompression et favorise la disponibilité. C'est précisément au risque de conflit de rôle que le télétravailleur doit faire face. Sa pause-

⁴⁵⁴ « In France, the OBERGO study suggests that T/ICTM can contribute to work–life balance, even though 61% of home-based teleworkers work longer hours (Lasfargue and Fauconnier, 2015a). », EUROFOUND, OIT, rapport précité, p. 28.

⁴⁵⁵ « Both positive and negative effects of T/ICTM on work–life balance are reported by nearly all of the national studies, sometimes even by the same individuals », *ibid.*, p. 29.

⁴⁵⁶ « At the same time, there is some risk of overlap between work and personal or family life – work–home interference (and also home–work interference) – because of longer working hours and the mix of duties at the same time, which may result in blurring work–life boundaries and increased work– family conflict. » *ibid.*

⁴⁵⁷ En ce sens : C. FELIO, *Pratiques communicationnelles des cadres, usage intensif des TIC et enjeux psychosociaux*, V. CARAYOL (dir.), thèse de doctorat, Sciences de l'Information et de la Communication, Université de Bordeaux 3, 2013, notamment p. 85 ; p. 134.

café est l'occasion de réaliser du travail domestique. Avec les TIC, le travail est rendu possible en tout lieu. Cet empiètement du travail sur l'espace privé interroge sur le droit au respect de la vie privée du salarié.

137. Si le travail à distance est amené à se développer durablement, l'entreprise cessera d'être un lieu de rassemblement. À terme, il deviendra alors envisageable d'élargir le marché du travail d'une entreprise au-delà des frontières nationales. Cette pratique, surtout cantonnée aux centres d'appel basés à l'étranger, pourrait alors devenir une nouvelle norme de réduction des coûts salariaux. Se posera alors avec une certaine acuité la question de l'occupation du domicile à des fins professionnelles.

b – Le télé-usage par l'employeur des locaux à usage d'habitation, une nouvelle géographie des lieux de travail

138. Un article du quotidien *Le Monde* décrit la reprise d'activité du plus grand centre d'affaires français accueillant quotidiennement 180 000 salariés un mois après le premier confinement du printemps 2020 en ces termes : « Elle est bien calme, l'esplanade du quartier d'affaires de la Défense, dans les Hauts-de-Seine, le 25 juin au matin, à l'heure de pointe où d'ordinaire s'y bousculent cadres et employés pressés de rejoindre l'une des 70 tours accueillant 3600 entreprises surtout des grands groupes internationaux »⁴⁵⁸. Le constat est identique ailleurs dans le monde⁴⁵⁹. Si cette situation se pérennise, il faudra s'interroger sur l'occupation permanente par le salarié d'une partie de son domicile aux fins de travail. Cette occupation ne confère-t-elle pas à l'employeur un usage gracieux d'espaces qui ne lui appartiennent pas ? Lorsque le salarié exécute une prestation à partir de son domicile, quelle est la qualification juridique de cet espace ? Il s'agit d'un lieu privatif appartenant au salarié, utilisé pour le compte de l'employeur. En la personne du salarié, l'employeur bénéficie d'un droit d'usage gracieux des espaces servant à la réalisation de la prestation de travail. Si la fixation du lieu de travail est de nature contractuelle, le travail s'exécute d'ordinaire dans les locaux de l'entreprise.

Ainsi que la Cour de cassation l'a indiqué « l'occupation, à la demande de l'employeur, du domicile du salarié à des fins professionnelles constitue une immixtion dans la vie privée de

⁴⁵⁸ I. REY-LEFEBVRE, « Le télétravail bouscule l'immobilier de bureau », *Le Monde*, 29 juin 2020.

⁴⁵⁹ En ce sens : C. LESNES, « Les entreprises de la "tech" ont déserté les bureaux de San Francisco et misent durablement sur le travail à distance », *Le Monde*, 26 février 2021.

celui-ci et n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail ». Il s'en suit que « le salarié, [...] n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail ». Ce faisant s'il « accède à la demande de son employeur, ce dernier doit l'indemniser de cette sujétion particulière ainsi que des frais engendrés par l'occupation à titre professionnel du domicile »⁴⁶⁰. À ce titre, l'ANI du 26 novembre 2020 préconise le versement par l'employeur d'une allocation forfaitaire permettant de couvrir les frais professionnels engagés par le salarié dans le cadre de l'exécution du contrat de travail. L'ANI ajoute qu'il appartient à l'entreprise de prendre en charge les dépenses engagées par le salarié pour les besoins de son activité professionnelle. Couvrir les dépenses engagées et verser une allocation pour occupation du domicile à des fins professionnelles ne répondent pas à la même finalité. Dans le premier cas, il s'agit d'un remboursement tandis que dans la seconde hypothèse il s'agit d'un dédommagement.

Si le télétravail s'inscrit dans la durée, il sera sans doute nécessaire « de repenser la géographie du droit du travail et chercher des règles particulières, adaptées à l'espace de travail, règles qui font aujourd'hui défaut »⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ Cass. soc., 7 avril 2010, n° 08-44.865 à 08-44.869, Bull. civ. V, n° 86, *RDT* 2010. 517, note B. Bossu.

⁴⁶¹ B. SOURBÈS, A. PROBST, « Controverse : faut-il une "autre" réforme du télétravail ? », *RDT*, 2020, p. 514.

Conclusion de la Section 1

139. Au sein des catégories juridiques, la vie privée est un droit de la personne. La personnalité telle qu'elle y est envisagée est « une donnée de fait »⁴⁶² ; elle renvoie à « ce qui caractérise en particulier un individu »⁴⁶³. Elle désigne selon la doctrine « la personne humaine envisagée en tant qu'entité originale, son individualité »⁴⁶⁴. L'individu qui est pris en compte forme un tout indistinctement des fonctions qu'il exerce. Dès lors il apparaissait inenvisageable de ne pas reconnaître l'individu sous le salarié ; ce que fait la Cour de cassation avec l'arrêt *Nikon*.

Pour autant, certains auteurs admettent que la vie privée menée par les salariés au temps et sur leur lieu de travail ne peut être de la même intensité que la vie privée proprement dite et que le respect qui lui est dû ne peut être un obstacle à la preuve aussi puissant que dans un contexte extra professionnel. Il ne s'agit donc pas de l'individu pris dans sa plénitude mais de l'individu « situé », placé dans un contexte.

140. Avec les TIC, l'individu « situé » évolue dans un contexte mouvant où la frontière entre les espaces tend à disparaître. Lorsqu'il est salarié, cet individu doit, d'une part, composer avec une vie privée au temps et au lieu de travail de moindre intensité tandis que, d'autre part, le télétravail pénètre sa sphère d'intimité. Alors que, pour advenir, l'individu a eu besoin d'un espace à lui, espace libéré par le travail hors du domicile. Les historiens soulignent son caractère déterminant dans la construction de la vie privée. La différenciation des espaces a aussi permis la différenciation des temps de vie. Or, les TIC permettent la situation inverse : l'indifférenciation des espaces et des temps de vie redevient la norme. L'interpénétration des vies privée et professionnelle du salarié est alors telle qu'il est possible de s'interroger sur la réalité de cette frontière entre la vie et le travail.

141. Lorsque l'arrêt *Nikon* du 2 octobre 2001 énonce que « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée », il affirme autant un principe de protection de la vie privée du salarié qu'une limite au pouvoir de surveillance de l'employeur.

⁴⁶² A. LEPAGE, « Droit de la personnalité », *Rep. civ.*, Dalloz, n° 14.

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ *Ibid.*

Si la surveillance n'est effectivement pas nouvelle dans l'entreprise, la cyber-surveillance, par sa dimension plus intrusive, réinterroge cette pratique.

Section 2 – Les TIC au service de la surveillance au travail

142. La surveillance s'articule autour du pouvoir de la connaissance et de celui de normalisation des conduites. Elle permet d'accumuler des informations sur des individus ; « cette fonction est inséparable d'un autre effet qui est d'orienter les conduites, de les modifier, voire de les corriger ou de les normaliser par l'effet même du regard braqué, qu'il soit réel ou virtuel, sur les individus, par l'effet du savoir qui peut s'accumuler sur eux »⁴⁶⁵. Par son pouvoir dissuasif, elle agit sur les comportements et acquiert de ce fait une visée utilitaire. Placé sous le regard d'autrui, l'individu règle sa conduite, intériorise les normes. Jeremy Bentham imagine une organisation politique où la surveillance est l'élément central. Le dispositif panoptique qu'il conçoit postule que l'individu poursuit son intérêt personnel. L'individu qu'il qualifie de « délinquant potentiel » doit être placé sous surveillance pour garantir « qu'en poursuivant son intérêt égoïste, il contribue aussi au grand bien collectif »⁴⁶⁶. La surveillance apparaît comme « une technologie du pouvoir »⁴⁶⁷ qui n'a pas valeur de redressement comme peut l'avoir une discipline punitive mais qui possède une valeur de « dressement »⁴⁶⁸ des individus.

La surveillance a toujours existé dans les villages, en ville entre commerçants, à l'usine. Le groupe a toujours exercé un contrôle sur la conduite des individus. Et l'individu n'a accédé à une certaine autonomie qu'en se dissociant du groupe. Cette autonomie acquise sur le groupe place l'individu dans une situation de responsabilité face à ses choix et ses actions. La surveillance devrait alors être antinomique de l'autonomie. Elle illustre la tension entre la satisfaction des intérêts individuels et la prise en compte des exigences collectives liées à la vie en société. Norbert Elias souligne que la conscience de soi, qui est la marque de l'individu, s'élabore à partir du contrôle exercé par la société⁴⁶⁹. Si la surveillance paraît incontournable soit parce qu'elle est utilitaire soit parce qu'elle permet l'inscription de l'individu dans la société, ce sont alors les conditions de son acceptabilité qui font débat.

⁴⁶⁵ Ch. LAVAL, « Surveiller et prévenir, La nouvelle société panoptique », *Revue du MAUSS*, 2012, vol. 40, n° 2, p. 50.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 52.

⁴⁶⁷ M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 155.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 200.

⁴⁶⁹ En ce sens : N. ELIAS, *op. cit.*, p. 65.

143. La surveillance au travail est « une partie intégrante du processus de production ; elle doit le doubler sur toute sa longueur »⁴⁷⁰. Alors que l'ouvrier est initialement placé sous le regard du contremaître ; grâce à la dématérialisation de la surveillance, « le salarié n'est plus sous les ordres de quelqu'un, il est surveillé par la machine »⁴⁷¹. Si la question de la surveillance dans l'entreprise n'est pas apparue avec la technologie, les TIC ont modifié les modalités de surveillance décuplant ainsi ses possibilités. Instrument privilégié, la surveillance permet le suivi de l'activité du salarié. Elle se distingue du contrôle par son caractère systématique alors que le contrôle est aléatoire. La variété des modes de surveillance (vidéosurveillance, géolocalisation, logiciel, biométrie, l'identification par radiofréquence) la rend plus insidieuse, plus intériorisée. Christine Noël-Lemaire souligne que « le système d'information a transformé l'entreprise en un champ observable »⁴⁷². Au fur et à mesure des progrès techniques, la surveillance devenue cyber-surveillance a changé de visage, s'est intensifiée⁴⁷³ (§1).

144. La Cour de cassation a posé le principe selon lequel, lorsque le salarié travaille, il est légitime que l'employeur surveille la bonne exécution du contrat de travail. Ce principe a été reconnu tant par la Cour de cassation⁴⁷⁴ que le Conseil d'État⁴⁷⁵. La surveillance justifiée par l'exercice du pouvoir de direction trouve sa source dans le contrat de travail qui instaure un lien de subordination entre l'employeur et le salarié. Ce lien confère à l'employeur un pouvoir de direction défini comme la possibilité de « donner des ordres, d'en contrôler l'exécution et d'en

⁴⁷⁰ M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 205.

⁴⁷¹ G. LYON-CAEN, rapport précité, p. 138.

⁴⁷² Ch. NOËL-LEMAITRE, « La cyber-surveillance au travail, une nouvelle version du panoptisme managérial ? », *Humanisme et Entreprise*, 2007, vol. 285, n° 5, p. 57.

⁴⁷³ L'enquête *Surveillance médicale des expositions des salariés aux risques professionnels* indique que « le contrôle ou le suivi exercé via des systèmes informatiques est la seule contrainte de rythme à avoir augmenté de façon constante entre 1994 et 2017 (+18 points), et concerne près d'un tiers des salariés en 2017. Ce mouvement reflète la diminution de la hiérarchie intermédiaire et la diffusion des outils numériques, y compris dans les ateliers. », DARES, *Comment ont évolué les expositions des salariés du secteur privé aux risques professionnels sur les vingt dernières années ?*, Premiers résultats de l'enquête SUMER 2017, DARES Analyses, [en ligne], septembre 2019, n° 41, p. 9, [consulté le 5 janvier 2020].

⁴⁷⁴ « Attendu, en troisième lieu, que l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail ; que seul l'emploi de procédé clandestin de surveillance est illicite ; que la Cour d'appel, qui a relevé que les salariés avaient été dûment avertis de ce que leurs conversations téléphoniques seraient écoutées, a pu décider que les écoutes réalisées constituaient un mode de preuve valable », Cass. soc., 14 mars 2000, n° 98-42.090, Bull. civ. V, n° 101, *Gaz. Pal.* 28 oct. 2000, n° 302, p. 34, note J. Berenguer-Guillon et L. Guignot ; *JCP* 2001. 325, note C. Puigelier ; *LPA* 11 juill. 2000, n° 137, p. 5, note G. Picca et A. Sauret ; *RTD civ.* 2000. 801, obs. J. Hauser.

⁴⁷⁵ « Considérant que l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail ; que seul l'emploi de procédé clandestin de surveillance est illicite », CE 7 juin 2000, n° 191828, *SA Roulle*, Lebon 1271.

sanctionner les manquements »⁴⁷⁶. Pour autant, le pouvoir de direction est limité par l'interdiction de porter atteinte aux droits et libertés des salariés d'une manière générale et en particulier dans les situations où les procédés de surveillance ne sont ni justifiés ni proportionnés au regard de l'obligation de respecter la vie privée des salariés. Se pose alors la question de l'articulation du droit au recours légitime à la surveillance et droit des personnes au respect de leur vie privée (§2).

§ 1 – L'extension du pouvoir de surveillance du fait des TIC

145. Historiquement, le travail s'exerce au sein de l'entreprise et la frontière entre la vie privée et la vie professionnelle sert de rempart à la surveillance. Autrement dit la surveillance du salarié s'arrête quand le salarié quitte l'enceinte de l'entreprise⁴⁷⁷. Or, Les TIC amènent à repenser cette partition et dans le sillage de la Cour de cassation « on peut raisonnablement se demander si la diffusion des nouvelles technologies, combinées au contrôle social, ne rendent pas finalement plus prégnante la surveillance du salarié »⁴⁷⁸. Le caractère nomade des TIC permettant au travail de s'exercer en tout lieu et en tout temps repousse ces limites et redéfinit le périmètre de la surveillance que certains auteurs qualifient de « nouveau panoptique »⁴⁷⁹ (A).

146. La surveillance est encadrée par le principe de loyauté. Le salarié ne peut être surveillé à son insu. Ces principes, simples en apparence, se révèlent difficiles à mettre en œuvre tout particulièrement du fait de l'apparition des TIC. Il apparaît en effet que lorsqu'elle est mise en œuvre par les TIC, la surveillance revêt un caractère intrusif qui interroge sur l'effectivité du respect de ce principe (B).

⁴⁷⁶ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, Bull. 1996, V, n° 386, D. 1996. 268 ; Dr. soc. 1996. 1067, note Dupeyroux ; RDSS 1997. 847, note J.-C. Dosdat.

⁴⁷⁷ Un fait tiré de la vie privée ne peut servir de fondement à un licenciement sauf s'il constitue un trouble objectif caractérisé pour l'entreprise. Ce principe a été affirmé par la Cour de Cassation : « En statuant ainsi, alors qu'elle s'était bornée à mettre en cause les mœurs du salarié sans avoir constaté d'agissements de ce dernier ayant créé un trouble caractérisé au sein de l'association, la cour d'appel a violé les textes susvisés », Cass. soc., 17 avril 1991, arrêt précité ; puis réaffirmé : « Mais attendu que chacun a droit au respect de sa vie privée ; qu'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 crée un trouble objectif caractérisé au sein de l'entreprise », Cass. soc., 30 novembre 2005, n° 04-13.877, Bull. civ. V, n° 343, Dr. soc. 2006. 466, obs. M.-T. Lanquetin.

⁴⁷⁸ Y. STRUILLON, « Surveillance et cyber-surveillance du salarié », BICC, 2013, n° 787, p. 57.

⁴⁷⁹ En ce sens : Ch. NOËL-LEMAITRE, article précité.

A – Les frontières de la surveillance redessinées par les TIC

147. Le pouvoir de surveiller connaît deux limites. D'une part, l'objet de la surveillance est limité à l'activité professionnelle et, d'autre part, son étendue est circonscrite au temps de travail. Pour autant, les TIC en permettant le travail nomade, recomposent l'objet de la surveillance (1) et étendent le périmètre sur lequel celle-ci trouve à s'exercer (2).

1 – L'activité professionnelle : la recomposition de l'objet de la surveillance

148. La Cour de cassation a posé un cadre limitant l'objet de la surveillance à l'activité professionnelle mais l'usage des TIC et notamment des réseaux sociaux réinterroge cette limite.

149. L'objet de la surveillance, comme celui du contrôle, dérive de la subordination. Définie comme le pouvoir pour l'employeur de donner des ordres, des directives, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements, la subordination, dont le périmètre est limité à l'exécution de l'activité, « conduit à distinguer la vie professionnelle et la vie privée du travailleur »⁴⁸⁰.

La Cour de cassation affirme que « l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail »⁴⁸¹. Par cette affirmation, la Cour de cassation précise que « c'est bien l'activité du salarié qui est surveillée, et non sa personne »⁴⁸². La surveillance porte sur l'activité professionnelle du salarié à l'exclusion donc de ce qui relève de sa vie privée, sauf trouble objectif caractérisé.

Cette distinction, posée très tôt par les juges⁴⁸³, permet d'empêcher toute immixtion de l'employeur dans la vie privée du salarié. Outre l'interdiction de toute ingérence, l'employeur ne peut sanctionner un salarié pour un fait tiré de sa vie privée sauf si « le comportement du

⁴⁸⁰ J. SAVATIER, « La liberté dans le travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 49.

⁴⁸¹ Cass. soc., 14 mars 2000, arrêt précité ; dans le même sens : Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-30.266, Bull. civ. V, n° 208, *LPA* 9 oct. 2012, note Peschaud ; *JCP* 2012. 804, obs. D. Corrignan-Carsin.

⁴⁸² Y. STRUILLON, article précité.

⁴⁸³ Dans l'arrêt *Dame Barbier*, la Cour d'appel de Paris déclare nulle une clause de non-convol imposée aux hôtesses de l'air par Air France, « À moins de raisons impérieuses évidentes, une clause de non-convol doit être déclarée nulle comme attentatoire à un droit fondamental de la personnalité », CA Paris, 30 avril 1963, *D.* 1963. 428, note Rouast.

salarié, compte tenu de la nature de ses fonctions et la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé »⁴⁸⁴ constitutif d'une cause objective de licenciement.

À partir du concept de vie extra-professionnelle mis en lumière par Michel Despax⁴⁸⁵, suivi de celui de vie personnelle mis en avant par Philippe Waquet⁴⁸⁶, la jurisprudence a circonscrit le champ d'application de la faute disciplinaire, soustrayant les faits relatifs à la vie personnelle et privée au regard de l'employeur.

150. Le développement des TIC a obligé les juridictions à s'interroger sur la qualification juridique de faits publiés à partir d'outils de communication électronique et partant à renouveler l'objet de la surveillance.

Alors même que la filature du salarié par un détective a été jugée illicite par la Cour de cassation⁴⁸⁷, les réseaux sociaux permettent une filature numérique du salarié et leur usage « met en cause la frontière difficile à préserver qu'a tracée la Chambre sociale entre vie personnelle et vie professionnelle »⁴⁸⁸. Ainsi, l'employeur peut-il surveiller un salarié grâce à ses publications sur un réseau social ? Est-ce un fait relatif à la vie privée ? Dans l'hypothèse d'une communication en dehors du temps et du lieu de travail, ces faits ne devraient pas relever de l'activité professionnelle ; ils ne devraient donc pas tomber dans le champ de la surveillance de l'employeur sauf trouble objectif caractérisé.

Afin de qualifier les propos tenus lors de conversations litigieuses publiées par le salarié sur un réseau social, les juridictions opèrent une distinction fondée sur les paramètres d'accès. Le contenu litigieux est-il accessible à un large public ou à un nombre restreint de personnes ? Ainsi le Conseil des Prud'hommes de Boulogne- Billancourt a pu décider que le salarié qui

⁴⁸⁴ Cass. soc., 17 avril 1991, arrêt précité.

⁴⁸⁵ M. Despax, « La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP* 1963. 1776, in J. MOULY, J. SAVATIER, « Droit disciplinaire – faute disciplinaire », *Rep. trav.*, Dalloz, n° 31.

⁴⁸⁶ « Échappant à la limitation de la vie extra-professionnelle, la vie personnelle concerne aussi bien les relations du salarié avec l'entreprise pendant le temps du travail et dans les locaux professionnels, que les périodes où le salarié se trouve chez lui ou plus largement en dehors de l'exécution de son travail. », Ph. WAQUET, « La vie personnelle du salarié », *Dr. soc.*, 2004, p. 23.

⁴⁸⁷ La Chambre sociale de la Cour de cassation, a affirmé au visa des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 9 du Code civil, 9 du Code de procédure civile et L.120-2 du Code du travail (devenu article L.1121-1) qu'« 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 », Cass. soc., 26 novembre 2002, n° 00-42.401, Bull. civ. V, n° 352, *D.* 2003. 1858, note J.-M. Bruguière ; *ibid.* 1536, obs. A. Lepage ; *ibid.* 394, obs. A. Fabre ; *ibid.* 1305, chron. J. Ravanans ; *RTD civ.* 2003. 58, obs. J. Hauser ; *Dr. soc.* 2003. 225, note J. Savatier ; *JCP* 2003. 150, obs. B. Teyssié.

⁴⁸⁸ P. LOKIEC, J. PORTA, « Droit du travail – relations individuelles », *D.*, 2019, p. 963.

paramètre son compte Facebook afin de partager le contenu avec « ses amis et leurs amis » permet un très large accès au compte. Dès lors il en résulte que ce mode d'accès dépasse la sphère privée⁴⁸⁹.

Dans le même sens, la Cour d'appel de Lyon a décidé que le salarié « en n'activant pas les critères de confidentialité sur son compte Facebook prend le risque que ses propos, qu'il pensait privés soient accessibles à d'autres salariés de la même société eux-mêmes titulaires d'un compte Facebook »⁴⁹⁰. Bien que les juges relèvent que les propos échangés avec ses proches reflètent plutôt l'expression du malaise du salarié face à ses conditions de travail, ils concluent que les propos étaient peu flatteurs et excédaient le droit à la liberté d'expression.

Cette affaire démontre, d'une part, un glissement de l'objet de la surveillance du salarié. Ce n'est pas l'activité professionnelle qui est surveillée mais bien la personne. Cette affaire illustre, d'autre part, la « publicisation » de la vie privée du fait des TIC⁴⁹¹. Ce salarié partage avec des proches ses préoccupations professionnelles. Il s'agit bien de la sphère privée. Pourtant ses échanges, qui ont lieu via un réseau social, revêtent un caractère public par défaut de paramétrage.

Dans un arrêt du 12 septembre 2018⁴⁹², la Cour de cassation fonde également son raisonnement sur les critères d'accès au compte. Elle valide l'appréciation de la Cour d'appel qui « après avoir constaté que les propos litigieux avaient été diffusés sur le compte ouvert par la salariée sur le site Facebook et qu'ils n'avaient été accessibles qu'à des personnes agréées par cette dernière et peu nombreuses, à savoir un groupe fermé composé de quatorze personnes, de sorte qu'ils relevaient d'une conversation de nature privée, [...] a pu retenir que ces propos

⁴⁸⁹ CPH Boulogne-Billancourt, 19 novembre 2010, n° 10-853.

⁴⁹⁰ CA Lyon, 24 mars 2014, n° 13/03463.

⁴⁹¹ Pour une analyse de la publicisation de la vie privée à la télévision : « Les émissions de l'intime, en nous livrant dans *L'amour en danger* des confidences de couples en crise sur leurs mésententes, en nous confiant dans *Mea Culpa* les confessions de voisins en conflit, en nous dévoilant dans *Perdu de vue* la détresse de ceux qui ont vu un proche disparaître et en nous racontant les drames intimes qui y ont conduit, en nous invitant dans *Bas les masques* à écouter les victimes de préjugés, de tabous ou de malheurs, mettent en scène une nouvelle articulation entre espace public et espace privé. Les secrets d'alcôve s'exhibent au grand jour, les non-dits familiaux s'exposent sous les spots de la télévision, les blessures que les individus tenaient cachées paraissent en pleine lumière. Ces émissions représentent un élément central du double mouvement de publicisation du privé et de privatisation du public. Les questions de mœurs, les problèmes psychologiques émergent sur la scène publique ; les professionnels des médias, télévision mais aussi radio, tendent leurs micros et offrent leurs cameras à l'expression d'une plainte inédite jusqu'alors en public : l'espace privé est visité par l'espace public », D. MEHL, « La "vie publique privée" », *Hermès, La revue*, 1994, vol. 13/14, n° 1-2, pp. 96-97.

⁴⁹² Cass. soc., 12 septembre 2018, n° 16-11.690, P, D. 2018. 1812 ; *ibid.* 2019. 963, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *RDT* 2019. 44, obs. R. Dalmasso ; *JS Lamy* 2018, n° 462, p. 2, obs. M. Hautefort ; *JCP* 2018. 1019, obs. D. Corrignan-Carsin ; *Sem. Soc. Lamy*, 2018, n° 1830, obs. J.-E. Ray ; *JCP S* 2018. 1328, obs. G. Loiseau.

ne caractérisaient pas une faute grave ». Le faible nombre de personnes ayant eu accès au contenu publié garantit la nature privée des échanges.

151. Au-delà des conversations relatives à son entreprise, le salarié peut-il publier des photographies, des commentaires sur sa vie privée sans craindre d’être surveillé ? Suivant la jurisprudence bien établie de la Cour de cassation, sauf trouble objectif caractérisé, un fait tiré de la vie privée du salarié même révélé sur un réseau social ne devrait pas pouvoir être utilisé à titre de preuve par l’employeur contre le salarié. Pourtant la motivation de l’arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 2017⁴⁹³ interroge. Dans cette affaire la salariée en arrêt maladie pour accident du travail consécutif à une tentative de vol à main armée ayant eu lieu dans les locaux de l’entreprise alors même qu’elle était déjà fragilisée par une agression dont elle avait été victime à peine deux mois auparavant a pris acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l’employeur. Devant le Conseil des Prud’hommes l’employeur produit des informations extraites du compte Facebook de la salariée afin de contester son état de santé. Or, ayant relevé que ces informations avaient été « obtenues à partir du téléphone portable d’un autre salarié, informations réservées aux personnes autorisées, la Cour d’appel a pu en déduire que l’employeur ne pouvait y accéder sans porter une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée ». En d’autres termes, l’employeur ne peut accéder au compte d’un salarié par ruse. Faut-il alors en déduire que si le compte de la salariée avait été ouvert l’employeur aurait pu y avoir accès de manière loyale ? Et dans quel cas l’atteinte aurait-elle pu être proportionnée ?

152. L’usage des réseaux sociaux est un phénomène social majeur ; les vies, privée, professionnelle, familiale, personnelle, y sont exposées sans distinction. Il apparaît que la frontière tracée par la Chambre sociale entre vie personnelle et vie professionnelle est devenue difficile à préserver. Il en résulte qu’une part de la vie privée qualifiée de publique tombe dans le champ de la surveillance de l’employeur. Si l’objet de la surveillance initialement limité à l’activité professionnelle empiète sur la sphère personnelle, le même constat peut être fait quant au périmètre d’exercice de la surveillance.

⁴⁹³ Cass. soc., 20 décembre 2017, n° 16-19.609, inédit, *Daloz IP/IT*, 2018, 315, obs. G. Péronne et E. Daoud.

2 – Le nouveau dessin du périmètre d'exercice de la surveillance

153. La surveillance est initialement circonscrite par la frontière vie privée, vie professionnelle. Or, l'introduction des TIC va modifier radicalement son périmètre d'application. Les TIC repoussent les limites de la surveillance hors des frontières de l'entreprise et obligent à repenser la distinction entre vie privée et vie professionnelle.

154. La distinction entre vie personnelle et vie professionnelle permet notamment de cantonner la surveillance du salarié par l'employeur aux seules périodes de travail effectif, c'est à dire au « temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles »⁴⁹⁴. La frontière tracée entre la vie privée et la vie professionnelle agit alors comme un curseur : au temps de la vie privée, la surveillance patronale ne peut s'exercer. La surveillance qui s'exerce au temps et au lieu du travail interdit à l'employeur toute immixtion dans la sphère privée du salarié. Ainsi, par un arrêt du 23 janvier 2013⁴⁹⁵, la Cour de cassation a notamment jugé que faire irruption brutalement dans le club de bridge où se trouvait un salarié, bénéficiaire d'un arrêt maladie, et de tenir à son encontre en public des propos agressifs et véhéments au sujet de cet arrêt de travail pour maladie caractérisait un manquement suffisamment grave de l'employeur à ses obligations, justifiant la prise d'acte du salarié.

155. Avec l'introduction des TIC dans l'entreprise, cette partition initialement simple est devenue simpliste ; elle n'est plus aussi facile. D'une part, depuis l'arrêt Nikon, un pan de vie au travail échappe à la surveillance ; la Chambre sociale ayant reconnu que « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée et que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances »⁴⁹⁶. C'est ce que Gérard Lyon-Caen appelle la « part irréductible de liberté »⁴⁹⁷. Même au travail une part de la personne du salarié échappe au contrôle de l'employeur.

⁴⁹⁴ Article L.3121-1 du Code du travail.

⁴⁹⁵ Cass. soc., 23 janvier 2013, n° 11-20.356, Bull. civ. V, n° 16, D. 2013. 313 ; *ibid.* 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *RJS* 2013 n° 291 ; *JCP S* 2013. 1163, note F. Dumont ; *JS Lamy* 2013, n° 339, p. 4, note J.-E. Tourreil.

⁴⁹⁶ Cass. soc., 2 octobre 2001, arrêt précité.

⁴⁹⁷ G. LYON-CAEN, rapport précité, p.117.

D'autre part, les outils numériques déplacent le lieu de la surveillance. Avec les TIC, outils et force de travail sont devenus nomades et le contremaître est devenu « électronique ». Ne travaillant pas sur les lieux de l'entreprise, le salarié gagne en autonomie. Cette liberté d'organisation amplifie les besoins de surveiller l'activité du salarié qui sont alors présentés comme un mal nécessaire. La possibilité de surveiller le salarié à distance a été décuplée lors de la mise en œuvre massive du télétravail pendant la pandémie du Covid-19. Les outils numériques utilisés à cette occasion offrent un nombre de fonctionnalités permettant de mesurer en temps réel le temps d'attention. La CNIL a publié sur son site des règles de bonne pratique relatives au télétravail rappelant la prohibition de dispositifs de surveillance dès lors qu'ils instaurent une surveillance permanente et disproportionnée⁴⁹⁸. Elle cite notamment les dispositifs vidéo ou audio qui permettent à l'employeur de s'assurer de la présence en continu du salarié derrière son écran d'ordinateur, le partage d'écran ou l'utilisation de dispositifs dénommés *keyloggers*, logiciels enregistrant l'ensemble des frappes sur le clavier d'un ordinateur. Ces dispositifs étaient déjà prohibés avant l'épisode de télétravail imposé par la crise sanitaire de 2020.

Ces pratiques très intrusives sont en contradiction avec l'analyse des experts en la matière qui soulignent que la réussite du télétravail repose sur la confiance entre salarié et employeur⁴⁹⁹. À ce sujet, l'ANI du 26 novembre 2020⁵⁰⁰ souligne l'importance pour les managers d'adopter de nouvelles pratiques et recommande que « les managers soient, dès leur prise de poste, formés aux modalités du management à distance ».

156. Le développement des outils numériques a rendu la surveillance de l'homme par la machine très prégnante. Quand le salarié transporte en tout lieu ses outils numériques de travail, la surveillance le suit. Bien que le pouvoir de surveillance trouve sa limite dans le devoir de loyauté, les possibilités décuplées de cyber-surveillance renouvellent la lecture de ce principe.

⁴⁹⁸ CNIL, « Les questions-réponses de la CNIL sur le télétravail » [en ligne], 12 novembre 2020, [consulté le 10 décembre 2020].

⁴⁹⁹ Dans ce sens : rapport conjoint des partenaires sociaux, précité, p. 13 ; p. 29 ; p. 36 ; Centre d'analyse stratégique, rapport précité, p. 8 ; p. 36 ; p. 97 ; p. 104 ; p. 107.

⁵⁰⁰ ANI du 26 novembre 2020 précité.

B – Le salarié surveillé par la machine : le principe de loyauté en question

157. En droit, la surveillance du salarié est limitée par le principe de loyauté : la surveillance serait loyale à condition qu'elle soit portée à la connaissance du salarié (1). Pour autant face à certains procédés de surveillance, la Cour de cassation semble avoir posé « une présomption de connaissance des moyens courants de surveillance »⁵⁰¹ pour lesquels aucune information du salarié n'est requise (2).

1 – L'obligation d'information : une limite au pouvoir de surveillance

158. Si le principe de légitimité de la surveillance du salarié par l'employeur a été posé par la Cour de cassation, il est subordonné au respect du principe de loyauté⁵⁰².

Ce double principe a été posé en droit social par la Cour de cassation dans l'arrêt *Néocel* rendu le 20 novembre 1991⁵⁰³. Dans cet arrêt, la Cour de cassation censure la décision de la Cour d'appel qui, pour retenir l'existence d'une faute grave, s'était fondée « sur un enregistrement effectué par l'employeur, au moyen d'une caméra, du comportement et des paroles de la salariée » alors même qu'il résultait « du procès-verbal de transport sur les lieux effectué par les juges du second degré que la caméra était dissimulée dans une caisse, de manière à surveiller le comportement des salariés sans qu'ils s'en doutent ». La dissimulation de la caméra caractérise un mode de surveillance déloyal. En d'autres termes, la surveillance n'est légitime que si elle est portée à la connaissance du salarié.

Ces principes prétoriens sont désormais inscrits dans le Code du travail à l'article L.1222-4 qui dispose qu'« aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ». Outre

⁵⁰¹ Ch. RADÉ, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.*, 2002, p. 26.

⁵⁰² Le principe de loyauté est défini par le Doyen Bouzat comme « une manière d'être dans la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice », J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La preuve fournie par les parties privées : confirmation de la tolérance quant au principe de loyauté », *AJ pénal*, 2010, p. 280.

⁵⁰³ Cass. soc., 20 novembre 1991, arrêt précité.

l'information du salarié, le Code du travail prévoit également l'information du Comité social et économique⁵⁰⁴.

Dès lors la surveillance serait loyale quand elle est portée à la connaissance du salarié. Ainsi, dans un arrêt rendu le 14 mars 2000, après avoir rappelé « que l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail ; que seul l'emploi de procédés clandestins de surveillance est illicite » la Cour de cassation a validé la décision de la Cour d'appel, « qui a relevé que les salariés avaient été dûment avertis de ce que leurs conversations téléphoniques seraient écoutées, [et qui] a pu décider que les écoutes réalisées constituaient un mode de preuve valable »⁵⁰⁵.

159. L'exigence d'information vaut également lorsque le salarié est mis à disposition chez un client. Ainsi, la Cour de cassation rappelle que « si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, il ne peut être autorisé à utiliser comme mode de preuve les enregistrements d'un système de vidéo-surveillance installé sur le site d'une société cliente permettant le contrôle de leur activité dont les intéressés n'ont pas été préalablement informés de l'existence »⁵⁰⁶. Autrement dit, chaque fois que le salarié est soumis à une surveillance de son activité il doit en être informé peu importe le lieu d'exercice de son activité.

160. Alors qu'Antoine Lyon-Caen fait remarquer qu'« il est pourtant concevable de ne pas traiter de la même façon la surveillance exercée par un supérieur hiérarchique et les contrôles auxquels ouvrent des enregistrements de la voix, de l'usage, du geste et les contrôles qui sont intégrés dans les instruments de travail »⁵⁰⁷, il ajoute que « la Cour de cassation et le Conseil d'État établissent un droit de contrôle, limité par la seule interdiction de l'emploi de procédé clandestin »⁵⁰⁸. Le fait d'avoir porté à la connaissance du salarié la surveillance ne la rend pas moins attentatoire à la vie privée. Pour faire suite à une recommandation du Conseil de l'Europe

⁵⁰⁴ Article L.2312-38 du Code du travail, créé par Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, « [...] Le comité 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 ».

⁵⁰⁵ Cass. soc., 14 mars 2000, arrêt précité.

⁵⁰⁶ Cass. soc., 10 janvier 2012, n° 10-23.482, Bull. civ. V, n° 2, *D.* 2012. 290 ; *ibid.* 901, obs. P. Lokiek et J. Porta, *RDT* 2012. 223, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon.

⁵⁰⁷A. LYON-CAEN, « Libertés et contrôle dans l'entreprise, 20 ans après », *RDT*, 2014, p. 386.

⁵⁰⁸ *Ibid.*

du 1^{er} avril 2015⁵⁰⁹ la CNIL a modifié la norme simplifiée 51 qui couvre les dispositifs de géolocalisation embarqués dans les véhicules mis à disposition des salariés demandant aux employeurs de prévoir la possibilité de déconnexion des dispositifs de géolocalisation ou d'enregistrement audio. L'exercice de cette faculté est inévitablement délicat à mettre en œuvre pour le salarié ; d'autant que la CNIL précise que l'employeur peut contrôler le nombre et la durée des désactivations et le cas échéant, demander des explications au salarié.

Pour autant alors même que les procédés technologiques se développent et se perfectionnent, le principe de loyauté connaît certains tempéraments dans son application.

2 – Des procédés de surveillance échappant à l'obligation d'information

161. L'analyse de la jurisprudence permet de constater que certains procédés de surveillance sont dispensés de l'obligation d'information ou plutôt que l'absence d'information ne les rendrait pas illicite.

En ce sens, dans un arrêt du 29 janvier 2008 la Cour de cassation a rejeté les moyens d'un salarié fondé sur le défaut de loyauté de la preuve et le respect de la vie privée. Ce dernier contestait son licenciement motivé par « l'utilisation abusive de son téléphone à des fins personnelles concernant l'accès à des numéros interdits de messagerie privée ». La Cour a considéré « que 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 »⁵¹⁰. En d'autres termes, le fait pour l'employeur de prendre connaissance des relevés d'appels téléphoniques et d'utiliser ces éléments à titre de preuve pour justifier un licenciement sans que le salarié ait été informé de cet usage ne constitue pas un mode de preuve illicite et permet au contraire de caractériser le comportement fautif du salarié. L'absence d'information n'a pas été un critère déterminant pour caractériser la déloyauté.

⁵⁰⁹ « Les appareils permettant de localiser un employé ne devraient être introduits que s'ils s'avèrent nécessaires pour atteindre les finalités légitimes poursuivies par les employeurs et si leur utilisation ne conduit pas à un contrôle permanent des employés. Plus particulièrement, le contrôle ne devrait pas être la finalité principale, mais uniquement une conséquence indirecte de l'action visant la protection de la production, de la santé, de la sécurité ou de la gestion efficace d'une organisation. », Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2015)5 du Comité des Ministres sur le traitement des données à caractère personnel dans le cadre de l'emploi, 1^{er} avril 2015, point 16.

⁵¹⁰ Cass. soc., 29 janvier 2008, n° 06-45.279, inédit, *Dr. soc.* 2008. 1072, chron. J.-E. Ray ; *RDT* 2008. 242, obs. R. de Quenaudon et C. Sachs-Durand ; *RJS* 2008 n° 511.

Dans un arrêt du 15 mai 2001, la Cour de cassation avait déjà tenu un raisonnement similaire concernant le relevé des communications téléphoniques d'un salarié fourni par France Télécom⁵¹¹. Dans cet arrêt cependant, l'employeur n'avait pas mis en place un procédé de surveillance mais il s'était fondé sur un relevé fourni par l'opérateur de téléphonie.

162. Face à ces arrêts, les analyses doctrinales sont partagées. Certains y voient un recul de l'obligation d'information ; d'autres soulignent l'absence de procédé de surveillance justifiant la dispense d'information. Défenseur de la première analyse, Christophe Radé relève « que se développe une tendance à considérer que seules les techniques *particulières* mises en place doivent être expressément signalées aux salariés et que ces derniers sont sensés connaître l'existence d'un certain nombre de moyens de contrôle standard »⁵¹². Il semble peser sur le salarié « une présomption de connaissance des moyens courants de surveillance »⁵¹³ pour lesquels aucune information n'est requise. Ainsi certains auteurs y voient un assouplissement des conditions de mise en œuvre de la surveillance⁵¹⁴.

Cette opinion n'est cependant pas unanimement partagée ; d'autres auteurs considèrent qu'un relevé de communication n'est pas un procédé de surveillance⁵¹⁵. Aucun procédé de surveillance n'ayant été mis en œuvre ; aucune obligation d'information ne pèse sur l'employeur. Dans l'arrêt du 15 mai 2001 l'employeur n'est pas à l'initiative du dispositif de la

⁵¹¹ « Mais attendu que la cour d'appel, qui n'avait pas à répondre à un simple argument, a exactement retenu que la vérification par la société Cabinet R... d'un relevé de ses communications téléphoniques fourni par France Télécom ne constituait pas un procédé de surveillance illicite pour n'avoir pas été préalablement porté à la connaissance des salariés », Cass. soc., 15 mai 2001, n° 99-42.937, Bull. civ. V, n° 168, D. 2002. 2292, note J. C. Planque ; *ibid.* 2001. 3015, obs. T. Aubert-Monpeyssen ; D. 2001. IR 2087 ; *RJS* 2001 n° 830 ; *Sem. Soc. Lamy*, 2001, n° 1030.

⁵¹² Ch. RADÉ, article précité.

⁵¹³ *Ibid.*

⁵¹⁴ « La lecture de l'arrêt commenté montre que la jurisprudence est peut-être en train de s'assouplir en permettant parfois à l'employeur d'avoir recours à des moyens de surveillance tenus secrets. » ; « L'employeur peut désormais, à certaines conditions, se constituer une preuve licite de la faute du salarié alors même que la mise en place des moyens de surveillance n'aurait fait l'objet d'aucune mesure d'information préalable » ; « Il serait plus prudent de revenir à un système simple où l'employeur ne peut utiliser des moyens de surveillance des salariés, quels qu'ils soient, qu'après les avoir prévenus. En effet, ce contrôle doit avoir pour but premier d'éviter que des salariés ne portent préjudice à l'employeur et non de "piéger" le salarié afin de pouvoir le licencier pour faute grave », J.-C. PLANQUE, « Vers un assouplissement des conditions de licéité de la surveillance des salariés ? », D., 2002, p. 2292.

⁵¹⁵ « L'arrêt du 15 mai 2001 sur lequel on s'appuie pour conclure à l'assouplissement des devoirs de l'employeur rejette en définitive l'obligation d'information faite... d'un procédé de surveillance, un relevé de communications téléphoniques ne présentant pas toujours cette nature », J.-C. BRUGUIERE, « Filer ne peut prouver ! La Chambre sociale condamne les employeurs Nestor Burma et montre la voie de la preuve loyale », D., 2003, p. 1858.

surveillance ; il utilise un procédé mis en œuvre par l'opérateur de téléphonie. Or, l'opérateur est un tiers extérieur à la relation de travail.

Si cette position peut s'entendre pour l'arrêt du 15 mai 2001, elle est plus difficilement admissible pour l'arrêt du 29 janvier 2008. Dans cette dernière espèce, l'employeur exploite les relevés téléphoniques à partir d'un autocommutateur téléphonique de l'entreprise⁵¹⁶. Il est en effet difficile de soutenir qu'il ne s'agit pas d'un procédé de surveillance. De plus, dans les deux arrêts, la Cour de cassation valide les preuves apportées par l'employeur en relevant que cela ne constituait pas « un procédé de surveillance illicite ». Le raisonnement de la Cour porte sur l'appréciation du caractère illicite du procédé. La Cour ne relève pas l'absence de procédé de surveillance. Il s'agit bien de cas où la Cour de cassation écarte l'obligation d'information caractérisant le critère de loyauté dans l'appréciation du procédé de surveillance.

S'agit-il de la marque d'une appréciation *in concreto* selon laquelle le devoir d'information serait variable en fonction du procédé de surveillance ? Le « salarié moyen » ayant des connaissances technologiques lui permettant *in abstracto* de se douter de la surveillance n'aurait alors pas besoin d'être informé à l'instar du droit de la consommation ou du droit bancaire dont l'intensité du devoir d'information varie en fonction du niveau de compétence du contractant non professionnel.

163. Un arrêt⁵¹⁷ rendu par la CEDH jette également le trouble sur ce principe de loyauté⁵¹⁸. Dans cette affaire, l'employeur qui soupçonnait des vols, avait installé des caméras pour surveiller les caisses à l'insu des salariés. Les requérantes faisaient valoir que le défaut d'information était constitutif d'une violation de l'article 8 de la ConvEDH. Pour écarter ce grief, la Cour relève notamment qu'informer les personnes de la surveillance l'aurait privé d'effet⁵¹⁹. La finalité de la surveillance est double. À une visée dissuasive, elle conduit à vouloir éviter ou faire cesser les vols ; il convient alors qu'elle soit visible. La seconde finalité qui renvoie à la volonté d'identifier les auteurs d'infractions a soulevé des réserves de la part des

⁵¹⁶ L'analyse faite par Monsieur BRUGUIERE ne porte d'ailleurs que sur l'arrêt du 15 mai 2001.

⁵¹⁷ CEDH, Gde ch., 17 octobre 2019, *Lopez Ribalda et autres c/ Espagne*, arrêt précité.

⁵¹⁸ Cet arrêt rendu à propos d'une requête relative à la violation de la vie privée présente également un intérêt notable au regard de la cyber-surveillance.

⁵¹⁹ « L'ampleur des pertes constatées par l'employeur pouvaient donner à penser que des vols avaient été commis par plusieurs personnes et qu'informer l'un quelconque des membres du personnel risquait effectivement de compromettre le but de la vidéosurveillance qui était, comme l'ont relevé ces juridictions, de découvrir d'éventuels responsables de vols mais aussi de s'assurer des preuves permettant de prendre des mesures disciplinaires à leur égard », CEDH, Gde ch., 17 octobre 2019, *Lopez Ribalda et autres c/ Espagne*, arrêt précité, §128.

magistrats ayant émis une opinion dissidente⁵²⁰. Cette dimension de la surveillance interroge sur le transfert de compétence des pouvoirs publics vers les pouvoirs privés.

164. Alors que les TIC redessinent les frontières de la surveillance ; les limites posées par le devoir de loyauté n'offrent pas toujours un rempart efficace. Le principe de proportionnalité est un autre volet des limites apportées à la surveillance. Il traduit la volonté de rechercher un équilibre entre les intérêts de l'employeur et les droits et libertés du salarié. Il est un outil de contrôle entre les mains du juge pour garantir le caractère proportionné de la surveillance.

§2 – Le principe de proportionnalité à l'épreuve de la cyber-surveillance

165. Gérard Lyon-Caen dans son rapport *Les libertés publiques et l'emploi* constate que « contrôle, surveillance, ordre et sécurité dans l'entreprise, pouvoir disciplinaire ne font pas bon ménage avec droit à l'intégrité physique, liberté d'aller et venir, liberté d'expression, et intimité »⁵²¹. La surveillance représente le point de rencontre entre les droits et libertés du salarié et les intérêts de l'entreprise. À ce titre, elle constitue un terrain d'élection privilégié pour l'application du principe de proportionnalité. Au regard des enjeux élevés pour l'entreprise et de la facilité de mise en œuvre, celui-ci peut être envisagé comme un « rapport de confrontation »⁵²² entre les restrictions envisageables pour le salarié (A) et le but recherché de surveillance pour l'entreprise (B).

⁵²⁰ « À lire l'opinion dissidente, certains magistrats de la Cour étaient ici très réservés estimant qu'il ne fallait pas encourager chacun "à se faire justice soi-même" », B. DABOSVILLE, « Vidéosurveillance cachée sur les lieux de travail : l'aveuglement de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDT*, 2020, p. 122.

⁵²¹ G. LYON-CAEN, rapport précité, p. 137.

⁵²² I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, LexisNexis, 2001, p. 161.

A – Le principe de proportionnalité au prisme de la cyber-surveillance : une restriction juridiquement admise

166. Posé aux termes de l'article L.1121-1 du Code du travail, le principe de proportionnalité constitue la pierre angulaire de la protection des libertés individuelles du salarié. Sa mise en œuvre nécessite l'existence d'une restriction aux droits des personnes et aux libertés individuelles. La surveillance doit donc conduire à une restriction pour être soumise au principe de proportionnalité (2). Mettre en balance la surveillance et les droits des personnes suppose d'admettre par avance le principe d'une surveillance (1).

1 – Cyber-surveillance et droits des personnes : l'impossible conciliation ?

167. Le droit organise la cyber-surveillance pour la rendre acceptable mais être surveillé par une machine n'est-ce pas par nature contraire à la dignité humaine ? Nombre d'auteurs font le parallèle entre le Panoptique théorisé par Jeremy Bentham, étudié par Michel Foucault dans son ouvrage *Surveiller et punir* et la cyber-surveillance. Le panoptique induit « un état conscient et permanent de visibilité qui assure le fonctionnement automatique du pouvoir »⁵²³. À cet effet majeur s'ajoute un effet de contrainte sur l'individu. L'omniprésence de la surveillance « incite aussi les individus à interioriser le regard de leurs surveillants : d'instinct, ils choisiront de faire ce qu'on attend d'eux sans même se rendre compte qu'ils sont contrôlés »⁵²⁴. Dans la logique utilitariste développée par Bentham, le respect de la norme sociale n'est garanti que s'il s'accompagne de transparence. Dans sa vision de la société, la surveillance est un moyen de garantir le plus grand bonheur pour le plus grand nombre⁵²⁵. La liberté individuelle s'exerce sous surveillance « afin d'orienter les conduites dans l'intérêt général »⁵²⁶. Dès lors « la sécurité est la condition du bonheur général. Le bonheur est le grand but, la surveillance qui conditionne la sécurité est le principal levier pour y parvenir »⁵²⁷. La liberté et la sécurité sont alors deux aspects indissociables du panoptique.

⁵²³ M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 234.

⁵²⁴ B. E. HARCOURT, *op. cit.*, p. 77.

⁵²⁵ En ce sens : Ch. LAVAL, article précité, p. 52.

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ *Ibid.*

168. Florent Castagnino porte une analyse critique sur les *surveillance studies* qui adoptent un postulat négatif sur la surveillance. L'auteur suggère d'enrichir l'analyse à partir de deux hypothèses. D'une part, considérer la surveillance, au sens d'Émile Durkheim, comme un phénomène social normal au même titre que le crime ou le suicide permet de se concentrer sur les formes pathologiques qui doivent alors être combattues. La seconde hypothèse consiste à « considérer la surveillance comme un effet de pratiques de rationalisation, au sens de Weber »⁵²⁸. Dans cette approche, la rationalité est la finalité et la surveillance est l'outil ; le rapport entre les deux s'inverse lorsque la surveillance devient la finalité.

169. L'acceptation de la surveillance peut également trouver un fondement dans la transparence caractéristique de la société d'exposition. La surveillance résulte alors non plus de dispositifs furtifs de captation de données ; elle est permise par la délivrance volontaire d'informations⁵²⁹. Cette exposition volontaire contribue à banaliser la surveillance. La visibilité, voir et être vu, tend alors à devenir une norme sociale. Ainsi « l'une des grandes surprises dans les études de surveillance est la très faible réaction face aux développements de la surveillance qui semblent pourtant être des menaces évidentes aux libertés individuelles »⁵³⁰.

170. À la banalisation de la surveillance s'ajoute un facteur novateur propre à la surveillance numérique. Il s'agit de l'enregistrement des informations et la possibilité de les analyser grâce à des algorithmes qui calculent les probabilités de déviations sociales. La surveillance n'est plus seulement punitive ou corrective ; elle devient alors prédictive. Autrement dit, non seulement elle permet classiquement de contrôler et d'influer sur le comportement des individus mais elle permet en outre de façon novatrice d'anticiper sur un comportement social à risque. Anticipant la dangerosité, permettant d'agir à partir de signaux faibles, la surveillance gagnerait en performance. Ce faisant « ce lien entre traçabilité, anormalité, dangerosité remet en question évidemment l'un de nos fondements de l'État de droit, à savoir la présomption d'innocence »⁵³¹. Transposé à la relation de travail, c'est le principe selon lequel « le doute profite au salarié » contenu dans l'article L.1235-1 du Code du travail qui est susceptible d'être remis en cause.

⁵²⁸ F. CASTAGNINO, « Critiques des *surveillance studies*. Éléments pour une sociologie de la surveillance », *Déviance et société*, 2018, vol. 42, p. 21.

⁵²⁹ En ce sens : B. E. HARCOURT, *op. cit.*, pp. 86-87.

⁵³⁰ F. CASTAGNINO, article précité.

⁵³¹ Ch. LAVAL, article précité, p. 71.

2 – La conciliation rendue acceptable par le principe de proportionnalité ?

171. Le principe de proportionnalité appliqué à la cyber-surveillance suppose de répondre à deux questions. La cyber-surveillance est-elle susceptible de constituer une restriction aux droits des personnes et aux libertés individuelles ? Si elle constitue une restriction, celle-ci est-elle proportionnée au but recherché ? Pour entrer dans le champ d'application de l'article L.1121-1 du Code du travail, la surveillance doit constituer une restriction aux droits des personnes ou aux libertés individuelles ou collectives du salarié. A-t-elle pour objet de restreindre les droits et libertés individuelles de salariés ? A-t-elle pour effet de restreindre les droits et libertés individuelles des salariés ?

172. Une restriction « se conçoit comme une diminution de la possibilité d'exercer ce droit ou cette liberté »⁵³². En d'autres termes des restrictions sont admises mais elles ne doivent pas avoir pour effet d'abolir un droit ou une liberté. Une restriction est une limitation, non une disparition⁵³³. L'application de l'article L.1121-1 suppose donc dans un premier temps d'avoir identifié l'existence d'une restriction. La surveillance du salarié a pour objet de vérifier l'activité du salarié ; elle n'a pas pour objet de restreindre ses droits et libertés. Mais ce faisant elle peut avoir pour effet des restrictions aux droits et libertés du salarié. Ces effets sur les droits et libertés du salarié sont liés au choix des procédés de surveillance. Il s'agit cependant d'une simple possibilité ; l'existence d'une restriction n'étant pas systématique. Les juridictions semblent admettre certains procédés de surveillance qui ne laissent pas de doute sur la restriction aux droits des personnes. Ainsi tandis que la vidéosurveillance est une restriction au droit à l'image, que les écoutes téléphoniques et la géolocalisation constituent une restriction au droit à la vie privée⁵³⁴. Pour d'autres procédés, tels que les tests salivaires, Laurent Gamet

⁵³² I. CORNESSE, *op. cit.*, p. 163.

⁵³³ En ce sens : Ph. WAQUET, *L'entreprise et les libertés du salarié : Du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, *op. cit.*, p. 90 ; A. LACABARATS, « À propos de quelques libertés en entreprise : propos conclusifs », *RDT*, 2014, p. 409.

⁵³⁴ Les juges centrent le raisonnement sur le contrôle de proportionnalité ; seul le visa offre un élément de réponse ; v., Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-23.645, censurant l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes au visa des articles L.1121-1 et L.1232-1 et suivants du Code du travail ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La mention de l'article 8 de la CEDH permet de déduire que le système de géolocalisation en cause dans l'arrêt constitue une restriction au droit au respect de la vie privée.

souligne que ce lien n'est pas toujours d'évidence⁵³⁵. Dès lors, l'existence d'une restriction est un préalable qui détermine l'application de l'article L1121-1 à la cyber-surveillance.

B – Le contrôle de proportionnalité : la mesure de la finalité de la surveillance

173. En application de l'article L.1121-1 du Code du travail, seules sont admises les restrictions aux droits et libertés qui sont justifiées et proportionnées au but recherché.

Face à certains auteurs pour qui la distinction entre les exigences de justification et de proportionnalité est factice⁵³⁶, Isabelle Cornesse démontre, dans sa thèse sur la proportionnalité en droit du travail, la réalité de cette distinction. Elle souligne que « la justification apparaît comme la recherche de la cause objective de la décision et la proportionnalité comme sa mise en œuvre en fonction du but recherché. L'exigence de justification s'attache au principe de l'action, la proportionnalité à ses conditions de mise en œuvre. L'une se tourne vers les antécédents de l'acte, l'autre vers ses effets »⁵³⁷.

En matière de surveillance, la Cour de Cassation apprécie le but recherché au regard de « la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ».

Il s'agit alors pour le juge, de vérifier, dans un premier temps, la justification de la restriction (1) puis, de s'assurer, dans un second temps, de son caractère proportionné (2) au regard de la protection des intérêts légitimes de l'entreprise.

1 – L'intérêt légitime de l'entreprise : la justification de la restriction

174. L'intérêt légitime de l'entreprise n'est pas défini en droit. Toutefois, même en l'absence de définition, il est possible de dire que l'intérêt légitime de l'entreprise n'est pas la somme des intérêts particuliers mais un principe supérieur qui « transcende les intérêts de chacun de ceux qui la composent »⁵³⁸. Selon Bernard Teyssié, l'intérêt de l'entreprise est « un principe d'action à déclinaisons multiples »⁵³⁹. Irriguant les décisions financières, économiques et sociales, il

⁵³⁵ « En conclusion, il est douteux que le recours au test salivaire porte atteinte aux droits des personnes, tant on peine à identifier quel(s) droit(s) des personnes serai(en)t en jeu. », L. GAMET, « Le test salivaire », *Dr. soc.*, 2013, p. 51 ; sur l'usage du garabit en biométrie, v., L. GAMET, « Biométrie et travail », *Dr. soc.*, 2019, p. 422.

⁵³⁶ I. CORNESSE, *op. cit.*, pp. 177-178.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 179.

⁵³⁸ B.TEYSSIÉ, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.*, 2004, p. 1680.

⁵³⁹ *Ibid.*

peut impliquer des sacrifices de part et d'autre, tant du côté patronal⁵⁴⁰ (renoncement à tout dividende s'il en va de la survie de l'entreprise) que du côté salarial (abandon de certains avantages). La poursuite des intérêts de l'entreprise doit pour le moins consister à prendre toutes les décisions propres à garantir son fonctionnement, son développement ou son maintien indépendamment de tous calculs d'intérêt.

175. L'appréciation de l'intérêt de l'entreprise suppose une appréciation *in concreto* de la situation⁵⁴¹. La surveillance mise en œuvre par les TIC peut-elle relever de l'intérêt de l'entreprise ? Il est certain que l'utilisation des TIC fait peser sur l'entreprise de nouveaux risques justifiant un intérêt à s'en protéger. Il se pose alors deux questions. Ces risques liés à l'usage du numérique entrent-ils dans le champ de la protection des intérêts de l'entreprise ?

Effectivement, la vidéo-surveillance contribue à la protection des locaux et des biens de l'entreprise contre les vols et les intrusions. L'enregistrement des conversations téléphoniques des salariés, la surveillance des connexions internet, la surveillance de l'activité sur l'ordinateur garantissent la maîtrise de la réputation de l'entreprise et concourent à la lutte contre la fuite volontaire ou involontaire de données participant ainsi à la sauvegarde du patrimoine informationnel et la lutte contre la concurrence déloyale. La consultation de sites ou le téléchargement d'images, de vidéos ouvrent la porte au piratage informatique et constituent un risque important pour la sécurité des systèmes d'information. Dans tous ces cas de figure, il s'agit bien à chaque fois d'assurer la protection des intérêts de l'entreprise⁵⁴². La Cour de

⁵⁴⁰ « Toute affirmation de l'intérêt de l'entreprise comporte nécessairement une limitation des droits de l'entrepreneur », M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, L.G.D.J, 1957, n° 267, cité par I. CORNESSE, *op. cit.*, p. 173.

⁵⁴¹ « Il ne s'agit pas de se contenter de vérifier que le but poursuivi correspond bien à l'intérêt de l'entreprise, en quelque sorte envisagé *in globo*, mais de rechercher si, dans la situation envisagée, ce but recherché comporte bien un intérêt pour l'entreprise. Le but recherché intervient ici comme un "guide qualitatif" des actions à mener », *ibid.*, p.174.

⁵⁴² Sur la liste des risques liés au numérique, v., CIGREF, *Les risques numériques pour l'entreprise*, [en ligne], mars 2011, [consulté le 15 avril 2018].

cassation admet la restriction aux droits des personnes lorsque le moyen mis en œuvre pour atteindre le but recherché apparaît comme légitime⁵⁴³, indispensable⁵⁴⁴, nécessaire⁵⁴⁵.

Certains risques peuvent également exister en lien avec des obligations légales pesant sur l'employeur. L'obligation de santé et de sécurité prévue à l'article L.4111-6 du Code du travail peut justifier une surveillance biométrique pour évaluer et prévenir la pénibilité et l'usure au travail. Cette hypothèse est évoquée par Emmanuel Clément à propos des salariés sportifs de haut niveau⁵⁴⁶.

176. Si la surveillance se justifie du point de vue de l'entreprise, elle trouve également sa justification par référence à la vision utilitariste développée par Bentham. Pour Bentham, toute action a pour finalité le bonheur et « lorsqu'une action tend à augmenter le bonheur de la communauté, elle doit être adoptée face à toutes autres actions qui tendent à le diminuer »⁵⁴⁷. La recherche de la maximisation de l'utilité serait donc le moteur de toute action humaine. Les conséquences négatives sur les individus représentent « un mal nécessaire »⁵⁴⁸ au regard des bénéfices générés pour la communauté. Dans cette perspective utilitariste, il est aisé de comprendre l'intérêt de l'entreprise qui sera sauvegardé parce qu'un salarié indélicat aura été

⁵⁴³ « L'arrêt énonce que la société avait le souci légitime, dans l'intérêt de l'entreprise, de faciliter le stationnement de la clientèle [...] ; qu'en statuant ainsi, alors que l'interdiction litigieuse apportait aux libertés individuelles et collectives une restriction injustifiée, la cour d'appel a violé le texte susvisé », Cass. soc., 1^{er} juin 1994, n° 91-40.695, inédit.

⁵⁴⁴ « Qu'en statuant par ces seuls motifs qui ne justifiaient ni le caractère indispensable pour l'entreprise d'un transfert de domicile, alors que le salarié proposait d'avoir une résidence à Montpellier, [...] la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision », Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, Bull. civ. V, n° 7, D. 1999. 645, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *Dr. soc.* 1999. 287, obs. J.-E. Ray ; *RTD civ.* 1999. 358, obs. J ; Hauser.

⁵⁴⁵ « La Cour d'appel, qui n'a pas précisé en quoi, compte tenu des fonctions exercées par son ancien salarié, la société Auto Service 34 justifiait l'existence d'un intérêt légitime dont la protection rendait nécessaire l'insertion au contrat de travail de l'intéressé d'une clause lui interdisant d'exercer l'activité litigieuse, a privé sa décision de base légale », Cass. soc., 19 novembre 1996, n° 94-19.404, Bull. civ. V, n° 392, *Dr. soc.* 1997. 95, obs. G. Couturier.

⁵⁴⁶ « Les sportifs salariés sont exposés aux contraintes d'un effort intensif quotidien. Cette pratique sportive soutenue, basée sur une contrainte sportive accrue, peut entraîner un épuisement avancé de l'organisme et s'avérer dangereuse. Dans ces conditions, la prévention de la santé du salarié peut justifier la mise en place d'un système connecté d'analyse de données produites par le corps du sportif (test isocinétique, cardio-fréquence-mètre...) », E. CLÉMENT, « Institutions – Nouvelles technologies – Suivi des performances et traitement informatisé des données personnelles », *Jurisport*, n° 183, p. 32.

⁵⁴⁷ Ch. NOËL-LEMAITRE, article précité, p. 52.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 60.

démasqué. La cyber-surveillance en ce qu'elle a de constant et d'invisible⁵⁴⁹ est un instrument fortement dissuasif.

En plus de faire « respecter les règlements »⁵⁵⁰ en s'assurant que le salarié ne se dissipe pas, elle « tend à faire croître les aptitudes, les vitesses, les rendements et donc les profits »⁵⁵¹. En outre, la surveillance s'assimile à un dispositif d'exercice du pouvoir. Cette technique vise à infléchir le corps social dans une direction recherchée de manière subtile. Par analogie à la discipline d'atelier, la surveillance numérique produit les mêmes effets : elle participe à la formation des individus⁵⁵² ; ce qui renforce d'autant son caractère utilitariste.

177. Ainsi chaque fois que la surveillance permettra de minimiser un risque, elle apparaîtra comme légitime, nécessaire à la sauvegarde des intérêts de l'entreprise. Elle est utile *in globo* et elle correspond à un besoin de protection *in concreto*. Pour autant, la justification de la surveillance ne permet pas pour autant de déployer n'importe quel moyen.

2 – le caractère proportionné : ultime étape du contrôle

178. Par cette étape, il s'agit de mesurer les effets du but recherché sur la restriction des droits et libertés. Le principe de proportionnalité opère un contrôle sur la justesse des moyens au regard des fins. À l'inverse de l'adage « la fin justifie les moyens », il vérifie la tempérance dans le choix des outils. Le principe de proportionnalité appliqué à la cyber-surveillance a pour objectif de limiter cette surveillance au strict nécessaire.

179. La proportionnalité résulte « d'un rapport de mesure entre deux grandeurs »⁵⁵³. En droit du travail, le rapport de mesure s'établit entre les restrictions aux droits et libertés et le but

⁵⁴⁹ « Cette surveillance potentiellement de tous les instants de l'homme au travail se combine avec celle du travail lui-même. L'informatique permet précisément de connaître “en temps réel”, de manière complète et exhaustive, l'activité du salarié. Le “brouillard” dans lequel le salarié pouvait se réfugier s'est dissipé : immédiatement, l'employeur peut connaître l'état de l'activité d'un salarié et la comparer à celle de ses collègues. Tout fléchissement de l'activité peut être instantanément repéré. », Y. STRUILLON, article précité.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 245.

⁵⁵¹ *Ibid.*

⁵⁵² « À l'autre extrémité, avec le panoptique, on a la discipline-mécanisme : un dispositif fonctionnel qui doit améliorer l'exercice du pouvoir en le rendant plus rapide, plus léger, plus efficace, un dessin des coercitions subtiles pour une société à venir. », M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 244.

⁵⁵³ I. CORNESSE, *op. cit.*, p. 201.

recherché. L'admission des moyens mis en œuvre suppose leur pertinence⁵⁵⁴. La pertinence est définie comme ce qui est « exactement adapté ; qui dénote de bon sens »⁵⁵⁵. Il s'agit donc pour le juge d'apprécier l'adéquation du moyen choisi par l'employeur pour atteindre le but recherché. Est ainsi privée de base légale, la décision de la Cour d'appel qui valide la licéité d'une clause précisant que « l'employeur se réservait le droit de modifier la région d'activité en demandant au salarié d'être domicilié sur cette région dans les 6 mois suivant ce changement d'affectation [...] sans expliquer en quoi les attributions de M. X... exigeaient une présence permanente à Montpellier ». La vérification de la pertinence de l'exigence de l'employeur permet d'apprécier le caractère proportionné au but recherché de cette atteinte à la liberté de choix du domicile du salarié⁵⁵⁶. En matière de surveillance, l'utilisation d'un dispositif de géolocalisation pour mesurer le temps de travail doit être indispensable ; il n'est admis que s'il s'avère être « le seul moyen permettant d'assurer le contrôle de la durée du travail de ses salariés »⁵⁵⁷. Il doit également apparaître comme légitime ; ce qui n'est pas le cas lorsque « selon le contrat de travail, le salarié était libre d'organiser son activité selon un horaire de 35 heures, à charge pour lui de respecter le programme d'activité fixé et de rédiger un compte-rendu journalier précis et détaillé, lequel de convention expresse faisait preuve de l'activité du salarié »⁵⁵⁸. Cette dernière étape du contrôle de proportionnalité vise à vérifier la minimisation de la restriction apportée aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives.

⁵⁵⁴ « Mais attendu que la pertinence du plan social doit être appréciée en fonction des moyens dont dispose l'entreprise », Cass. soc., 12 novembre 1997, n° 95-16.947, Bull. civ. V, n° 368, *D.* 1997. 261.

⁵⁵⁵ « Pertinent », Trésor de la langue française, [en ligne], [consulté le 18 avril 2021].

⁵⁵⁶ Cass. soc., 12 janvier 1999, arrêt précité.

⁵⁵⁷ Cass. soc., 19 décembre 2018, n° 17-14.631, *P.* *D.* 2019. 21 ; *RDT* 2019. 644, obs. M. Véricel ; *JCP* 2019. 1038, obs. B. Bossu.

⁵⁵⁸ Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-18.036, Bull. civ. V, n° 247, *D.* 2011. 2803 ; *ibid.* 2012. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *Dr. soc.* 2012. 61, étude J.-E. Ray ; *RDT* 2012. 156, obs. B. Bossu et T. Margenroth ; *Dr. ouvr.* 2012. 153, note S. Baradel et P. Masanovic, *RJS* 2012, n° 4.

Conclusion de la Section 2

180. Depuis la décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982⁵⁵⁹, liberté d'entreprendre et libertés individuelles occupent le même rang normatif et partagent le même caractère fondamental dans l'ordre juridique national. Dès lors « l'enjeu de la reconnaissance du caractère fondamental, en quelque sens que ce soit, des libertés économiques réside dans les effets et les conséquences auxquels ce qualificatif permet de prétendre, en particulier en cas de conflit avec d'autres droits et libertés fondamentaux »⁵⁶⁰. Autrement dit, lorsque la liberté d'entreprendre est en présence des libertés du salarié, le juge les confronte pour les concilier ; libertés individuelles, droits sociaux et droits économiques se trouvent alors traités sur le même plan.

181. La protection des intérêts de l'entreprise sous-tendue par la liberté d'entreprendre et une certaine vision utilitariste permet de penser que la surveillance est toujours susceptible de progresser. En résumé, la surveillance, participant utilement à la protection des intérêts de l'entreprise, serait admise quand les moyens choisis permettant d'atteindre le but recherché n'ont pas un caractère excessif et l'abandon par le salarié d'une partie de ses libertés s'en trouverait alors justifié.

Pour autant, Pascal Lokiec, souligne que « la personne que saisissent les droits fondamentaux est avant tout la personne humaine, dans toute son épaisseur »⁵⁶¹ et que « ce constat est particulièrement essentiel dans le contexte actuel de remise en cause des protections. Aucune politique économique, aucune décision entrepreneuriale, aucune stratégie d'efficience ne peut, au nom d'objectifs aussi légitimes soient-ils (lutter contre le chômage, accroître la compétitivité de l'entreprise), toucher aux attributs essentiels de la personne humaine »⁵⁶².

La cyber-surveillance offre la sécurité à l'employeur tandis qu'elle restreint la liberté du salarié. À ce titre, elle constitue un antagonisme entre la liberté d'entreprendre et les libertés individuelles du salarié. Interrogé sur la relation entre liberté et sécurité Zygmunt Bauman

⁵⁵⁹ Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, JO du 17 janvier 1982, p. 299.

⁵⁶⁰ V. CHAMPEIL DESPLATS, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *RDT*, 2007, p. 19.

⁵⁶¹ P. LOKIEC, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁶² *Ibid.*

constate qu'elle s'est jusqu'à présent toujours exprimée selon un mouvement « pendulaire »⁵⁶³. « Les nombreux arrêts rendus au cours des derniers mois sur les systèmes de surveillance mis en œuvre par les employeurs montrent l'actualité du problème et la vigilance requise pour maintenir un équilibre raisonnable entre les intérêts en conflit »⁵⁶⁴. Alors que la surveillance met en tension la liberté et la sécurité, la position du curseur entre ces deux bornes détermine son acceptabilité par l'individu.

⁵⁶³ « La sécurité et la liberté s'attirent et se repoussent en même temps. L'une ne peut s'étendre qu'au détriment de l'autre », « Entretien avec Zygmunt Bauman », *Sécurité et stratégie*, 2013, vol. 15, n° 4, p. 8.

⁵⁶⁴ A. LACABARATS, article précité.

Conclusion du Chapitre 1

182. Le 2 octobre 2021, l'arrêt *Nikon* aura 20 ans. En 20 ans, entreprises, technologies, usages, individus, tout a changé, tout s'est accéléré remettant en question de nombreux principes posés par le droit du travail. Le droit au respect de la vie privée du salarié n'échappe pas à cette remise en cause.

D'abord, les outils numériques mis à la disposition du salarié par l'employeur sont réputés avoir un usage professionnel mais peuvent aussi répondre à des usages personnels. L'indifférenciation des usages caractéristiques des outils numériques renouvelle la question relative à l'étendue du pouvoir de contrôle de l'employeur et partant l'exercice de la vie privée au travail.

Ensuite, les TIC sont à l'origine du développement du télétravail source de confusion entre les espaces de travail et de lieu de vie. Alors que le processus de différenciation des lieux avait permis à l'individu de gagner un espace propice au développement de la vie privée ; les TIC ont un effet inverse. Favorisant l'ubiquité, elles permettent l'immixtion du travail dans l'espace domestique et participent ainsi à l'abolition des frontières entre vie privée et travail. Ce faisant cette indifférenciation des espaces contribue à l'indifférenciation des temps de vie.

Enfin, les progrès technologiques ont permis le développement des procédés de surveillance toujours plus invasifs permettant un suivi en temps réel de l'activité du salarié. La connaissance de ces informations est une source de pouvoir supplémentaire pour l'employeur et appelle une vigilance renouvelée en matière de loyauté et de proportionnalité.

En résumé, la dimension technologique qui apparaît systématiquement en filigrane dans la relation de travail met en tension l'équilibre entre pouvoir de l'employeur et droits et libertés du salarié.

183. En outre, l'introduction des TIC dans l'entreprise a également un impact sur les aspects physique et mental de la vie du salarié et peut représenter une menace pour le droit à la santé du salarié. L'intrication des temps sociaux, qui se fait largement en faveur du travail, constitue une entrave à la garantie du droit au repos. Les TIC sont également vectrices d'une accélération du temps qui dégrade les conditions de travail produisant des effets délétères sur la santé.

Chapitre 2

Les TIC : un facteur de risque pour la protection de la santé au travail

184. Travail, technique et santé entretiennent un rapport circulaire qu'il importe de cartographier pour en saisir les enjeux en matière de protection. Ce triptyque se compose en fait de deux binômes qui s'entremêlent entretenant entre eux des rapports étroits de causalité. Le premier est formé par le travail et la technologie auquel s'ajoute le second, tout aussi central, constitué par le travail et la santé.

Dans cet entrelacs de relations, la technique joue un rôle majeur. Sa marque s'imprime, en premier lieu, sur l'organisation du travail dont les effets se répercutent sur l'individu au travail par l'intégration de nouveaux gestes, postures, rythmes, imposés par la technique. Les transformations du travail, qui en résultent, affectent lors le corps du travailleur. Dans cet enchaînement des causes et des effets, la technologie figure en début de chaîne, tandis que le corps du salarié se situe à la fin.

185. Ces rapports étroits entre travail et technique ont toujours existé. Cependant, à partir de la première révolution industrielle, ils se sont intensifiés. L'intrication de la technique et du travail, d'abord caractérisée par l'automatisation de la production au 19^e siècle, a laissé la place à la dématérialisation du travail⁵⁶⁵ au 21^e siècle, contribuant à une réorganisation en profondeur du tissu productif.

186. Travail et santé, qui forme le second rapport, s'exprime dans l'engagement du corps du travailleur. Sans corps, pas de travailleur ; sans travailleur, pas de travail⁵⁶⁶. À partir de ce constat, le droit du travail a fait du corps la pierre angulaire de la protection de la santé au

⁵⁶⁵ « Les nouvelles technologies sont le facteur essentiel de la dématérialisation tant des échanges au sein de l'entreprise que de ses structures », Ch. HANNOUN, « L'émergence de l'entreprise-marchandise », *RDT*, 2010, p. 22.

⁵⁶⁶ Ce constat est une réalité même à l'heure de l'intelligence artificielle. Dans les systèmes algorithmiques auto-apprenant il est question de « l'homme dans la boucle ». Il s'agit des microtravailleurs des plateformes. Sur le microtravail et la place de la « couche humaine » dans le processus d'apprentissage automatique, v., A. A. CASILLI, *En attendant les robots, Enquête sur le travail du clic*, Seuil, 2019, pp. 119-161.

travail⁵⁶⁷. Les préoccupations en matière de santé au travail se traduisent par un droit à la santé et un droit *de* la santé.

Le droit à la santé est inscrit au niveau européen tant au sein de la Charte sociale du Conseil de l'Europe du 3 mai 1996⁵⁶⁸ que dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989⁵⁶⁹ ou dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000⁵⁷⁰. Au plan national, il trouve sa source dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁵⁷¹.

S'il se distingue du droit *de* la santé par sa nature⁵⁷², il entretient toutefois avec lui, une parenté quant à l'objectif de protection de la santé. En ce sens, la réglementation des conditions matérielles de travail visée dans la quatrième partie du Code du travail « est l'exemple d'une législation tutélaire, manifestant la sollicitude de l'État qui intervient pour protéger des personnes en situation de faiblesse et de forte exposition à des risques »⁵⁷³. Leur parenté s'illustre notamment dans l'énoncé des motifs de la proposition de loi n° 3718 pour renforcer la prévention de la santé au travail, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale⁵⁷⁴, qui indique que « le développement de la culture de prévention au sein des entreprises est une condition majeure de l'effectivité du droit à la santé et à la sécurité au travail ». Il apparaît donc pertinent d'étudier le droit à la santé par le prisme du droit *de* la santé⁵⁷⁵.

Ce droit, constitué de prescriptions parfois très détaillées portant sur les équipements et installations de travail, de principes généraux de prévention, ainsi que des droits spécifiques

⁵⁶⁷ En ce sens : A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Presses universitaires de France, 3^e éd., 1994, 2015, p. 67 s.

⁵⁶⁸ Partie 1, point 3 « Tous les travailleurs ont droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail ».

⁵⁶⁹ Article 19 « Tout travailleur doit bénéficier dans son milieu de travail de conditions satisfaisantes de protection de sa santé et de sa sécurité ».

⁵⁷⁰ Article 31 « Tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité ».

⁵⁷¹ Article 11 « Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

⁵⁷² « [Le droit à la santé] vise un principe, doté d'une valeur juridique constitutionnelle, [le droit *de* la santé] est une discipline visant par la mise en œuvre d'un corpus de textes, la prévention des dégradations, la protection et la restauration de la santé. », L. CAZAUX-LABRUNÉE, *op. cit.*, p. 808.

⁵⁷³ G. AUZÉRO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 1138.

⁵⁷⁴ Texte n° 570 adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 17 février 2021.

⁵⁷⁵ « Pour la doctrine, la santé relève plutôt d'un objectif que le législateur nourrit positivement de manière libre, sous réserve de ne pas dénaturer le droit social qui se cache en lui », X. BIOY, « Le traitement contentieux de la santé en droit constitutionnel », *RDSS*, 2013, p. 45.

conférés au salarié en cas de danger grave et imminent, doit être réexaminé à la lumière de l'introduction des TIC.

Ainsi, tandis que la technologie investit l'ensemble du fonctionnement de l'entreprise, quelles sont alors les interactions entre travail technologique et santé au travail ? Les TIC constituent-elles un facteur de risque pour la santé susceptible de remettre en cause le droit à la santé au travail ? Alors que la technologie irrigue le travail autant que ses conditions, il convient d'étudier les éventuelles répercussions des TIC sur la santé tant sous l'angle du travail (Section 1) que sous l'angle des conditions de travail (Section 2).

Section 1 – Le travail saisi par les TIC

187. Si le travail organisé par la machine au 19^e siècle et le travail numérique au 21^e siècle semblent avoir peu en commun, il existe tout de même des invariants autorisant certains parallèles. D'abord, l'idée selon laquelle la technique, source de rationalité et de performance, guide les choix organisationnels est toujours d'actualité. Ensuite, la maîtrise du temps grâce à l'organisation technique du travail est un autre trait commun. Enfin, les effets du travail technique sur le corps sont également notables à ces deux époques.

Ainsi tandis que la régularité métronomique rythme la production machinique, et que « le temps pénètre le corps »⁵⁷⁶ ; le travail numérique repousse les limites spatio-temporelles et entretient chez l'individu le sentiment de pouvoir s'abstraire des limites physiques du corps. L'objet technique a toujours créé une distance entre le travail et le travailleur. Toutefois, cet effet est renforcé par la technologie qui constitue par l'« intermédiation d'un objet et de ses usages »⁵⁷⁷ un deuxième palier d'éloignement. Très prosaïquement, utiliser un marteau pour planter un clou ne crée pas la même distance que planter un clou en utilisant un écran de contrôle pour guider le bras articulé d'un robot.

188. De tout temps, l'homme a entretenu un rapport étroit aux objets. Dans son ouvrage *Du mode d'existence des objets techniques*⁵⁷⁸, Gilbert Simondon identifie deux rapports de l'homme à l'objet technique : un rapport d'utilité et un rapport de compréhension. Dans le

⁵⁷⁶ M. FOUCAULT, *op. cit.*, p.178.

⁵⁷⁷ A. BIDEZ, J. PORTA, « Le travail à l'épreuve du numérique, Regard disciplinaires croisés, droit/sociologie », *RDT*, 2016, p. 328.

⁵⁷⁸ G. SIMONDON, *Du mode d'existence des objets techniques*, Aubier, 2012, 367p.

rapport d'utilité, l'homme resterait extérieur à la machine ; tandis que dans le rapport de compréhension, l'homme peut s'approprier l'objet afin d'en comprendre son fonctionnement et son essence même. Dans le rapport d'utilité, l'incompréhension serait source d'aliénation de l'homme par la machine.

189. Qu'il soit source d'aliénation ou de compréhension, ce rapport crée une distance dont les effets se répercutent sur l'individu au travail. Or, l'engagement de l'individu au travail est d'abord corporel. Les premières manifestations des effets de la technique au travail sont donc naturellement visibles sur le corps.

Pour autant, l'identification du caractère accidentogène du machinisme ayant conduit à l'élaboration d'une protection du corps de l'ouvrier, n'était pas d'évidence⁵⁷⁹. Une faute de négligence ou d'imprudence de la part de l'ouvrier était souvent à l'origine des accidents. En conséquence, la faute de l'employeur était rarement établie. Et lorsque l'ouvrier n'avait aucune responsabilité dans l'accident dont il était victime, il avait à ce moment-là la charge de prouver la faute de l'employeur ; ce qui était très difficile voire impossible. L'élaboration de la responsabilité pour risque, qui a été la réponse juridique à ce problème, a constitué le point de départ d'une réglementation en matière de santé au travail.

Aujourd'hui l'emprise technique va au-delà de la fonction d'intermédiation ; elle imprègne l'individu. La puce RFID implantée sous la peau ou les objets connectés permettant à chacun de mesurer son activité selon la technique dite du *quantified self* sont des outils amenés à se répandre qui renouvèlent les questions de santé au travail.

190. Alors qu'« en France , le droit relatif à la protection de la santé au travail a progressé jusqu'au milieu des années 2010 »⁵⁸⁰, certaines mesures mises en œuvre par les réformes opérées par la loi du 8 août 2016 et les ordonnances du 22 septembre 2017⁵⁸¹ laissent douter de la volonté de maintenir un niveau de protection élevé et la disparition du CHSCT, l'abandon du dispositif de

⁵⁷⁹ « Face à l'accroissement des risques, la thèse du fatalisme technologique et du caractère inévitable des accidents s'impose : les accidents relèvent de la providence divine ou de l'incurie des milieux populaires. La technique n'est jamais en cause », F. JARRIGE, *op. cit.*, p. 78.

⁵⁸⁰ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 1134.

⁵⁸¹ Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, JORF n° 223 du 23 septembre 2017, texte n° 31 ; Ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention, JORF n° 223 du 23 septembre 2017, texte n° 37.

pénibilité, les facteurs de risques limitativement énumérés par l'article L.4116-1 du Code du travail en constituent de multiples illustrations. Pourtant, l'enjeu de la santé au travail demeure⁵⁸².

Avec les mutations technologiques, la fabrique taylorienne du 19^e siècle est devenue l'entreprise connectée du 21^e siècle. Et à l'instar du machinisme, l'identification du caractère pathogène des TIC ne fait pas consensus. Difficilement identifiable et mesurable, il peut être occulté par le caractère ambivalent des TIC à la fois libératrices et contraignantes. Ainsi, selon l'usage qui en est fait, les objets connectés au service de la protection de la santé peuvent s'avérer de redoutables outils de surveillance. Au surplus, les risques peuvent être intrinsèques aux techniques mises en œuvre et ce constat renouvelle les débats sur la neutralité de la technique⁵⁸³. Ainsi, la commande vocale facilite la préparation des commandes dans les entrepôts de transport en permettant de travailler « mains libres » mais cette technologie crée une tension très forte sur les préparateurs soumis aux ordres rythmés par la machine⁵⁸⁴. Néanmoins, bien que la place de la technique dans le travail ne cesse de croître, les TIC restent faiblement identifiées comme facteurs de risques (§1).

Du machinisme aux TIC, la productivité acquise grâce à la technique n'a eu de cesse de transformer le travail. L'introduction des TIC dans l'entreprise a permis le décloisonnement physique des marchés, le fonctionnement de l'économie « de façon synchronisée à l'échelle planétaire »⁵⁸⁵. D'abord limitée à l'automatisation de la production, la dématérialisation affecte toutes les fonctions de l'entreprise. L'ensemble des flux de la production, la chaîne logistique (approvisionnement, livraisons, commandes) la relation client (marketing, force de vente) sont désormais organisés grâce à des logiciels qui rationalisent et standardisent la circulation et le traitement de l'information. Cette quête de performance est aussi, et peut-être avant tout, une quête de temps. La rapidité qui est au cœur de l'avantage concurrentiel crée une spirale sans fin où « le temps ainsi gagné est aussitôt mis au service de la recherche d'une productivité toujours

⁵⁸² « Les temps de travail longs de l'histoire du travail entraînaient de façon prévisible des dommages aussi quantifiables que le temps. Mais il n'y a pas forcément eu d'amélioration proportionnelle du niveau de santé en fonction d'un temps d'exposition moindre aux nuances ni diminution des contraintes du travail ni encore amélioration des conditions de travail et de la qualité de vie par l'augmentation du temps disponible de non-travail. [...] Aujourd'hui de nouveaux types d'usure apparaissent donc, avec des atteintes plus qualitatives à type de pression de tension et de stress. », S. FANTONI-QUINTON, « L'évolution du temps de travail et les enjeux relatifs à la santé des salariés », *Dr. soc.*, 2010, p. 395.

⁵⁸³ V., en ce sens : P.-Y. VERKINDT, « Ambivalences et promesses de l'intelligence artificielle dans le champ de la santé et de la sécurité des travailleurs », in P. ADAM, M. LE FRIANT, Y. TARASEWICZ (dir.), *Intelligence artificielle, Gestion algorithmique du personnel et droit du travail, Les travaux de l'AFDT*, Dalloz, 2020, p. 201.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 203.

⁵⁸⁵ M. LALLEMENT, *Le travail sous tension*, Seuil, 2010, p. 20.

plus forte »⁵⁸⁶ et confère à l'individu la croyance de la maîtrise du temps. En apparence maître du temps, « [l'individu] tombe simultanément sous le joug de l'urgence »⁵⁸⁷. Cette marche forcée qui sert de guide aux organisations quant à leur choix technique peut les conduire à adopter des techniques susceptibles de comporter des risques d'atteinte à la santé du salarié (§2).

§1 – L'emprise de la technique sur le travail : un facteur de risque pour la santé du salarié ?

191. Si, en première analyse, la technique semble soulager la pénibilité du travail ; il est naïf de se satisfaire de ce rapide constat. Il faut alors interroger l'emprise technique sur le travail, et en questionner les effets pour mettre en lumière ses répercussions sur la perception du travail par l'individu. Analyser les tensions à l'œuvre suppose d'abord de saisir la place centrale occupée par le travail de la vie des individus à partir de l'époque moderne.

Cette première étape laisse apparaître la dimension plurielle du travail. Les multiples significations qui y sont attachées permettent de comprendre qu'il est traversé par des rationalités antinomiques. Des fonctions très différentes lui sont assignées expliquent des attentes parfois inconciliables. En effet, tri-dimensionnel⁵⁸⁸, le travail est perçu soit comme un facteur de production⁵⁸⁹ ; soit comme constitutif de l'« essence de l'homme »⁵⁹⁰ ; soit comme constitutif d'un « système de distribution des revenus, des droits et des protections »⁵⁹¹. Facteur

⁵⁸⁶ N. AUBERT, *op. cit.*, p. 71.

⁵⁸⁷ *Ibid.*

⁵⁸⁸ D. MÉDA, « Une histoire de la catégorie de travail », *op. cit.*, pp. 33-48.

⁵⁸⁹ S'appuyant sur les penseurs libéraux, tel qu'Adam Smith et Locke, Dominique Méda affirme que « d'un côté, le travail apparaît comme une dépense physique, qui a pour corollaire l'effort, la fatigue et la peine et de l'autre, le travail est cette substance en quoi toute chose peut se résoudre et qui permet l'échange universel car tous les objets que nous échangeons contiennent du travail, toutes les choses sont décomposées en travail, en quantité de fatigue ou en dépense physique. », *ibid.*, p. 37.

⁵⁹⁰ À partir des travaux d'Alexandre de Laborde et de Saint Simon, Dominique Méda note qu'à partir du 19^e siècle « [en Allemagne et en France] le travail apparaît soudainement comme la liberté créatrice », *ibid.*, p. 40.

⁵⁹¹ « [...] le discours et la pratique social-démocrate vont [...] faire du salaire le canal par où se répondront les richesses et par le biais duquel un ordre social plus juste (fondé sur le travail et les capacités) et véritablement collectif (les producteurs associés) se mettra progressivement en place », *ibid.*, p. 44.

d'intégration sociale, il est traversé par de nombreuses contradictions⁵⁹² tantôt source d'épanouissement, tantôt source de souffrance⁵⁹³.

Que le travail puisse être source de souffrance n'est pas nouveau. Toutefois alors même que les statistiques en matière d'accident du travail laissent apparaître une baisse constante⁵⁹⁴ et que les « conditions objectives du travail sont plus confortables »⁵⁹⁵, ce sujet reste sensible⁵⁹⁶.

Pris sous l'angle des facteurs de production, le travail prend appui sur la technique. Ce couplage d'ordre économique visant la création de valeurs place la technique au cœur du dispositif productif. Venant au soutien de la production, celle-ci permet un travail standardisé, plus rapide, plus efficace, finalement plus productif. Mais, ce faisant elle contribue à la transformation du travail par appauvrissement de sa dimension créatrice ; la perte de valeur qui en résulte alors est porteuse de mal-être (A).

192. La place occupée par la technique dans le processus productif ne fait pas débat. En revanche, son implication en matière de risques en santé au travail est bien plus discutée.

L'appréhension d'un risque suppose, effectivement, un premier consensus relatif à l'identification d'un élément comme étant susceptible de créer un risque. Puis, pour être pris en compte, un second consensus doit se faire sur l'imputation de ce risque au travail. Chaque époque est marquée par les mêmes interrogations sanitaires face à des innovations en matière de production. L'introduction de nouvelles méthodes de production s'avère toujours

⁵⁹² « Le travail occupe une place centrale dans l'existence humaine. Il représente un phénomène social total qui concerne tous les registres de l'existence au croisement de l'être de l'homme et de l'être de la société. ; le travail représente une part importante de [la vie des travailleurs] source de plaisir et d'angoisse, de contrainte et de créativité, de dépendance et d'autonomie. C'est à la fois un moyen de subsistance, de réalisation de soi-même, une nécessité vitale, un élément de socialisation. Source de satisfaction et de souffrance le travail est un déterminant essentiel des itinéraires biographiques et de la place occupée dans la société. », V. DE GAULEJAC, *Travail, les raisons de la colère*, Point, 2015, pp. 23-34.

⁵⁹³ « Les débats sur le mal-être au travail expriment des positions antagonistes révélatrices de ces tensions contradictoires : le travail est-il un moyen ou une finalité, un lieu d'aliénation ou d'émancipation, un facteur d'épanouissement ou d'anxiété, un vecteur de subjectivation ou d'instrumentalisation ? La réponse est dans la question. Il suffit de remplacer le "ou" par le "et". Ces différents pôles opposés sont indissociables. La tension entre eux est toujours présente. Le mal-être n'est compréhensible qu'en tant que le travail peut être facteur de bien-être. », *ibid.*, p. 45.

⁵⁹⁴ « Le nombre d'accidents du travail a chuté de façon régulière entre 1955 et 2008, alors même que le nombre de salariés a plus que doublé dans la même période », P. JACQUETIN, « Les risques existants et émergents », *Regards*, 2017, vol. 51, n° 1, p. 73.

⁵⁹⁵ « Alors que, globalement les conditions de travail se sont améliorées et que le temps de travail a diminué, les indicateurs de santé au travail se dégradent et les symptômes d'un malaise s'accroissent », V. DE GAULEJAC, *op. cit.*, p. 10 ; p. 47.

⁵⁹⁶ Le phénomène des suicides chez France Télécom et le procès de ses dirigeants en est une des illustrations les plus marquantes en France.

ambivalente, en ce qu'elle contient toujours une part de progrès et une part de nuisance. Toutefois, s'il existe assez souvent un consensus sur les aspects positifs du progrès technique, l'existence des effets négatifs est souvent controversée ou tardivement établie. Leur imputation au travail est également souvent entravée par la présence de facteurs externes au travail qui viennent contredire ou jeter le doute. Alors que le bien-être au travail est devenu une préoccupation majeure en matière de santé au travail, quelle est la place de la technique et plus précisément des TIC dans la persistance de la souffrance au travail ? Les TIC constituent-elles un facteur de risque professionnel (B) ?

A – La perte de sens, facteur de souffrance au travail

193. Selon Vincent de Gaulejac, le travail peut être analysé selon trois registres : le faire, l'avoir et l'être⁵⁹⁷. D'abord, le travail peut se définir comme un acte de production d'un bien ou d'un service. C'est ce que Vincent de Gaulejac nomme « le registre du faire ». Ensuite, le « registre de l'avoir » place le travail dans un contexte de nécessité ; travailler répond de ce point de vue aux besoins de subsistance. Enfin, le travail est devenu un moyen de se réaliser ; il confère un statut, une position sociale. Cela illustre le passage de l'avoir à l'être.

Sous l'effet de multiples facteurs dont les TIC, le travail a changé de nature, « il mobilise les individus autrement. Tous les registres [...] le faire, l'avoir et l'être sont concernés »⁵⁹⁸. Le travail n'est plus réalisation d'une œuvre ; mais contribution à un ensemble. Il en résulte d'une part, une perte de qualification globale (1) et d'autre part, une perte de la fierté du travail par la production d'un objet (2), toutes deux porteuses de souffrance au travail.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, pp. 29-42.

⁵⁹⁸ H. ARENDT, *op. cit.*, p. 187.

1- Du travail divisé par la technique au travail virtuel : une perte de sens renouvelée

194. L’outil a toujours servi d’interface entre l’homme et le produit fini. Selon Hannah Arendt « aucune œuvre ne peut se faire sans outils »⁵⁹⁹. Cependant elle distingue le travail et l’œuvre. « L’œuvre de nos mains [fruit de] *l’homo faber* qui fait, qui ouvrage [s’oppose] au travail de nos corps [produit par] *l’animal laborans* qui peine et assimile »⁶⁰⁰. Tandis que *l’homo faber* fabrique des objets d’usage offrant stabilité et durabilité ; *l’animal laborans* est celui qui participe à la production des biens de consommation voués à disparaître. Tandis que le premier se singularise en participant à l’aménagement du monde commun, le second produit une activité en flux indifférencié.

195. De ces deux conceptions découlent deux types d’organisation du travail. La première est le principe de spécialisation présent dans l’élaboration de l’œuvre ; la seconde est le principe de division du travail⁶⁰¹. Jusqu’au 19^e siècle, la fabrication est le fruit d’un savoir-faire maîtrisé. Avec l’automatisation, l’ouvrier perd la vision globale de l’objet produit et passe de *l’homo faber* qui œuvre à la réalisation d’un objet, suit les différentes phases de la production et dont le savoir-faire est à la fois intellectuel et manuel à *l’animal laborans* qui peine et souffre au travail. De son côté, Simone Veil souligne également le caractère aliénant du « travail aveugle, où l’homme ne pense pas »⁶⁰². Par ses travaux, à la suite de son expérience de travail passée à l’usine, Simone Veil a montré que le travail dicté par la machine vide l’individu de toute pensée sur son activité. À partir de la définition qu’elle donne de l’être humain, « le fait d’être essentiellement actif et la faculté de se déterminer lui-même »⁶⁰³, elle met en exergue le caractère déshumanisant d’un travail où l’individu, du fait « d’une dissociation de l’action et de la pensée »⁶⁰⁴, est privé de sa capacité d’agir par lui-même.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 171.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 187.

⁶⁰¹ « Tandis que la spécialisation est essentiellement guidée par le produit fini, dont la nature est d’exiger des compétences diverses qu’il faut rassembler et organiser, la division du travail, au contraire, présuppose l’équivalence qualitative de toutes les activités pour lesquelles on ne demande aucune compétence spéciale, et ces activités n’ont en soit aucune finalité : elles ne représentent que des sommes de force de travail que l’on additionne de manière purement quantitative », *ibid.*, p. 172.

⁶⁰² C. RENOARD, « Enracinement et détachement : pour une “économie” », in A. SUPIOT (dir.), *Mondialisation ou globalisation ? Les leçons de Simone Weil*, Collège de France, 2019, pp. 47.

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 151.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 152.

196. Le principe de la division du travail a une double fonction. Sa fonction économique a été montrée par Adam Smith qui a mis en lumière les gains de productivité résultant de la division du travail, et une fonction sociale. Sa fonction sociale a été identifiée par Émile Durkheim. Créant un lien social entre les individus, la division du travail est source de solidarité. Étudiant le phénomène tant dans sa forme normale que pathogène, Émile Durkheim relève que la division du travail est déshumanisante lorsqu'elle est dénaturée⁶⁰⁵. « La division du travail suppose que le travailleur, bien loin de rester courbé sur sa tâche, ne perd pas de vue ses collaborateurs, agit sur eux et reçoit leur action. Ce n'est donc pas une machine qui répète des mouvements dont il n'aperçoit pas la direction, mais il sait qu'ils tendent quelque part, vers un but qu'il conçoit plus ou moins distinctement. Il sent qu'il sert à quelque chose. Pour cela, il n'est pas nécessaire qu'il embrasse de bien vastes portions de l'horizon social, il suffit qu'il en aperçoive assez pour comprendre que ses actions ont une fin en dehors d'elles-mêmes. Dès lors, si spéciale, si uniforme que puisse être son activité, c'est celle d'un être intelligent, car elle a un sens, et il le sait. »⁶⁰⁶. Autrement dit, la dénaturation opère lorsque l'ouvrier est dépossédé du sens de son travail ; dimension à laquelle les économistes sont restés aveugles⁶⁰⁷.

197. À l'époque contemporaine, la division du travail est toujours présente dans les entreprises. Mise à l'œuvre par les TIC, elle modifie la conception du travail et emporte des effets sur la santé du salarié. À partir de l'étude de trois entreprises, deux auteurs ont montré le poids du travail organisé selon le principe du *lean management*⁶⁰⁸ sur le facteur humain⁶⁰⁹. Cette méthode vise à organiser la production en flux tendu. L'étude réalisée a montré que lorsque le *lean management* est mis en œuvre à la lettre, la négation des relations humaines qui en découle est un facteur de souffrance au travail. Les auteurs soulignent l'importance des espaces de discussions notamment informels et indiquent qu'une mise en œuvre raisonnée du *lean*

⁶⁰⁵ « Pour qu'elle puisse se développer sans avoir sur la conscience humaine une aussi désastreuse influence, il n'est pas nécessaire de la tempérer par son contraire ; il faut et il suffit qu'elle soit elle-même, que rien ne vienne du dehors la dénaturer. », E. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 364.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 365.

⁶⁰⁷ « Les économistes n'auraient pas laissé dans l'ombre ce caractère essentiel de la division du travail et, par suite, ne l'auraient pas exposée à ce reproche immérité, s'ils ne l'avaient réduite à n'être qu'un moyen d'accroître le rendement des forces sociales, s'ils avaient vu qu'elle est avant tout une source de solidarité. », *ibid.*

⁶⁰⁸ Pour une présentation du travail organisé selon le principe du *lean management*, v. *infra* n° 230.

⁶⁰⁹ Th. BERTRAND, A. STIMEC, « Santé au travail. Voyage en pays de *lean management* », *Revue française de gestion*, 2011, vol. 37, n° 214, pp. 127-144.

management pourrait garantir performance et santé. Il faut alors souligner les contradictions inhérentes à ce modèle. Alors même que l'étude souligne l'importance de maintenir des relations humaines ; les espaces de discussions sont réduits à strict nécessaire puisque par définition la recherche de la performance maximum implique de supprimer tout ce qui est superflu⁶¹⁰. Ainsi pour protéger la santé du salarié, le facteur humain doit rester central et déterminant ; ce que ne permet pas une mise en œuvre stricte de ce modèle.

Dans les entreprises ayant mis en place des logiciels de workflow, issus du *lean management*, le séquençage des tâches s'est accompagné d'une perte d'autonomie. La standardisation qui en résulte appauvrit le contenu du travail⁶¹¹. De plus, selon l'étude réalisée en 2012 par le Centre d'analyse stratégique, « une multiplication des procédures et des normes véhiculées par les différents logiciels peut favoriser l'émergence d'injonctions contradictoires ; lesquelles concernaient plus de 42 % des salariés en 2005 selon l'enquête "Conditions de travail" »⁶¹².

Dans ces entreprises la perte de sens du travail est due à l'exécution de tâches organisée selon une contrainte rythmique forte associée à une faible autonomie.

⁶¹⁰ L'analyse de la santé des salariés est réalisée au travers des deux critères : l'absentéisme dû aux accidents du travail et aux maladies professionnelles et le *turn over*. Ces chiffres sont mis en parallèle avec le processus de *lean management*. Dans la première entreprise étudiée, *Equip*, les chiffres de la santé montrent une dégradation de la santé avec une augmentation du taux d'absentéisme qui atteint 23,44% et un *turn over* également élevé du 24,80%. La deuxième entreprise étudiée, *Bobine*, présente des chiffres meilleurs et stables sur la durée. Le taux d'absentéisme est de 9,20% et le taux d'absentéisme et de 16,5%. Dans la troisième entreprise la santé des salariés est en amélioration et les taux d'absentéisme (6,27%) et de *turn over* (7%) sont faibles. Alors même que l'introduction de la méthode de *lean management* montre dans les trois entreprises des gains de performance, les conséquences sur la santé des salariés ne sont pas corrélées. Les auteurs se sont alors intéressés à la mise en œuvre du *lean management* dans les différentes entreprises. Dans les trois cas, la production est organisée en flux tendu. À l'analyse il apparaît que la différence se situe au niveau des espaces de discussion formels ou informels instaurés dans les trois entreprises. Les espaces de discussion formels sont constitués par la mise œuvre du *Kaizen*, cette phase d'analyse des défauts. Les espaces de discussion informels sont permis par les temps de pause. Dans les espaces de discussion formels l'écoute et le dialogue sont privilégiés dans l'entreprise qui a des résultats en progrès en matière de santé ; tandis que sans grande surprise, dans l'entreprise qui enregistre une dégradation de la santé des salariés ce temps est consacré à la transmission de consignes et se fait dans l'atelier dont les machines sont encore en marche pour éviter les pertes de temps – ce qui rend les instructions inaudibles et l'échange impossible. Dans cette même entreprise, les temps de pause sont préprogrammés et pris individuellement alors qu'ils sont collectifs dans l'autre entreprise. Pour les auteurs, « la quasi-absence d'espaces de discussion dénote une lecture technicienne du *lean management* réduite aux seuls outils d'optimisation », *ibid.*

⁶¹¹ Sur la perte de sens au travail, v., M.-E. BOBILLIER-CHAUMON, M. DUBOIS, « L'adoption des technologies en situation professionnelle : quelles articulations possibles entre acceptabilité et acceptation ? », *Le travail humain*, 2009, vol. 72, n° 4, p. 370.

⁶¹² Centre d'analyse stratégique, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, rapport précité, p. 123.

198. Dans les organisations apprenantes⁶¹³, l'autonomie des salariés est valorisée. Cette valorisation est rendue possible grâce aux TIC mais cette autonomie n'est qu'apparente car elle s'accompagne d'un contrôle aigu également rendu possible grâce aux TIC. Si l'autonomie qui « qualifie la possibilité pour le travailleur de devenir sujet, de s'éprouver comme auteur de ses œuvres, d'affirmer ses choix, d'agir lui-même »⁶¹⁴ nourrit le besoin de donner un sens au travail, l'autonomie contrôlée constitue un paradoxe souligné par Vincent de Gaulejac : « la tension psychologique est intense entre une autonomie subjective de plus en plus exaltée et une dépendance objective enserrée dans un faisceau de contraintes qui s'accroît »⁶¹⁵. En matière d'évaluation des risques de santé au travail, le modèle élaboré par Robert A. Karasek fait référence. Ce psychologue américain a établi en 1979 un modèle par la mise en relation de deux dimensions du travail. À partir d'enquêtes menées en Suède et aux États Unis, il constate qu'une forte exigence psychologique associée à une faible latitude décisionnelle sont à l'origine d'effets négatifs sur la santé notamment des problèmes cardio-vasculaires et des problèmes de santé mentale. Or, la présence des TIC dans les organisations a contribué à une standardisation et à une intensification des flux d'information et de production (logiciel de gestion). Dès lors, le salarié est très contraint par les objectifs qui lui sont assignés tandis qu'il dispose d'une faible autonomie quant aux moyens pour les réaliser.

Le sentiment d'affaiblissement de l'autonomie est renforcé par le pilotage des activités et des décisions via l'utilisation d'algorithmes. La délégation des décisions à l'intelligence artificielle réduit la marge d'action d'autant qu'il sera difficile, voire risqué de défendre une décision qui serait contraire aux recommandations de l'algorithme.

199. Il est possible de conclure que la médiation opérée par la technique a transformé les façons de travailler faisant du salarié un *animal laborans* présenté par Hannah Arendt⁶¹⁶ comme celui qui effectue un travail fortement contraint, à l'opposé de *l'homo faber* qui réalise un ouvrage. La perte de sens qui en résulte est génératrice de mal-être au travail.

⁶¹³ Les organisations apprenantes concernent 39% des salariés en Europe. « En leur sein, les salariés exercent des tâches complexes et peu répétitives. Ils sont autonomes, contrôlent eux-mêmes la qualité de leur travail et peuvent résoudre les problèmes imprévisibles qui se présentent à eux. Cette forme correspond bien au modèle expérimenté à Uddevalla par l'entreprise Volvo au début des années 1990, qui attribue à des équipes de travail restreintes, et composées de membres polyvalents, la responsabilité du montage des automobiles. Cette façon de faire s'est diffusée aussi dans des secteurs aussi différents que la banque, les assurances, les services aux entreprises au profit principalement des cadres et des professions intermédiaires. », M. LALLEMENT, *op. cit.*, p. 51.

⁶¹⁴ Y. FERGUSON, « Des travailleurs diminués dans les organisations augmentées », *Dr. soc.*, 2021, p. 133.

⁶¹⁵ V. DE GAULEJAC, *op. cit.*, p. 315.

⁶¹⁶ H. ARENDT, *op. cit.*, p. 187.

Le travail bien fait et la reconnaissance qui y est associée constitue un autre volet de la valeur donnée au travail.

2 – Les effets de la technique sur la reconnaissance du travail

200. Glorifié à l'époque moderne, le travail est devenu source d'épanouissement et de réalisation de soi, il doit être l'expression de la singularité de chacun. Or, la valorisation recherchée dans le travail s'apparente d'abord à celle attachée à l'œuvre ; l'expression de la singularité qui fonde la fierté du métier apparaissant être plus naturellement la marque de *l'homo faber*. Attendre du travail ce qui caractérise l'œuvre n'expose-t-il pas *l'animal laborans* à une impossible quête ?

201. La reconnaissance du travail renvoie aux notions d'identité d'une personne, de fierté du métier, d'appartenance à une communauté de travail. La reconnaissance *du* travail est un « jugement de beauté »⁶¹⁷. Elle s'oppose à la reconnaissance *au* travail qui est un « jugement d'utilité »⁶¹⁸. Alors que le jugement de beauté porte sur l'activité du salarié, la maîtrise d'un savoir-faire dans les règles de l'art ; le jugement d'utilité est lié à la valeur ajoutée apportée à l'entreprise. La recherche constante de gain de production, à l'œuvre dans les entreprises, mesure le travail à l'aune de la valeur ajoutée. Cette quête de performance au travail instaure, par voie de conséquence, une symbiose entre la réussite de l'individu et celle de l'entreprise. L'excellence devient la « valeur suprême »⁶¹⁹ à atteindre. Or, « l'excellence est éphémère car il est toujours possible de faire mieux et en moins de temps »⁶²⁰. L'insatisfaction qui en résulte est alors permanente. Incités à s'investir toujours d'avantage, cette situation fait peser une très forte tension sur les salariés. Ce faisant, la reconnaissance *au* travail est privilégiée au détriment de la reconnaissance *du* travail.

202. La perte de reconnaissance *au* travail se situe également au niveau du vocabulaire employé pour désigner le métier. Les termes utilisés pour définir un métier reflètent les changements dans le contenu du métier. Loin d'être anodines, ces évolutions signent une perte d'identité et

⁶¹⁷ V. DE GAULEJAC, *op. cit.*, p. 95.

⁶¹⁸ *Ibid.*

⁶¹⁹ N. TESSIER, « L'impact des modes de gestion des cadres sur le stress au travail », *Management & Avenir*, 2006, vol. 8, n° 2, p. 150.

⁶²⁰ *Ibid.*

de statut. Cet état de fait apparaît très clairement dans le documentaire réalisé par Laurence Jourdan en 2010 « Sochaux, cadence en chaîne »⁶²¹. Interrogé sur son métier, un salarié relève avec amertume, qu'il n'est plus ouvrier mais opérateur et signe ultime de résistance, il conclut en disant « sur les papiers je mets quand même ouvrier ». Patrick Chaumette lors d'une communication⁶²² utilise le même vocable d'« opérateur » pour désigner cette fois-ci les capitaines de navires marchands dans une projection du navire du futur. Le navire du futur est envisagé comme un bâtiment sans marin à son bord, piloté à terre depuis des écrans de contrôle. Le capitaine de navire devient alors opérateur de contrôle. Ces changements de dénomination ont des conséquences importantes sur la fierté au travail.

203. Le déploiement de l'intelligence artificielle dans le travail renouvelle les enjeux de reconnaissance. Pour illustrer cette question, le sociologue Philippe Bernoux rapporte la grève des chauffeurs de taxi new-yorkais visant à contester l'installation d'un système de géolocalisation dans leur voiture. L'installation d'un outil visant à dicter le meilleur itinéraire est un déni de leur savoir-faire fondé sur leur connaissance de la ville. À partir de cette situation, Philippe Bernoux relève l'absence de prise en compte de la valeur accordée au travail réel⁶²³. De surcroît, l'emprise des algorithmes sur les processus décisionnels favorise la dénégation du mérite associé à la réalisation d'une activité⁶²⁴.

204. La technique *lato sensu* et plus précisément les TIC participent à la perte de sens du travail et au travail. Pour autant, il faut souligner le caractère atypique des TIC et s'interroger sur la reconnaissance des TIC comme facteur de risque professionnel.

⁶²¹ L. JOURDAN, *Sochaux, cadences en chaîne*, 2010, [en ligne], INA, [consulté le 26 juin 2018], Disponible sur www.film-documentair.fr.

⁶²² P. CHAUMETTE, « Navire du futur : des marins à terre. Aiguilleurs des mers ? », *Travail et innovations technologiques*, Université d'été pluridisciplinaire sur le travail, 2^e éd., Bordeaux, 2-6 juillet 2018.

⁶²³ « Dans le monde des entreprises, on en reste souvent à une vision caricaturale de l'homme au travail, la plus répandue étant la vision taylorienne selon laquelle le travail a essentiellement une fonction instrumentale : gagner de l'argent. La relation de l'homme à son travail, l'activité, la fierté du travail bien fait, le pouvoir d'agir, qui sont des ressorts fondamentaux de l'action, ne sont pas pris en compte. Le malaise qui entoure le travail, avec l'expression paroxystique des suicides, est présenté sans réflexion sur ce qu'est l'être humain au travail. Les outils gestionnaires n'impliquent l'approche ni par la reconnaissance ni par le collectif. Ils restent centrés sur les individus et sur leurs prétendus besoins, sans prise en compte du sens donné au travail. », Ph. BERNOUX, « Reconnaissance et appropriation : pour une anthropologie du travail », *Esprit*, 2011, n° 10, pp. 158-168.

⁶²⁴ « La facilitation procurée par l'IA pourrait remettre en cause la reconnaissance des efforts ("c'est devenu facile"), et consécutivement la part du résultat qui revient aux travailleurs ("je n'ai pas fait grand-chose") », Y. FERGUSON, article précité.

B – Les TIC : un facteur de risque professionnel

205. Le risque professionnel peut être défini comme « la probabilité d'une atteinte à la sécurité ou à la santé physique ou mentale du travailleur, causée par le fait qu'à l'occasion de son activité de travail »⁶²⁵. La probabilité d'une atteinte à la sécurité ou à la santé est liée à la notion de danger. La circulaire n° 6 DRT du 18 avril 2002 définit le danger comme « la propriété ou capacité intrinsèque d'un équipement, d'une substance, d'une méthode de travail, de causer un dommage pour la santé des travailleurs »⁶²⁶. L'aléa étant inhérent au risque, les mesures de prévention ont donc pour finalité de supprimer le danger ou d'en minimiser la dangerosité afin de réduire la probabilité de réalisation du danger.

Dans le code du travail, le risque est mentionné au niveau des principes généraux de prévention. Les dispositions européennes et nationales affirment l'obligation d'évaluer les risques. Il s'agit d'identifier le risque pour le supprimer à la source et quand ce n'est pas possible de le faire totalement disparaître, il s'agit d'en diminuer la dangerosité. Il apparaît également sous forme d'énumération pour ne concerner que certains risques spécifiquement identifiés.

206. Le risque professionnel naît de l'activité de travail. Celle-ci se caractérise par l'alliance du geste et de la technique. De cette alliance « naissent les dangers et les menaces qui forment le risque professionnel »⁶²⁷. Dans ce rapport circulaire qui s'exprime, toute variation de la technique se répercute nécessairement sur le risque professionnel.

Lié à l'activité de travail, le risque professionnel « ne saurait [en effet] être indifférent à la transformation des formes de travail, de production et d'exercice du pouvoir dans l'entreprise de nature à créer de nouveaux dangers pour la santé et la sécurité des travailleurs »⁶²⁸. Les projections à venir laissent supposer une imprégnation de plus en plus forte des TIC sur le

⁶²⁵ L. JUBERT, *L'organisation du travail et la prévention des risques professionnels*, C. WOLMARK (dir.), Thèse de doctorat, Droit privé et sciences criminelles, Université Paris Nanterre, [en ligne], 2019, p. 17.

⁶²⁶ Circulaire n° 6 DRT du 18 avril 2002 prise pour l'application du décret n° 2001-1016 portant création d'un document relatif à l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs, prévue par l'article L.230-2 du Code du travail (devenu R.4121-1) et modifiant le Code du travail.

⁶²⁷ L. JUBERT, *op. cit.*, p. 18.

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 19.

travail⁶²⁹. Face à cet enjeu, quel est le traitement juridique des TIC au titre des risques professionnels ?

Les TIC entrent dans la catégorie juridique des équipements de travail. Il convient donc d'abord de s'interroger pour savoir si les TIC, à ce titre, peuvent être appréhendées tant sous l'angle de la santé physique (1) que mentale (2).

1 – Les TIC : facteurs de risques professionnels sur la santé physique ?

207. Il incombe à l'employeur de procéder à l'évaluation des risques. Cette démarche s'inscrit dans le cadre de prévention qui est défini selon la Haute autorité de santé comme ce qui « consiste à éviter l'apparition, le développement ou l'aggravation de maladies ou d'incapacités »⁶³⁰. L'évaluation des facteurs de risques se situe le plus en amont, au stade de la prévention primaire⁶³¹.

Cette évaluation, prévue à l'article L.4121-3 du Code du travail, doit porter sur le choix des procédés de fabrication, des équipements de travail, des substances chimiques. Elle concerne également l'aménagement des lieux de travail, la définition des postes de travail.

L'accent est mis sur certains risques spécifiquement énumérés à l'article L.4161-1 du Code du travail qui sont regroupés sous trois catégories « des contraintes physiques marquées », « un environnement physique agressif » et « certains rythmes de travail ». Il s'agit notamment de mesurer l'exposition aux agents chimiques dangereux, au bruit, aux températures extrêmes ou encore d'évaluer le risque lié aux manutentions de charges, aux postures pénibles définies comme positions forcées des articulations. Ce cadre juridique des facteurs de risques professionnels est très marqué par une vision industrielle.

208. Les TIC font-elles l'objet d'un traitement juridique au titre des équipements ? Les équipements de travail relèvent du livre troisième de la quatrième partie du Code du travail.

⁶²⁹ En ce sens : INRS, *Mode et méthodes de production en France en 2040 : quelles conséquences en santé et sécurité au travail ?*, [en ligne], novembre 2016, pp. 27-37, [consulté le 19 avril 2019].

⁶³⁰ Haute autorité de santé [en ligne], [consulté le 1^{er} avril 2020].

⁶³¹ La prévention primaire est une norme de l'OMS. À partir de la définition de la santé que donne l'OMS, celle-ci a élaboré une classification distinguant les trois stades d'une pathologie. La prévention primaire est le stade le plus en amont, celui qui vise à prendre les mesures permettant d'éviter ou de réduire l'apparition d'une maladie. Le droit, quant à lui, est construit sur un socle binaire s'articulant autour de la prévention et de la réparation. Toutefois, la notion de prévention primaire, qui renvoie à l'idée de prendre des mesures en amont de la survenance du risque, est utilisée par certains auteurs ; En ce sens, Pierre-Yves Verkindt indique qu'« il est commun de distinguer la prévention primaire, secondaire et tertiaire », P.-Y. VERKINDT, *op. cit.*, p. 205.

L'article R.4311-1 qui définit le champ d'application des équipements concernés vise uniquement les machines et quasi-machines. La protection face à l'utilisation d'écran de visualisation est visée en toute fin du cinquième livre au titre IV sous la catégorie « autres activités et opérations ». Ce titre « fourre-tout » vise pêle-mêle la maintenance des charges (chapitre I), les interventions sur les équipements élévateurs et installés à demeure (chapitre III), les opérations sur les installations électriques et dans leur voisinage (chapitre IV). Les écrans de visualisation sont définis à l'article R.4542-2 du Code du travail comme « un écran alphanumérique ou graphique, quel que soit le procédé utilisé. Le poste de travail est entendu comme « l'ensemble comprenant un équipement de travail comportant notamment un écran de visualisation, un clavier ou un dispositif de saisie de données, des périphériques, un siège et une table ou une surface de travail, ainsi que l'environnement de travail immédiat ».

209. Les TIC n'entrent pas directement dans la composition du poste de travail. Seuls les équipements de travail concourant à leur mise en œuvre peuvent constituer un risque professionnel.

En revanche, les mesures et les moyens de protection devant être mis en œuvre dans le cadre de l'utilisation d'écran de visualisation portent directement sur les TIC quant au choix des logiciels. En vertu des dispositions réglementaires⁶³², l'écran de visualisation doit être « adapté à la tâche à exécuter » ; « d'un usage facile » ; utilisant des systèmes affichant « l'information dans un format et à un rythme adapté aux opérateurs ». En outre, pour l'élaboration, le choix, l'achat et la modification de logiciels ainsi que pour la définition des tâches impliquant l'utilisation d'écrans de visualisation, l'employeur prend en compte les principes d'ergonomie appliqués en particulier au traitement de l'information par l'homme. L'ergonomie est l'étude des interactions entre l'homme et son travail ayant pour finalité l'adaptation du travail à l'homme. Si cette mention utilement mobilisée offre un potentiel certain d'action, la surveillance médicale prévue en cas d'utilisation d'écran de visualisation ne porte que sur le suivi ophtalmologique du salarié⁶³³.

210. Figurent également parmi les équipements les exosquelettes et les objets connectés. Renouvelant l'engagement du corps dans le travail, ils interrogent à nouveaux frais les facteurs de risques professionnels.

⁶³² Articles R.4542-4 et R.4542-5 du Code du travail.

⁶³³ Articles R.4552-17 s. du Code du travail.

Les exosquelettes sont des « systèmes mécaniques ou textiles, revêtus par le salarié, [qui] visent à lui apporter une assistance physique dans l'exécution d'une tâche, par une compensation de ses efforts ou une augmentation de ses capacités motrices »⁶³⁴. Si la robotique collaborative ouvre de nouvelles perspectives d'amélioration de la prise en charge de la pénibilité, « elle expose, en regard, à de nouveaux risques [...]. La limitation ou la contrainte des mouvements de l'opérateur peut être en outre, source d'autres troubles musculo-squelettiques que ceux qu'elle épargne par ailleurs »⁶³⁵. Pour mesurer les effets de l'introduction d'un robot collaboratif supposé réduire la pénibilité, l'évaluation du risque impose une compréhension fine du travail réel.

Autre équipement appelé à se développer en entreprise, les objets connectés « complètent et amplifient le dispositif mis en place par les TIC »⁶³⁶. Selon l'INRS, « il s'agit d'équipement qui inclut à la fois des capteurs capables d'enregistrer divers phénomènes plus ou moins liés à l'utilisateur (capteur de déplacement, de chaleur, de mouvement, de poids, de son, y compris le cas échéant, de conversation) et des mécanismes de transmission et d'échange de données vers des bases de données ou d'autres objets connectés qui permettent de réaliser des traitements et des calculs algorithmiques de ces données dans une finalité précise ou à définir »⁶³⁷. En matière de santé, le champ des usages possibles semble infini. Certains objets permettent de mesurer les métriques d'une ambiance de travail (thermie, hygrométrie, luminosité...), d'autres interviennent au niveau de la posture des salariés, mesurent les constantes vitales, d'autres encore prétendent mesurer la pénibilité. Alors que ces outils renseignent sur la santé, la pénibilité, le bien-être du salarié, dans quelle mesure constituent-ils un facteur de risque ? Si les travaux en ergonomie insistent sur l'écart existant entre le travail prescrit et le travail réel, ce constat est également possible entre le travail mesuré et le travail réel. Le risque est alors de s'en tenir aux mesures sans prendre en compte la réalité du travail. Dans ce sens, l'INRS souligne que « la traduction de la réalité sous forme d'indicateurs réduit fortement la représentation de la situation de travail et limite inévitablement la capacité de gestion des risques professionnels »⁶³⁸.

⁶³⁴ J. THEUREL, L. CLAUDON, *Exosquelettes au travail : impact sur la santé et la sécurité des opérateurs, État des connaissances*, INRS [en ligne], 2018, p. 5, [consulté le 17 septembre 2020].

⁶³⁵ S. FANTONI-QUINTON, « L'intelligence artificielle, porteuse de risque ou promesse d'amélioration pour la pénibilité et la qualité de vie au travail ? », *Dr. soc.*, 2021, p. 128.

⁶³⁶ INRS, *Les objets connectés*, [en ligne], 2018, p. 1, [consulté le 24 février 2021].

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 2.

211. En parallèle de ces évolutions, des mutations technologiques concernant l'organisation renouvellent les problématiques d'équipement, notamment sous l'angle du poste de travail. Dans le cadre du télétravail, l'occupation par le salarié des espaces privés à des fins professionnelles soulève de nouvelles questions en matière de santé et de sécurité. Conscient des difficultés, l'ANI relatif à la mise en œuvre réussie du télétravail⁶³⁹ rappelle que « si les dispositions légales et conventionnelles relatives à la santé et à la sécurité au travail sont applicables aux salariés en télétravail, il doit être tenu compte du fait que l'employeur ne peut avoir une complète maîtrise du lieu dans lequel s'exerce le télétravail et de l'environnement qui relève de la sphère privée ». S'appuyant sur les dispositions contenues en partie réglementaire du Code du travail, Jean-Emmanuel Ray souligne leur inadaptation au travail à domicile et alerte sur les freins à l'embauche « en l'absence d'évolution législative reconnaissant enfin que travailler “chez soi” n'est pas exactement la même chose que travailler “au bureau” »⁶⁴⁰. Reconnaître que les exigences ne peuvent pas être les mêmes, n'est-ce en germe l'acceptation d'une sécurité moins-disante ?

Pour éviter cet écueil, il faut identifier les problématiques spécifiques au télétravail en matière de santé. Les troubles musculo-squelettiques et la sédentarisation sont les facteurs physiques de risques inhérents au télétravail. En matière de prévention de risques musculo-squelettiques, l'ANI pour une prévention renforcée et une offre renouvelée en matière de santé au travail et conditions de travail du 10 décembre 2020⁶⁴¹ insiste sur une « prise en charge le plus en amont possible avec une approche ergonomique des postes de travail » sans préciser si cette exigence vise également les situations de télétravail. L'accord indique que l'intégration du principe général d'ergonomie figure parmi les éléments participant au renforcement de la culture de prévention primaire au sein des entreprises. En bonne logique, cette prise en compte devrait alors s'appliquer à toutes situations de travail quelles qu'en soient les modalités de mise en œuvre et le lieu d'exercice de l'activité.

⁶³⁹ ANI du 26 novembre 2020 précité.

⁶⁴⁰ J.-E. RAY, « De l'ANI du 26 novembre 2020 sur le télétravail à l'avenir du travail à distance », *Dr. soc.*, 2021, p. 236.

⁶⁴¹ ANI pour une prévention renforcée et une offre renouvelée en matière de santé au travail et conditions de travail, avis d'extension, JO n° 31 du 5 février 2021, texte n° 95.

212. Les évolutions technologiques montrent les enjeux toujours renouvelés en matière de santé au travail et imposent de ne pas négliger les TIC dans l'évaluation des risques. Ce constat, valable en matière de santé physique, l'est aussi sous l'angle de la santé mentale.

2 - Les TIC : facteur de risque professionnel sur la santé mentale ?

213. Les risques relatifs à la santé mentale ne sont pas nouveaux ; les notions de fatigue mentale et de surmenage sont identifiées dès le début du 19^e siècle⁶⁴². Néanmoins, tout comme la santé physique, la défaillance en santé psychique est imputée, d'une part, aux mauvaises conditions de vie en dehors du travail par les hygiénistes de l'époque qui incriminent les logements insalubres et l'alcoolisme et, d'autre part, aux contraintes de la vie moderne ou aux facteurs héréditaires par les psychologues. Pendant les Trente Glorieuses les ingénieurs et les bureaux des méthodes sont florissantes, la recherche de la productivité et la rationalisation du travail déjà à l'œuvre dans l'industrie gagnent alors les métiers du secteur tertiaire. À cette époque, les ergonomes et les syndicalistes s'interrogent sur les corrélations possibles entre ces méthodes de travail et les maladies nerveuses⁶⁴³ mais « ces craintes ne sont cependant pas généralement partagées dans la mesure où la confiance dans le modernisme fait peut-être obstacle à ces regards critiques »⁶⁴⁴.

Dans une période plus récente, ce même scepticisme ressort également du rapport du Collège d'expertise sur le suivi des risques psychosociaux au travail qui liste un certain nombre de facteurs de risques potentiels. Il indique que « l'introduction de nouvelles technologies n'a pas en soi une influence causale sur l'intensité ou la complexité du travail »⁶⁴⁵ soulignant que l'impact est surtout causé par les changements d'organisation dont les TIC conditionnent l'efficacité. Le rapport ajoute que le repérage des situations où cette utilisation est un facteur de risque psychosocial n'est pas impossible, mais il est très coûteux ; il préconise « des investigations spécifiques [...] à titre d'études ponctuelles »⁶⁴⁶.

⁶⁴² En ce sens : N. HATZFELD, « Les risques psychosociaux : quelles correspondances anciennes aux débats récents ? », *Travail et Emploi*, octobre 2012, n° 129, pp.11-22.

⁶⁴³ En ce sens : *ibid.*

⁶⁴⁴ *Ibid.*

⁶⁴⁵ M. GOLLAC, M. BODIER, *Mesurer les facteurs psychosociaux de risque au travail pour les maîtriser, Rapport du collège d'expertise sur le suivi des risques psychosociaux au travail*, Ministère du Travail, de l'emploi et de la Santé, La Documentation française, 2011, p. 93.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 31.

214. Toutefois, le développement du télétravail et les progrès en matière d'intelligence artificielle justifient de renouveler ces analyses. Jean-Baptiste Moustier dans sa thèse *Droit et risques psychosociaux au travail* relève que « les TIC peuvent fonctionner comme un amplificateur d'effets de stress déjà présents »⁶⁴⁷. « Censées faciliter le travail humain, elles sont également, en pratique, un facteur d'accroissement des risques pour la santé au travail »⁶⁴⁸.

Le télétravail massif mis en place pour lutter contre la propagation de la pandémie de la covid-19 a servi de laboratoire social. Il a donné lieu à l'enquête Tracov réalisée pour le compte de la DARES entre le 25 janvier et le 7 mars 2021⁶⁴⁹. L'enquête fait un focus sur les conditions de travail et les risques psychosociaux chez les télétravailleurs. Elle relève d'abord que 48% des télétravailleurs interrogés n'ont connu que peu de changements dans leurs conditions de travail. Elle note ensuite que 33% ont connu une nette intensité tandis que 14% subissent une dégradation d'ensemble. Enfin, 4% des personnes interrogées connaissent une amélioration relative. Ces chiffres sont un peu plus élevés que pour les autres actifs. Il ressort également de l'enquête que la durée du travail en télétravail « s'accroît avec la crise sanitaire, d'autant plus que le nombre hebdomadaire de jours de télétravail s'élève »⁶⁵⁰. Il s'avère également que les télétravailleurs souffrent davantage de troubles de sommeil et de douleurs. Ces résultats relatifs à l'intensité du travail et à la santé des télétravailleurs invitent à la prudence quant à un éventuel développement du recours au télétravail dans le prolongement de la crise sanitaire.

215. La prudence est également de mise quant au déploiement de l'intelligence artificielle. Pour sa part, la mission Villani souligne qu'« obéir aux ordres d'une intelligence artificielle, perdre le contrôle sur les processus, déléguer les décisions à la machine sont autant de modes de complémentarité, qui, au niveau individuel et collectif, seront susceptibles de créer de la souffrance au travail »⁶⁵¹.

Dans le même ordre d'analyse, Sophie Fantoni-Quinton note que « si l'IA peut réduire la pénibilité physique, sur le plan des pénibilités psychiques, elle accroît les exigences

⁶⁴⁷ J.-B. MOUSTIER, *Droit et risques psychosociaux au travail*, Ph. AUVERGNON (dir.), Thèse de doctorat, Droit privé, Université de Bordeaux, 2014, p. 189.

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ DARES, *Quelles conséquences de la crise sanitaire sur les conditions de travail et les risques psychosociaux ?*, DARES Analyses, [en ligne], mai 2021, n° 28, 10p., [consulté le 10 juin 2021].

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 9.

⁶⁵¹ C. VILLANI, *Donner un sens à l'intelligence artificielle : pour une stratégie nationale et européenne*, Mission parlementaire confiée par le Premier ministre, 2018, p. 105.

attentionnelles et émotionnelles [créant] une intensification du travail et un risque de surcharge cognitive »⁶⁵².

Cette prise de conscience se situe également au niveau européen. Le Parlement européen a adopté une résolution contenant des recommandations à la Commission assortie d'une proposition de règlement concernant un cadre pour les aspects éthiques de l'intelligence artificielle, de la robotique et des technologies connexes⁶⁵³. Il souligne l'importance d'un cadre réglementaire éthique et « estime que cette approche devrait être suivie dans le respect du principe de précaution qui guide la législation de l'Union et constituer la pierre angulaire de tout cadre réglementaire relatif à l'IA »⁶⁵⁴.

216. Les risques sur la santé mentale au titre des TIC sont multiples. Ouvrant des potentiels enthousiasmants autant qu'inquiétants⁶⁵⁵, les TIC constituent un facteur de risque ambivalent souvent difficile à saisir. Sources d'autonomie mais porteuses de contraintes dans le même temps, la perception qui en résulte est propre à chaque individu. Il est alors nécessaire de faire porter l'analyse sur la recherche d'éléments objectifs permettant de dépasser cette dimension subjective. D'autre part, identifier les TIC comme facteur de risque suppose d'établir un lien de causalité. Or, la réalisation d'un risque est souvent multi-causale. Il faut alors admettre que les TIC peuvent concourir à la réalisation du risque à des degrés d'intensité variable. Leur action se situe à deux niveaux : quand elles interviennent directement dans le processus, elles peuvent être qualifiées de facteur de risque ; quand elles participent au titre de leur usage au processus, elles deviennent vectrices de risque.

217. Ces difficultés ne doivent cependant pas occulter l'existence d'un certain nombre de risques qu'il convient d'identifier afin de mieux les saisir juridiquement.

⁶⁵² S. FANTONI-QUINTON, article précité.

⁶⁵³ Parlement européen, Résolution contenant des recommandations à la Commission concernant un cadre pour les aspects éthiques de l'intelligence artificielle, de la robotique et des technologies connexes, 2020/2012(INL) adoptée le 20 octobre 2020.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, point 3.

⁶⁵⁵ Ce sont ainsi autant d'outils qui vantent aux collaborateurs de nouvelles possibilités de s'épanouir, d'optimiser leur temps de travail, d'accomplir leur tâche en réduisant la marge d'erreur et ainsi soulager leur stress éventuel. Néanmoins, le risque est tout aussi grands d'assister à l'isolement du travailleur, l'envahissement de sa vie privée par le flux d'informations omniprésentes, à des rapports devenus exclusivement numériques au détriment de l'humain... », S. FANTONI-QUINTON, article précité.

Dans le champ de la robotique Laurence Devillers, souligne que les « robots sociaux seront de plus en plus présents également sur les lieux de travail »⁶⁵⁶. Dotés des fonctions telles que « la création de lien social, la stimulation cognitive, l'aide à la décision »⁶⁵⁷. Pour faciliter leur acceptabilité, Laurence Devillers insiste sur l'importance de la formation des personnes.

Si le rôle des robots sociaux dans leur participation à la formation du lien social est souligné ; inversement le diagnostic paritaire du 22 septembre 2020 relatif au télétravail a permis de montrer les risques d'isolement dû au télétravail. Le télétravail crée une bulle de travail qui isole socialement l'individu du groupe. Or, dans son ouvrage *La société des individus*, Norbert Elias montre que l'individu se construit dans et par sa relation aux autres⁶⁵⁸. Le travail vidé des relations informelles pourrait bien alors s'avérer très destructeur pour l'individu.

Les objets connectés appellent également à un niveau de vigilance élevé. Amenés à se déployer dans de nombreux domaines, ils sont indissociables des algorithmes, de l'intelligence artificielle et du *big data*. D'une part, en matière de santé les objets connectés permettent la mesure de soi (dite « *quantified self* »). Les données collectées sont comparées à des valeurs optimales afin de se situer ; le risque est alors d'intégrer cet optimum comme une norme implicite aboutissant à une comparaison permanente à un objectif qui peut être hors d'atteinte.

D'autre part, les recherches en matière de reconnaissance émotionnelle à partir de capteurs qui laissent entrevoir de larges développements sur l'étude du comportement et la détection de l'information émotionnelle renouvellent les problématiques de contrôles du comportement et de la performance des salariés.

L'Accord national interprofessionnel pour une prévention renforcée et une offre renouvelée en matière de santé au travail et conditions de travail du 10 décembre 2020 cite, parmi les risques professionnels, des risques dits « émergents » tels que ceux liés aux nouvelles technologies. Si l'IA peut entrer dans cette catégorie de risque, l'ANI n'en fait pas mention. À titre d'illustration, il mentionne les nanotechnologies.

218. Sophie Fantoni-Quinton indique que bien qu'« il est à parier que les conséquences d'une transformation numérique mal anticipée ou mal conduite seront désastreuses pour la santé et les conditions de travail des salariés qui la subissent. [...] il n'y a pas de fatalisme »⁶⁵⁹. Ainsi

⁶⁵⁶ L. DEVILLERS, « Les robots sociaux vont envahir notre quotidien », *op. cit.*, p. 129.

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ N. ELIAS, *op. cit.*, pp. 58-65.

⁶⁵⁹ S. FANTONI-QUINTON, article précité.

les difficultés d'identifier les TIC comme facteur de risque⁶⁶⁰ ne doivent pas néanmoins, conduire à nier l'influence des TIC sur la perte de sens au travail. De plus, l'évaluation des TIC comme facteur de risque sous l'angle de l'utilisation des écrans de visualisation ne couvre pas l'importance des enjeux. L'exploration des liens entre technique et productivité au travail ouvre un second volet d'analyse dans lequel la protection de la santé au travail constitue également un enjeu majeur.

§2 – L'emprise de la technique sur le travail : la productivité et la protection de la santé en tension

219. La recherche de la performance dans les choix techniques en matière d'organisation marque un tournant au 18^e siècle. Du 19^e au 20^e siècle, les innovations technologiques qui ont concourues à l'avènement de ces modèles productifs telles que la mécanisation, l'industrialisation et l'automatisation, avaient pour principal objectif la quête de performance au travers de la rationalisation des tâches répétitives. Le 21^e siècle connaît une accélération de l'innovation avec les entreprises dites « du futur » basées sur une organisation apprenante et dotée d'outils « intelligents ». Le Centre d'analyse stratégique distingue quatre modes d'organisation de la production de biens et services. En 2007, en France, selon les chiffres produits par la Commission européenne, les organisations « apprenantes » regroupent 39% des salariés, les organisations en lean management ou « production au plus juste » emploient 28% de salariés, les organisations tayloriennes comptent 14% de salariés et les organisations dites « simples » représentent 19% des salariés.

220. Le parallèle entre ces époques souligne l'omniprésence de la technique dans l'organisation du travail dont le ressort principal est le gain de productivité. Or, en vertu de la liberté d'entreprendre, le choix de l'organisation du travail est laissé à l'entreprise. Pour autant, cette liberté a pour corolaire la responsabilité de l'employeur dans la santé du salarié tant au plan de l'engagement du corps qu'au plan de l'usure mentale. Dès lors, les débuts de l'industrialisation voient se développer des préoccupations en matière de santé et la protection du corps de l'ouvrier donnera lieu au 19^e siècle à la première étape de la construction du droit de la santé

⁶⁶⁰ Pour une analyse de ces difficultés, v., D. LHUILIER, « L'invisibilité du travail réel et l'opacité des liens santé-travail », *Sciences sociales et santé*, 2010, vol. 28, n° 2, pp. 31-63 ; Dominique LHUILIER psychologue du travail analyse « l'opacité des liens santé-travail » qu'il attribue à la méconnaissance du travail réel et à l'éclatement du champ disciplinaire.

au travail face au machinisme (A) tandis que le 21^è siècle le droit de la santé donnera naissance à l'obligation de sécurité de résultat (B).

A – La construction d'un droit de la santé face au machinisme

221. Du 19^è au 20^è siècle les organisations sont dominées par deux tendances. D'une part, la quête de performance guide les choix en matière de mode de production ; d'autre part, les innovations techniques sont le fruit des ingénieurs ; ce qui confère une vision scientifique aux organisations du travail (1). La perspective économique tournée vers la rationalisation et alliée à la technique associe le corps de l'ouvrier à un rouage mécanique⁶⁶¹. Le droit de la santé s'est construit en réponse à cette approche (2).

1 – Rationalité et standardisation dans les organisations : la quête de performance

222. Le taylorisme est une organisation de la production imaginée par Frederick Winslow Taylor pour lutter contre la « flânerie systématique des ouvriers »⁶⁶². De son expérience dans les ateliers, il retire que les ouvriers font du « freinage » de la production une stratégie et que l'employeur n'a aucun moyen d'évaluer le temps réellement nécessaire à la production. Ingénieur de formation, il va alors s'intéresser tout particulièrement au chronométrage des tâches et au décompte des temps opératoires dans la production d'un bien. La décomposition des tâches élémentaires par le chronométrage et le transfert du contrôle de la production vers le bureau des méthodes constituent les fondements de son organisation scientifique du travail. La décomposition est l'idée force de sa pensée mais la mécanisation revient à Henry Ford qui applique cette organisation du travail à la construction automobile avec un assemblage mécanique organisé sur une ligne. « Le premier cherche à améliorer l'efficacité du travail en

⁶⁶¹ « Puisque l'usine utilise une source d'énergie et un automatisme avec des machines, tout le problème est d'adapter le travail humain à ces automates qui commandent en fixant la cadence. L'usine réunit deux corps : d'un côté, un grand automate machinique et, de l'autre, une communauté humaine. Le défi est donc de coordonner leur rythme, de les unifier de manière à n'en faire qu'un seul corps gouverné par une unique mesure (rythmique). [...] Ce qui pose deux impératifs : le pouvoir de la machine, nouveau Dieu automatique, et le dressage des corps humains au nom de la cadence technique. », P. MUSSO, *op. cit.*, p. 572.

⁶⁶² « [La division du travail] élimine le temps (perdu) dans le passage d'une activité à une autre qui alimente la "flânerie" voire la paresse : on trouve là les prémisses et le vocabulaire du discours de Taylor et du management sur la flânerie des ouvriers », *Ibid.*, p. 421.

diminuant les temps morts des travailleurs alors que le second vise à fluidifier la fabrication en remplaçant une partie du travail humain par l'action des machines »⁶⁶³.

223. Dans la diffusion de ces méthodes en France, le rôle des ingénieurs doit être souligné. En 1919, réalisé sous la direction d'Étienne Clémentel, ministre du Commerce, de l'Industrie, des Postes et Télégraphes, des transports maritimes et de la Marine marchande, un rapport monumental de 2392 pages sur l'industrie française, sa situation, son avenir, est remis au Président de Conseil. La deuxième partie qui met l'accent sur « les méthodes d'expansion économique » est consacrée à l'analyse de la rationalisation des ateliers, standardisation et machinisme. Dans cette organisation, la place de l'ingénieur est centrale et tout doit faire l'objet de mesure⁶⁶⁴. La place du laboratoire au sein de l'usine est magnifiée⁶⁶⁵.

224. Le développement de la production s'appuyant sur la machine bouleverse les rapports sociaux et ne se fait pas sans résistance. « Au début de l'industrialisation, beaucoup de petits fabricants partagent d'ailleurs les craintes de leurs ouvriers et critiquent la mécanisation et ses effets »⁶⁶⁶. Néanmoins, les protestations parfois violentes⁶⁶⁷ ne suffisent pas à couvrir le discours sur « l'utopie industrialiste »⁶⁶⁸. Un puissant imaginaire s'instaure valorisant les changements techniques, sources de bienfaits et rejetant les aspects délétères hors du champs machinique.

225. Face à ce discours, les penseurs de l'époque portent un regard contrasté sur cette vision technicienne de l'organisation du travail, centrée sur la division du travail, organisée selon une « régularité métronomique »⁶⁶⁹ et dont le corps devient le prolongement de la machine. L'abbé

⁶⁶³ A. P. MICHEL, « Ni Ford, ni Taylor : observer la "vraie" mise en place du travail à la chaîne à Renault Billancourt », in L. MARCO, F. VATIN (dir.), *L'héritage de F.W. Taylor : cent ans de Management*, Université Paris 13, [en ligne], 2015, p. 26, [consulté le 15 novembre 2017].

⁶⁶⁴ « La marche de l'opération peut être représentée par un diagramme indiquant la température en fonction des temps, diagramme dont l'établissement constitue un travail préliminaire et qui est établi par un ingénieur », *Rapport général sur l'industrie française, sa situation, son avenir*, Deuxième partie, *Les méthodes d'expansion économique*, Paris, Imprimerie nationale, [en ligne], 1919, p.219, [consulté le 20 avril 2019].

⁶⁶⁵ « Le rôle du laboratoire auprès de l'atelier se résume ainsi : toute difficulté de fabrication doit être soumise au laboratoire, bien entendu doit lui être soumise toute confiance, toutes portes grandes ouvertes, et il faut que le laboratoire ait la surveillance de tous les appareils de mesure et d'étalonnage employés dans l'atelier », *ibid.*, p. 7.

⁶⁶⁶ F. JARRIGE, *op. cit.*, p. 50.

⁶⁶⁷ Sur les briseurs de machine : *ibid.*, pp. 43-49.

⁶⁶⁸ *ibid.*, p. 120.

⁶⁶⁹ J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 35.

Sieyès parle des ouvriers en les assimilant à « des instruments de labours, des instruments humains, des instruments bipèdes ». ⁶⁷⁰ Dans les discours, il est frappant de constater que l'image de « l'homme-machine » ⁶⁷¹ contribue à réifier le corps de l'ouvrier tandis que la machine présentée comme « l'homme d'acier » ⁶⁷² est personnifiée. À contre-courant, Anton Menger prône un droit à l'existence ⁶⁷³ tandis que Georges Scelle plaide pour un impératif de dignité où « pour rester un homme et ne pas devenir une annexe de la machine, il faut qu'il puisse s'instruire, cultiver son intelligence et satisfaire sa sensibilité. » ⁶⁷⁴. Dans ce contexte, « le décalage entre droit et réalité sociale, entre normes positives et justices est tel que la crédibilité même de la normativité est en cause » ⁶⁷⁵ et la conception juridique liée à l'application d'un contrat de droit civil (autonomie de la volonté, équilibre entre les parties) a atteint ses limites.

2 – La santé physique : le principe de réparation

226. Ainsi que Pierre-Yves Verkindt le souligne « longtemps, le système français de protection de la santé au travail a été dominé par les questions de réparation du risque professionnel » ⁶⁷⁶. Ces préoccupations apparaissent dès les débuts du machinisme dans les usines qui sont à l'origine d'un nombre croissant d'accidents du travail que le régime général de la responsabilité civile ne couvre pas ; l'ouvrier ne réussissant jamais ou très rarement à prouver les éléments constitutifs nécessaires à sa mise en œuvre. Alors que le machinisme engage le corps de l'ouvrier ; le lien entre la machine et l'ouvrier est facile à identifier. En revanche, il est souvent impossible de prouver le lien de causalité entre l'employeur et l'accident du travail. L'ouvrier

⁶⁷⁰ D. LOSURDO, *op. cit.*, p.105.

⁶⁷¹ Pour une étude de « l'ouvrier-machine », v., F. JARRIGE, « L'invention de "l'ouvrier-machine" : esclave aliéné ou pure intelligence au début de l'ère industrielle ? », *L'Homme & la Société*, 2017, vol. 205, n° 3, pp. 27-52.

⁶⁷² *Ibid.*

⁶⁷³ « Chaque membre de la société a droit à ce que les biens et les services nécessaires à la conservation de son existence lui soient fournis avant qu'il ne soit donné satisfaction à des besoins moins urgents des autres membres de la société », J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 180.

⁶⁷⁴ *Ibid.*

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 161.

⁶⁷⁶ P.-Y. VERKINDT, « Travail et santé au travail dans la stratégie nationale de santé 2018-2022 », *RDSS*, 2018, p. 437.

se trouve ainsi privé de revenu du fait de l'accident et privé de réparation du fait du dommage subi⁶⁷⁷.

227. Cette prise de conscience amène une double réaction, de la part du juge d'abord, puis du législateur.

Par un arrêt du 7 janvier 1878, la chambre des requêtes de la Cour de cassation fait un premier pas vers une reconnaissance de l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur. Elle approuve le raisonnement de la Cour d'appel de Dijon du 27 avril 1877 énonçant que « le patron ou directeur d'industrie a la stricte obligation de protéger l'ouvrier contre les dangers qui peuvent être la conséquence du travail auquel cet ouvrier est employé ; cette obligation entraîne la nécessité, sous peine de faute, de prévoir les causes, non seulement habituelles, mais simplement possibles d'accidents et de prendre les mesures qui seraient de nature à les éviter »⁶⁷⁸.

Dans un second temps, le législateur adopte la loi du 9 avril 1898 sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail qui instaure le principe selon lequel « les accidents survenus par le fait du travail, ou à l'occasion du travail, aux ouvriers et employés occupés dans l'industrie du bâtiment, les usines, manufactures, chantiers, les entreprises de transport par terre et par eau, de chargement et de déchargement, les magasins publics, mines, minières, carrières, et, en outre, dans toute exploitation ou partie d'exploitation dans laquelle sont fabriquées ou mises en œuvre des matières explosives, ou dans laquelle il est fait usage d'une machine mue par une force autre que celle de l'homme ou des animaux, donnent droit, au profit de la victime ou de ses représentants, à une indemnité à la charge du chef d'entreprise, à la condition que l'interruption de travail ait duré plus de quatre jours »⁶⁷⁹. En rupture avec la responsabilité pour faute du droit commun⁶⁸⁰, la loi instaure un principe de responsabilité de plein droit fondée sur la notion de risque. La législation sur les accidents du travail marque les débuts de la responsabilité de l'employeur fondée sur le risque supporté par

⁶⁷⁷ « Avant la loi de 1898, on estime ainsi qu'environ 90% des victimes d'accidents du travail ne percevaient aucune indemnité. », J.-B. MOUSTIER, *op. cit.*, p. 177.

⁶⁷⁸ G. PIGNARRE, « Sens et non-sens de la responsabilité en droit social », in J. LE BOURG, Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ (dir.), *Sens et non-sens de la responsabilité civile*, Presses universitaires Savoie Mont Blanc, p. 281.

⁶⁷⁹ Article 1^{er} de la loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités dans les accidents du travail, JO n° 99 du 10 avril 1898.

⁶⁸⁰ À côté de la responsabilité civile fondée sur la faute, les juges avaient identifié à partir de l'arrêt *Teffaine* une présomption de responsabilité fondée sur la garde de la chose, Cass. civ., 16 juin 1896, *Teffaine*, D. 97. 433, note Saleilles.

les ouvriers dans le cadre d'une activité professionnelle et constitue une première étape dans la prise en compte juridique de la santé au travail.

228. En matière de santé au travail, le passage d'une époque à l'autre souligne un changement de logique et « les tendances les plus récentes montrent [...] que l'on est passé d'une conception "défensive" de la santé au travail consistant à améliorer la réparation des pathologies professionnelles et à lutter contre les accidents et les maladies à une conception plus offensive privilégiant la prévention et une approche globale du risque »⁶⁸¹. Pour autant, l'apparition de nouvelles organisations renouvelle les questions de santé au travail.

B – La santé au travail face aux TIC

229. Si la quête de performance demeure (1), le droit de la santé a changé d'axe. Alors qu'au 19^e siècle la réparation du dommage généré par le machinisme est la principale réoccupation ; les principes de prévention irriguent le droit de la santé au travail du 21^e siècle (2).

1 – Le travail organisé par les TIC : la recherche de performance renouvelée

230. Également théorisée par un ingénieur Ohno Taiichi, chez Toyota à la fin de la seconde guerre mondiale, la méthode de gestion de la production de *lean management* est basée sur deux principes : la recherche de performance et l'élimination des gaspillages. « Dans le cadre du *Lean*, le système de performance est intégré au processus, il permet heure par heure, jour par jour et mois par mois de piloter l'évolution des performances »⁶⁸². La rationalisation s'accompagne d'une démarche d'amélioration en continue de la qualité : le *Kaizen* vient du japonais *Kai* qui signifie changement et *Zen* qui signifie pour le meilleur. Cette dynamique repose sur l'investissement direct des opérateurs de production qui participent au cours de réunions quotidiennes avec leur hiérarchie à l'analyse des problèmes rencontrés afin d'y apporter une solution. Ainsi, le *lean management* renouvèle le séquençage des tâches⁶⁸³ et

⁶⁸¹ F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, L.G.D.J., 6^e éd., 2018, pp. 583-584.

⁶⁸² B. ATTALI, « 100 ans de taylorisme : du taylorisme au *lean management*, perspective historique », in L. MARCO, F. VATIN (dir.), *op. cit.*, p. 56.

⁶⁸³ Pour une analyse du *lean management* v., G. BEAUVALLET, Th. HOUY, « L'adoption des pratiques de gestion *lean*. Le cas des entreprises industrielles françaises », *Revue française de gestion*, 2009, vol. 35, n° 197, pp. 83-106.

s'applique à tous les secteurs d'activité⁶⁸⁴. Stress pathogène et troubles musculo-squelettiques sont souvent associés à ce modèle de travail⁶⁸⁵.

231. Alors que l'ingénieur a cédé la place à l'informaticien ; le travail est resté entre les mains des techniciens. Le workflow ou gestion électronique des processus métier défini comme la modélisation et la standardisation des tâches en lien avec un métier est également un prolongement du taylorisme. Les progiciels de gestion renouvellent le taylorisme à l'ère de l'informatique et si les méthodes ont évolué, elles restent guidées par la recherche de performance. Théorisées dans les années 1990 par le Massachusetts Institute of Technology, ces méthodes se sont aujourd'hui répandues dans tous les secteurs d'activité de l'économie.

232. L'arrivée d'internet dans les entreprises, conjuguée aux objets connectés, marquent une nouvelle étape dans l'évolution des organisations permettant l'avènement de l'entreprise dite « intelligente ». Cette entreprise « du futur » a donné lieu à la rédaction d'un livre blanc rédigé par l'institut Mines-Télécom⁶⁸⁶. Associée à l'automatisation, l'intelligence artificielle est présentée comme un facteur de performance très précieux. « La robotisation fournit le bras, l'intelligence artificielle fournit le cerveau »⁶⁸⁷. Le développement de réflexions en lien avec l'intelligence artificielle dans les entreprises « bénéficie déjà d'actions de soutien du gouvernement en faveur de la R&D et du développement expérimental de services numériques innovant, au travers notamment de crédits d'impôts recherche et innovation et de programmes de subventions, tels que le programme des investissements d'avenir et le fonds unique interministériel »⁶⁸⁸. Conscient de ces enjeux, le Parlement européen insiste « sur l'asymétrie entre ceux qui utilisent les technologies d'IA et ceux qui interagissent avec elles et qui y sont soumis »⁶⁸⁹ et « sur la nécessité de veiller à ce que les gains de productivité liés au

⁶⁸⁴ « Dans tous les secteurs d'activité, les impératifs de compétitivité conduisent de plus en plus d'entreprises françaises à adopter des innovations organisationnelles, telles que le *Lean Manufacturing (Lean)* inspiré du système de production Toyota. », S. DUBOULOZ, « Innovation organisationnelle et pratiques de mobilisation des RH. Une combinaison gagnante », *Revue française de gestion*, 2014, vol. 40, n° 338, p. 60.

⁶⁸⁵ En ce sens : Th. BERTRAND, X. MICHEL, A. STIMEC, « Le *Lean management* est-il irresponsable ? », *Revue de l'organisation responsable*, 2010, vol. 5, n° 2, pp. 76-85.

⁶⁸⁶ M. BESSON (dir.), rapport précité.

⁶⁸⁷ Boston Consulting Group et Malakoff médéric, *Intelligence artificielle et capital humain, quels défis pour les entreprises ?*, [en ligne], mars 2018, p. 17, [consulté le 2 septembre 2019].

⁶⁸⁸ Direction générale du Trésor, *Stratégies nationales en matière d'intelligence artificielle, étude comparative internationale*, Stratégies, études et pilotage, février 2017, p. 9.

⁶⁸⁹ Parlement européen, Résolution contenant des recommandations à la Commission concernant un cadre pour les aspects éthiques de l'intelligence artificielle, de la robotique et des technologies connexes, précitée, point 3.

développement et à l'utilisation de l'IA et de la robotique ne profitent pas seulement aux propriétaires et aux actionnaires de l'entreprise, mais aussi aux entreprises et à la main d'œuvre »⁶⁹⁰.

L'intelligence artificielle repose sur la collecte massive de données traitées en temps réel afin d'en extraire des connaissances calculées à partir de corrélation. De cette opération résulte principalement trois fonctions : le profilage permettant la rencontre ciblée de l'offre et la demande, la prédiction et l'aide à la décision. Selon la mission Villani, il se dessinerait alors une nouvelle division du travail, fondée sur la complémentarité homme machine⁶⁹¹ supposée faire la « synthèse du meilleur de l'homme et de la machine »⁶⁹².

Les algorithmes permettent aujourd'hui, grâce à l'analyse de données de masse, de déterminer le comportement digital des salariés afin d'en déduire des méthodes de management⁶⁹³. L'analyse des données sur la performance offre la possibilité au manager d'organiser le travail des salariés selon les périodes où ils sont le plus productifs et de leur assigner des tâches annexes dans les moments où ils sont statistiquement moins performants. Aux injonctions performatives s'ajoute la négation de l'autonomie par laquelle l'individu est libre de définir une hiérarchie parmi les tâches qu'il doit accomplir.

233. Si le choix d'une organisation diffère en réponse aux impératifs de production qui lui sont propres, les modèles ont certains points communs. D'une part, ils sont le fruit de techniciens. Taylor est ingénieur ; la conception des chaînes mécaniques de production imaginée par Ford est le fruit du travail des ingénieurs ; le toyotisme est également conçu par un ingénieur. Ingénieurs, informaticiens, roboticiens participent à la structuration technologique de l'entreprise et aucune organisation n'y échappe. D'autre part, ils sont pensés en termes économiques et non en termes humains. Pour autant, au-delà des gains de productivité, des économies d'échelles qui sont les objectifs affichés, l'obligation de santé et de sécurité des salariés s'impose à l'employeur. La liberté de choix qui préside en matière d'organisation du travail a pour corolaire la responsabilité de l'employeur en matière de santé au travail.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, point 111.

⁶⁹¹ « La mission Villani suggère en ce sens “de développer un indice de bonne complémentarité” entre l'humain et l'intelligence artificielle », Y. FERGUSON, article précité.

⁶⁹² *Ibid.*

⁶⁹³ « Tous les faits et gestes des travailleurs deviennent des données sur lesquelles s'exercent le calcul. Dans ce modèle d'organisation du travail, le travailleur est réduit à ce que trahissent ses traces », I. VACARIE, « Repenser la condition juridique des travailleurs dans une économie “disruptive” », in A. SUPIOT (dir.), *op. cit.*, p. 153.

2 – Le choix de l'organisation à l'épreuve de l'obligation de santé et de sécurité

234. Le choix de l'organisation appartient à l'employeur et s'impose aux salariés. Pour autant, le principe de prévention et de protection qui s'impose à l'employeur apparaît comme une limite à cette liberté de choix. Dès lors, l'obligation de sécurité qui en résulte constitue-t-elle une limite au pouvoir d'organisation de l'employeur ?

235. Dans le domaine de la protection de la santé, la Cour de cassation a construit, au fil des décisions une obligation de sécurité à la charge de l'employeur dont le manquement engage la responsabilité de l'employeur. Initiée dans le cadre des maladies professionnelles⁶⁹⁴, l'obligation de sécurité, qui a connu un développement important⁶⁹⁵, a également concerné l'organisation du travail. À ce titre, les arrêts, Snecma⁶⁹⁶ rendu en 2008 et Areva⁶⁹⁷ rendu en 2015, méritent d'être analysés.

236. La société Snecma prévoyait la mise en place d'une nouvelle organisation du travail de maintenance et de surveillance effectuée par équipes et sans interruption. Pour sa mise en œuvre elle consulte, comme le Code du travail le prévoit, le CHSCT. Ce dernier rend un avis négatif que la direction ne suit pas et par « note de service du 22 février 2005, l'employeur informe le personnel de l'application, à partir du 14 mars suivant, de la nouvelle organisation du travail ». L'employeur qui est tenu de recueillir l'avis du CHSCT n'est pas tenu de s'y conformer. Ainsi l'employeur pouvait valablement poursuivre sa réorganisation sans tenir compte de cet avis négatif. La question posée à la Cour de cassation porte sur l'application des principes de prévention en matière de santé au travail au regard du pouvoir de direction. Dans un attendu de

⁶⁹⁴ « En vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat », Cass. soc., 28 février 2002, n° 00-11.793, (27 arrêts, un seul publié), Bull. civ. V, n° 81, *Dr. soc.* 2002. 445, A. Lyon-Caen ; *ibid.* 828, étude M. Babin et N. Pichon ; *RDSS* 2002. 357, obs. P. Pédrot et G. Nicolas ; *ibid.* 538, obs. P.-Y. Verkindt ; *RTD civ.* 2002. 310, obs. P. Jourdain ; *JCP* 2002. II. 10053, concl. A. Benmmakloul, note F. petit.

⁶⁹⁵ Rupture d'un contrat de travail, Cass. soc., 29 juin 2005, n° 03-44.412, Bull. civ. V, n° 219 ; visite médicale de reprise du travail, Cass. soc., 28 février 2006, n° 05-41.555, Bull. civ. V, n° 87 ; harcèlement moral, Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43.914, Bull. civ. V, n° 223.

⁶⁹⁶ Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-45.888, Bull. civ. V, n° 46 ; *D.* 2008. 857 ; *ibid.* 2306, obs. M.-C. Amauger-Lattes, I. Desbarats, C. Dupouey-Dehan, B. Lardy-Pélissier, J. Pélissier et B. Reynès ; *RDT* 2008. 316, obs. L. Lerouge ; *Dr. soc.* 2008. 605, obs. P. Chaumette ; *Sem. soc. Lamy* 2008, n° 1346, p. 9 et le rapport de P. Bailly ; *RJS* 2008 n° 509 ; *JCP E* 2008, 1834, note M. Babin ; v., P.-Y. Verkindt, L'acmé de l'obligation de sécurité du chef d'entreprise, *Sem. soc. Lamy*, 2008, n° 1346, p. 11.

⁶⁹⁷ Cass. soc., 22 octobre 2015, n° 14-20.173, Bull. civ. V, n° 838, *D.* 2015. 2324 ; *ibid.* 2496, entretien H. Seillan.

principe, la Cour énonce « que l'employeur est tenu, à l'égard de son personnel, d'une obligation de sécurité de résultat qui lui impose de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs ; qu'il lui est interdit, dans l'exercice de son pouvoir de direction, de prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés ». Or, en l'espèce la nouvelle organisation « réduisait le nombre des salariés assurant le service de jour et entraînait l'isolement du technicien chargé d'assurer seul la surveillance et la maintenance de jour, en début de service et en fin de journée, ainsi que pendant la période estivale et à l'occasion des interventions ». La Cour s'appuie sur l'analyse des juges de la Cour d'appel qui avaient relevé, que « cet isolement augmentait les risques liés au travail dans la centrale » alors même « que le dispositif d'assistance mis en place était insuffisant pour garantir la sécurité des salariés ». La Cour conclut que « cette organisation était de nature à compromettre la santé et la sécurité des travailleurs concernés et que sa mise en œuvre devait en conséquence être suspendue ». Par cet arrêt, la Cour de cassation ne remet pas en cause le pouvoir d'organisation de l'employeur⁶⁹⁸, il se trouve subordonné au respect des principes de prévention en matière de réorganisation ⁶⁹⁹.

237. Cette consécration sera cependant de courte durée puisque dès 2015, avec l'arrêt *Areva*, la Cour de cassation revient sur sa position. En l'espèce, il s'agissait de se prononcer sur la validité d'un projet d'externalisation d'un service. La demande d'annulation avait déjà été rejetée par la Cour d'appel aux motifs que le risque psychosocial n'était pas démontré et que l'employeur avait mis en place des mesures avant l'annonce du projet. La Cour de cassation approuve ce raisonnement aux motifs « qu'après avoir constaté que si la question des risques psycho-sociaux avait été particulièrement aiguë au sein du DI/PE à la fin de l'année 2010 et au cours de l'année 2011, il résultait des pièces produites que l'employeur avait initié, outre un processus de reclassement des salariés, un plan global de prévention des risques psycho-sociaux comportant notamment un dispositif d'écoute et d'accompagnement ainsi qu'un dispositif d'évolution des conditions de vie au travail et de formation des managers et que cette démarche

⁶⁹⁸ « Mais attendu qu'il ne résulte pas du dispositif du jugement confirmé que le tribunal, qui n'en avait pas le pouvoir, ait imposé à l'employeur de négocier les modalités d'organisation du travail dans le centre énergie, ni qu'il ait subordonné l'exercice de son pouvoir de direction à l'accord des institutions représentatives du personnel », Cass. soc., 5 mars 2008, arrêt précité.

⁶⁹⁹ « Mais surtout ce pouvoir [...] s'inscrit dans une hiérarchie des normes et se trouve par là même "surplombé" d'une part, par l'article L.230-2-1 du Code du travail qui fonde l'obligation de sécurité de résultat et d'autre part, par l'affirmation du Préambule de la Constitution du droit de tous à la santé », P.-Y. VERKINDT, « Santé au travail vs pouvoir de direction, un retour vers la théorie institutionnelle de l'entreprise ? », *Dr. soc.*, 2008, p. 519.

s'était poursuivie dans la durée, donnant lieu à un suivi mensuel ». Ainsi pour apprécier la validité d'une réorganisation au regard des principes de prévention, il importe de vérifier que l'employeur a pris des mesures propres à accompagner le changement.

238. Pour aller plus loin dans l'analyse, il faut relever que les deux arrêts ne portent pas exactement sur le même objet. Pour l'arrêt Snecma, l'analyse a porté sur l'appréciation du caractère pathogène d'une organisation alors que l'arrêt Areva fait porter l'analyse non pas sur l'organisation mais l'existence des mesures d'accompagnement.

L'article L.4121-1 du Code du travail dispose que « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ». Cependant l'article énonce que ces mesures doivent prévoir notamment « la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés ». Lorsque l'organisation est pathogène alors les mesures prises n'assurent pas la santé du salarié. Pour autant, alors même qu'il était établi que les salariés vivaient une situation d'hyper-stress avéré par des rapports d'expertises⁷⁰⁰, il apparaissait pourtant nettement que l'organisation mise en œuvre n'est pas une mesure propre à assurer la santé du salarié. En ne retenant que les mesures prises⁷⁰¹, les juges s'éloignent de l'exigence d'effectivité de l'obligation de sécurité qui apparaissait dans la jurisprudence⁷⁰².

⁷⁰⁰ « L'annonce du projet d'externalisation de la DI/PE en juillet 2010 avait créé pour les salariés concernés une situation d'hyper stress ayant entraîné le développement de pathologies anxio-dépressives ce qui était établi « au vu du rapport Syndex déposé le 4 janvier 2011, du rapport Stimulus, établi à la demande de la société Areva et déposé en février 2011, du rapport Technologia pour les années 2011 et 2012, que les salariés de la DI/PE visés par le projet étaient dans une situation, ce qui était confirmé par les rapports du médecin du travail et du service de santé au travail pour les années 2011 et 2012 », Cass. soc., 22 octobre 2015, arrêt précité.

⁷⁰¹ « Pour les juges d'appel approuvés par la Chambre sociale, il n'y avait pas lieu d'interdire la mise en œuvre du projet d'externalisation, l'employeur ayant justifié avoir mis en place un certain nombre de dispositifs destinés à prévenir les risques liés aux mesures de gestion envisagées. » ; « Il ne lui appartient pas d'apprécier si les règles de prévention ont été ou non respectées, cette question relevant du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. », G. PIGNARRE, L.-F. PIGNARRE, « La prévention : pierre angulaire ou/et maillon faible de l'obligation de santé et sécurité au travail de l'employeur ? », *RDT*, 2016, p. 151.

⁷⁰² « Attendu qu'il résulte de l'article L.230-2 I, devenu L.4121-1 du Code du travail, interprété à la lumière de la Directive 89/391/CEE du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail ainsi que de l'article R.241-51, alinéa 1, devenu R.4624-21 du Code du travail, que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité », Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-44.408, Bull. civ. V, n° 82, *D.* 2009. 2128, obs. J. Pélissier, T. Aubert, M.-C. Amauger-Lattes, I. Desbarats, B. Lardy-Pélissier et B. Reynès ; *Dr. soc.* 2009. 741, obs. J. Savatier ; *RJS* 2009 558, n° 626 ; *JS Lamy* 2009, n° 258, p. 5 ; *JCP S* 2009. 1227, obs. Verkindt.

239. L'abandon de l'obligation de sécurité de résultat a été vu par certains auteurs comme l'occasion de responsabiliser les employeurs⁷⁰³ et de favoriser l'appréciation souveraine du juge sur les moyens et les mesures mises en œuvre. Les moyens sont-ils adaptés ; les mesures sont-elles nécessaires, suffisantes ? Cela suppose pour les juges de mobiliser pleinement les outils permettant de garantir au salarié le droit à la santé face à certaines organisations du travail dont le caractère délétère semble avéré. Les mesures prises par l'employeur doivent être analysées à la lumière des principes généraux⁷⁰⁴. Alors que le premier principe posé par l'article L. 4121-2 du Code du travail consiste à « éviter les risques » quelle sera l'appréciation des juges en cas d'altération de la santé physique ou mentale d'un salarié ? Comment vont-ils apprécier le caractère suffisant des mesures ?

240. Dans l'arrêt *Fnac*⁷⁰⁵ la Cour de cassation se prononce sur le caractère raisonnable des mesures prises lors d'une réorganisation. Elle admet que « l'entreprise justifiait des différentes catégories professionnelles dont relèvent les postes en cause au regard des temps de travail induits par la ventilation des charges de travail transférées, permettant ainsi l'identification des risques résultant des transferts de charge de travail ». À partir de cette première évaluation, « elle disposait désormais des éléments suffisants pour permettre l'identification et l'évaluation des risques psycho-sociaux invoqués par les CHSCT et les organisations syndicales ». Ces constats permettent d'en déduire que l'employeur a rempli ses obligations légales et conventionnelles en matière de santé et de sécurité. Dans l'appréciation du caractère raisonnable, l'identification des risques constitue une étape préalable indispensable.

Au-delà de l'appréciation du caractère raisonnable des mesures de préventions prises, Paul-Henri Antonmattei souligne qu'« une distinction connue dans le contentieux de la faute inexcusable guidera sans doute la nouvelle analyse judiciaire. Soit l'employeur a bien eu conscience du risque et le débat portera sur les mesures nécessaires, soit il ne l'a pas identifié

⁷⁰³ « Selon cette approche, chaque fois que le salarié sortirait de l'entreprise avec une atteinte à sa santé consécutive à l'exécution du travail l'employeur serait considéré comme n'ayant pas satisfait à son obligation. Cette interprétation est évidemment très favorable à la réparation du préjudice subi par les travailleurs. Elle comportait néanmoins un versant négatif en ce qu'elle peut s'avérer très démobilisante pour l'employeur dont on se demandait alors quel intérêt il aurait à mettre en place des politiques de prévention structurées. », F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT, *op. cit.*, p. 590 ; « L'obligation de prévention est fondée sur la liberté de décision. Parce que celle-ci est le fondement de la responsabilité, tout partage l'allège d'autant », H. SEILLAN, « Rayon de soleil dans l'obscurité dangereuse de la jurisprudence *Snecma* », *D.*, 2015, p. 2496.

⁷⁰⁴ En ce sens : F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT, *op. cit.*, p. 591.

⁷⁰⁵ Cass. soc., 5 mars 2015, n° 13-26.321, inédit.

alors qu'il aurait dû en avoir conscience et la violation sera constatée sans qu'il soit utile d'examiner des mesures nécessaires qui n'ont évidemment pas été prises »⁷⁰⁶.

Bien que ces arrêts ne portent pas précisément sur des organisations en lien avec les TIC, les principes qui en résultent sont néanmoins transposables à d'autres situations.

⁷⁰⁶ P.-H. ANTONMATTEI, « Obligation de sécurité de résultat : virage jurisprudentiel sur l'aile », *Dr. soc.*, 2016, p. 457.

Conclusion de la Section 1

241. Cette première approche permet de comprendre l’empreinte technique sur le travail et son organisation afin de la mettre en perspective avec le cadre juridique applicable à la protection de la santé du salarié.

242. À partir de l’observation du travail, la mécanisation du travail reproduit les gestes et les savoir-faire en ayant pris soin d’en extraire « le superflu, l’inutile, tout ce qui fait perdre du temps, tout ce qui est inefficace et inutile car improductif »⁷⁰⁷. Dans le même temps, ce transfert de compétence vers la machine opère alors un transfert de pouvoir formant une hiérarchie sociale à partir de laquelle « l’ingénieur édicte les règles du travail efficaces à des ouvriers qui les exécutent pour rentabiliser un capital investi par des entrepreneurs privés ou par l’État »⁷⁰⁸.

243. Cette trajectoire observée au 19^e siècle se vérifie également au 21^e siècle. Les « organisations augmentées ou nouvelles intelligences organisationnelles »⁷⁰⁹ illustrent une nouvelle forme de « prolétarisation du savoir »⁷¹⁰ par un transfert de données vers l’intelligence artificielle et recompose les rapports sociaux⁷¹¹.

Certains voient dans l’intelligence artificielle une occasion à saisir pour revaloriser la dimension sensitive du cerveau humain « après avoir vécu pendant des générations en valorisant le côté logique, celui de l’hémisphère gauche »⁷¹².

⁷⁰⁷ H. JORDA, « Le travail de l’homme-machine et les promesses d’abondance, De la manufacture automatique à la cyber-entreprise », *L’Homme & la Société*, 2018, vol. 207, n° 2, p. 27.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 32.

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ « Ce que Bernard Steigler appelle la prolétarisation, “c’est historiquement la perte du savoir du travailleur face à la machine qui a absorbé ce savoir. Aujourd’hui, la prolétarisation, c’est la standardisation des comportements à travers le marketing et les services, et la mécanisation des esprits par l’extériorisation des savoirs dans des systèmes [...]” », A. ROUVROY, Th. BERNS, « Gouvernamentalité algorithmique et perspectives d’émancipation, Le disparate comme condition d’individuation par la relation ? », article précité.

⁷¹¹ « Selon le cabinet Roland Berger, “la révolution digitale crée de nouvelles polarisations au sein des secteurs d’activité, entre les métiers automatisables [...] et métiers peu automatisables, [...]. Il en résulterait un marché du travail en forme de sablier où les travailleurs “ubérisés” incapables d’accéder aux emplois les plus attractifs finissent au bas de l’échelle ” », Y. FERGUSON, article précité.

⁷¹² « Le journaliste scientifique et poète américain Christian Brian défend cette posture en s’attaquant au “donjon” du propre de l’homme : “En ce début de l’ère de l’intelligence artificielle, nous commençons peut-être enfin à nous recentrer, après avoir vécu pendant des générations en valorisant le côté logique, celui de l’hémisphère gauche [...]. Le retour à une vision plus équilibrée du cerveau et de l’esprit – et de l’identité humaine – me paraît être une

D'autres, au contraire, soulignent que les organisations dont le travail est prescrit par les algorithmes se privent de l'innovation qui surgit lorsque le travailleur confronté à l'imprévu développe de « nouvelles habilités »⁷¹³ pour y répondre. Ce faisant, ces auteurs insistent sur l'importance du rapport au monde physique dans la construction de l'individu⁷¹⁴. Autrement dit, l'individu se construit dans et par un rapport au monde physique.

De leurs côtés, à l'opposé, les transhumanistes font valoir qu'un programme informatique sera plus rapide et donc plus efficace qu'un cerveau humain. En réponse à ce constat, ils prônent l'ajout un supplément technique à l'homme⁷¹⁵.

244. Ces enjeux de haute intensité appellent une réponse juridique de même niveau. Bien que les choix techniques, au sein des entreprises, relèvent du pouvoir de direction, ils trouvent néanmoins leurs limites dans l'obligation faite à l'employeur de prendre des mesures visant à protéger la santé du salarié.

En amont de la réalisation du risque, au titre des mesures d'évaluation, il est nécessaire de constater la prédominance de « la vision technique du travail, [prise] sous le seul angle des modalités physiques et matérielles »⁷¹⁶. Effectivement, les TIC y figurent, au titre des équipements, par le truchement des écrans de visualisation. Face à leur pouvoir avéré de transformations sur le travail, elles devraient pourtant s'inscrire dans une démarche globale d'évaluation des risques. Or, il faut relever que « flux tendus, toyotisme, organisation matricielle, *lean management*... sont singulièrement absents de la réglementation »⁷¹⁷. Leur admission au titre des risques professionnels s'accompagnant d'un corrélat d'obligations de

bonne chose, qui entraîne un changement de point de vue sur la sophistication de diverses tâches. Il suffit de comprendre à quel point la connaissance est désincarnée, de voir à quel point l'abstraction pure est froide, morte et déconnectée de la réalité sensorielle, pour s'en affranchir, j'en suis persuadé. C'est le seul moyen de nous ramener au bon sens, à nos sens. » », Y. FERGUSON, « Ce que l'intelligence artificielle fait de l'homme au travail, Visite sociologique d'une entreprise », in F. DUBET (dir.), *Les mutations du travail*, La Découverte, 2019, p. 40.

⁷¹³ *Ibid.*, p. 154.

⁷¹⁴ « L'humain ne vit pas dans un univers d'informations mais de significations, immergé physiquement dans la contingence et les ambiguïtés du monde. Et grâce à la virtuosité acquise par sa pensée et son corps, la condition de sa présence au monde, l'individu à tout instant contextualise les données de son environnement, il les transforme en compréhension avec laquelle vivre et agir », D. LE BRETON, « Le transhumanisme ou l'adieu au corps », *Écologie & politique*, 2017, vol. 55, n° 2, p. 92.

⁷¹⁵ Sur les enjeux de l'homme augmenté au plan juridique, v., le procès fictif organisé à la Cour d'appel de Paris, « Le Procès du transhumanisme », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 424.

⁷¹⁶ E. LAFUMA, C. WOLMARK, « Le lien santé-travail au prisme de la prévention. Perspectives juridiques », *PISTE*, [en ligne], 2018, vol. 20, n° 1, [consulté le 17 mai 2021].

⁷¹⁷ *Ibid.*

prévention et de réparation imputées à l'employeur, cette imputation entre alors directement en résistance avec le pouvoir de direction⁷¹⁸.

En aval de la prévention, lorsque l'incidence du risque n'a pu être évité, l'employeur devra démontrer qu'il a pris toutes les mesures de prévention et de protection afin de protéger la santé des salariés. Du niveau d'exigence des juges dépendra alors l'étendue de la protection.

Ces préoccupations de protection de la santé au travail face aux choix organisationnels se prolongent, également, au niveau des conditions de travail.

⁷¹⁸ « À la fonction imputative de la causalité juridique, sont attachés des effets juridiques, et singulièrement, en matière de risque professionnel, des obligations de prévention et de réparation. Ainsi, la définition de la causalité juridique est un enjeu de lutte pour les acteurs – travailleurs, employeurs, organisations syndicales et patronales. », L. JUBERT, *op. cit.*, p. 140.

Section 2

Les conditions de travail saisies par les TIC : le renouvellement des questions de santé au travail

245. Les conditions de travail figurent dans un certain nombre de dispositions du Code du travail tel que notamment l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁷¹⁹, le harcèlement moral⁷²⁰, le licenciement économique⁷²¹. Elles constituent un thème de négociation collective⁷²² et sont mentionnées dans les informations du bilan social⁷²³. Cette énumération atteste de la présence des conditions de travail dans le Code du travail. Pour autant, elles ne constituent pas une catégorie juridique définie⁷²⁴. Les dispositions relatives aux contrats temporaires fournissent des éléments de définition. Dans le cadre de ces contrats, les conditions d'exécution du travail comprennent limitativement la durée du travail, le travail de nuit, le repos hebdomadaire et les jours fériés, la santé et la sécurité au travail ainsi que le travail des femmes, enfants et jeunes travailleurs⁷²⁵. Le temps de travail figure parmi les éléments constitutifs mentionnés.

246. La question du temps de travail et de son encadrement juridique est apparue à la faveur de l'organisation scientifique du travail⁷²⁶ mettant l'accent sur le temps de travail organisé selon un rythme collectif. Ce rythme dicté par la production industrielle est un tournant majeur dans l'organisation du temps. S'il est incontestable que le temps a invariablement rythmé le travail

⁷¹⁹ Article L.1142-4 du Code du travail.

⁷²⁰ Article L.1152-1 du Code du travail.

⁷²¹ Articles L.1233 et s. du Code du travail.

⁷²² Dans le cadre des négociations de branche, articles L.2241-1 et s. du Code du travail ; négociation annuelle, article L.2242-17 du Code du travail.

⁷²³ Article L.2212-30 du Code du travail.

⁷²⁴ « Est-il possible d'en élaborer une définition juridique précise ? Pierre Bance qui s'y est essayé a bien fait ressortir les limites de l'exercice. L'extrême diversité de ses objets autant que son caractère évolutif interdisent de l'enclore dans un concept rigoureux. On pourrait dire qu'il s'agit plutôt d'une *notion indicative* d'un problème et d'un mode d'approche du travail plus que d'un objet parfaitement délimité susceptible d'inventaire. », J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 389.

⁷²⁵ Articles L.1251-21 du Code du travail ; L.1253-12 du Code du travail.

⁷²⁶ « Le temps de travail est historiquement un temps mesurable, et les théories tayloriennes sont l'une des principales sources modernes de la mesure du temps de travail. », S. FANTONI-QUINTON, « L'évolution du temps de travail et les enjeux relatifs la santé des salariés », article précité.

de l'individu, il est dicté par la nature, marqué par le passage lent des saisons pendant de nombreux siècles. Du point de vue de Pierre Musso, « l'horloge est le premier régulateur autonome »⁷²⁷. Il insiste sur l'importance de cette innovation qui « du monastère à la ville, puis de la ville à la manufacture et à l'usine, rythme les institutions et l'organisation sociale ; rend possible et amplifie la rationalisation du monde »⁷²⁸. En droit, le temps de travail est un outil de mesure. Il permet de séquencer le temps travaillé et le temps non-travaillé.

247. Avec les TIC, le travail qui peut s'exercer en tout temps interroge la notion de temps de travail. Dématérialisé, le travail devient invisible et cette invisibilité modifie la perception du travail. Le corps ne semble plus physiquement engagé dans le travail ; il devient alors possible de croire que les limites du corps peuvent être abolies. Il est d'autant plus difficile d'avoir conscience des limites du travail que les outils numériques sont essentiellement des outils de la vie quotidienne mobilisés à l'occasion du travail. Il s'en suit un brouillage potentiellement pathogène des temps de travail et des temps de repos (§1).

248. Outre le temps de travail pris dans sa dimension quantitative faisant référence à sa durée, le temps peut être appréhendé dans sa dimension qualitative par référence à son contenu. Cette approche vise la densité du travail. Or, les TIC contribuent à densifier le temps, situation encore renforcée à la faveur du télétravail. Les outils numériques nomades permettent de démultiplier les activités réalisées durant la même unité de temps. Le temps de transport en est le meilleur exemple, temps « mort » hier, largement rentabilisé aujourd'hui. Ce faisant, les TIC modifient le rapport au temps⁷²⁹. D'un côté, elles confèrent à l'individu le sentiment de pouvoir s'abstraire des contraintes de temps et, d'un autre côté, elles génèrent une contrainte nouvelle, celle de la disponibilité permanente. Elles imposent un nouveau rythme au temps et ce tempo qui imprègne l'individu, génère « une tension permanente, sans aucune possibilité de temporiser la relation »⁷³⁰. Pour décrire les conditions de travail dans toutes leurs dimensions, il faut alors

⁷²⁷ P. MUSSO, *op. cit.*, p. 219.

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ « À la représentation traditionnelle du temps reposant sur la vitesse du mouvement à travers l'espace semble désormais s'opposer une perception émergente du temps comme dimension strictement subjective, dépendante d'une volonté d'utilisation et d'un choix purement individuel quant au moment d'utiliser telle ou telle activité. On aboutit ainsi à une dissociation du temps subjectif (celui de la conscience, celui qu'on éprouve à l'intérieur de soi) et du temps objectif (le temps physique, celui des horloges, celui qui rythme notre emploi du temps). », N. AUBERT, *op. cit.*, p. 62.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 64.

interroger le temps pris comme rythme pour mesurer les risques pour la santé au travail et analyser le traitement juridique qui en est fait. Si « la problématique de la santé et de la sécurité a certes évolué avec les conditions de travail »⁷³¹, les TIC en imposent une lecture renouvelée (§2).

§1 – L'équilibre conditions de travail, repos, santé remis en question par les TIC

249. Le lien entre conditions de travail, repos et santé apparaît explicitement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'exigence de conditions de travail justes et équitables est posée à l'article 31 qui, aux termes dudit article, implique que « tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité », et suppose que « tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés ».

Consacré à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, le repos est une limite posée au travail. Bornant le travail, il a pour effet de garantir la santé. Le repos et la santé forment ainsi un ensemble indissociable. La directive 2003/88/CE du Parlement européen le rappelle dans son considérant premier, faisant référence à « la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, qui fixe des prescriptions minimales de sécurité et de santé en matière d'aménagement du temps de travail, applicables aux périodes de repos journalier, aux temps de pause, au repos hebdomadaire, à la durée maximale hebdomadaire de travail, au congé annuel ainsi qu'à certains aspects du travail de nuit, du travail posté et du rythme de travail »⁷³². Les prescriptions minimales ont pour « objectif affiché de protéger la santé et la sécurité des travailleurs »⁷³³.

250. L'effectivité de ce cadre juridique suppose une délimitation du temps. Or, l'essor des TIC dessine une nouvelle temporalité : le temps linéaire, celui de l'horloge a cédé la place au temps numérique. L'horloge permet la division du temps ; elle séquence la vie et le travail selon des périodes dénombrables. Alors que l'horloge permet la maîtrise du temps

⁷³¹ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 1117.

⁷³² Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, JOCE, L 299, 18 novembre 2003, p. 9.

⁷³³ D. NAZET ALLOUCHE, « Droit sociaux – conditions de travail », *Rep. eur.*, Dalloz, n° 140.

selon une certaine mesure, les TIC visent à vaincre le temps⁷³⁴. La victoire sur le temps offre un avantage concurrentiel décisif pour les entreprises et suppose un travail en flux tendu « reposant sur l'engagement total du personnel »⁷³⁵. Le rapport au temps ainsi modifié⁷³⁶ rompt les équilibres entre, d'une part, travail et repos et, d'autre part, travail et santé.

La possibilité offerte par les TIC de travailler en tout temps comporte un risque de recul du temps de repos. Le travail à distance donne au salarié une autonomie quant à l'organisation de son travail qui va à l'encontre du décompte linéaire du temps de travail. Le temps de l'horloge issu du modèle industriel disparaît entraînant l'effacement de la frontière temps de repos/temps de travail porteur de risques délétères sur la santé (A).

Grâce aux TIC, le salarié gagne en autonomie ; mais cette liberté est relative. Elle ne permet pas pour autant au salarié de s'abstraire des contraintes. Apparaissant moins prégnantes, ces contraintes sont en réalité intériorisées. Dès lors l'autonomie acquise met en tension la protection juridique du repos. (B).

A – L'intrication des temps de repos et temps de travail du fait des TIC

251. Le droit au repos s'est construit par opposition au travail ; il en constitue la limite (1). Or, grâce à une connexion internet permanente, les TIC participent ainsi à l'intrication du temps de travail et du temps de repos. Le travail devient alors possible en tout temps et le repos n'est plus un droit faisant rempart au travail (2).

⁷³⁴ L'économiste Renaud Vignes, dans un article pour *The Conversation*, a analysé à quel point le temps était devenu une denrée précieuse, dont la valeur justifie les énormes moyens économiques, techniques et psychologiques mis en œuvre pour s'en emparer. [...] Il représente une ressource vitale pour la forme moderne du techno-capitalisme né après le choc numérique », B. PATINO, *op. cit.*, p. 64.

⁷³⁵ A. COULOMBEL, *op. cit.*, p. 194.

⁷³⁶ F. Favennec-Héry souligne que « le rapport au temps a changé sous l'effet conjugué de plusieurs facteurs » ; elle identifie trois facteurs : un facteur sociologique dû au travail des femmes impliquant une réflexion sur l'articulation des temps de vie privée et professionnelle ; un facteur économique lié à l'évolution des métiers devenus plus conceptuels, plus virtuels exigeant moins de présence physique mais un investissement continu. Le troisième facteur est technique. « Le développement du numérique rend le travailleur à la fois plus autonome (quelle souplesse !) et plus dépendant (quelle contrainte !) », F. FAVENNEC-HÉRY, « Qualité de vie au travail et temps de travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 113.

1 – Le temps de repos : une limite nécessaire posée au temps de travail

252. Comme le souligne Phillipe Waquet « le repos est lié au travail, spécialement au travail professionnel. Les deux notions sont dans un rapport dialectique : l'une commande ou exclut l'autre »⁷³⁷. « Historiquement la question du temps de travail s'est d'abord construite comme une limite »⁷³⁸ définie par des bornes qui établissent une « séparation nette entre l'intérieur et l'extérieur de l'usine »⁷³⁹.

253. Bornant le travail, le repos vise deux objectifs. Moyen de survie permettant de reconstituer la force de travail, il évolue ensuite progressivement vers une conception d'épanouissement personnel, de recherche de bien-être. Ce faisant, il constitue un point de rencontre entre temps et santé au travail⁷⁴⁰.

254. Au 19^e siècle, le repos pris comme moyen de survie est un horizon éloigné : la durée du temps de travail est telle que le temps de repos ne permet pas même de reconstituer la force de travail de l'ouvrier⁷⁴¹. Les conditions de travail délétères et leurs conséquences sur la santé vont être révélées par une série d'enquêtes dont la plus célèbre est celle conduite par le docteur Villermé. Dans un discours devant la société industrielle, Achile Pénot constate que l'ampleur de la misère est telle que « la plupart des ouvriers voient périr leurs enfants avec indifférence et quelques fois avec joie »⁷⁴². Le Docteur Villermé reprend les propos tenus par la Société industrielle de Mulhouse constatant « le dépérissement effrayant de la génération qui se développe »⁷⁴³ pour faire valoir que « le seul remède au dépérissement des enfants dans les

⁷³⁷ Ph. WAQUET, « Le temps de repos », *Dr. soc.*, 2000, p. 288.

⁷³⁸ D. BÉRARD, « L'irruption des TIC et l'éclatement de l'espace-temps du travail : travailler sans limite ? », in C. FELIO, L. LEROUGE (dir.), *Les cadres face aux TIC, enjeux et risques psychosociaux au travail*, L'Harmattan, 2015, p. 84.

⁷³⁹ J. BOURDIEU, B. REYNAUD, « Discipline d'atelier et externalités dans la réduction de la durée du travail au XIX^e siècle », in P. FRIDENSON, B. REYNAUD (dir.), *op. cit.*, p. 22.

⁷⁴⁰ F. FAVENNEC-HÉRY, article précité.

⁷⁴¹ En ce sens : v., *supra*, n° 119.

⁷⁴² A. PÉNOT, discours sur quelques recherches de statistiques comparées faite sur la ville de Mulhouse, lu à la société industrielle, séance du 26 septembre 1828, cité par E. VEDRENNE-VILLENEUVE, « L'inégalité sociale devant la mort dans la première moitié du XX^e siècle », *Population* [en ligne], 1961, vol. 16, n° 4, p. 665-698, [consulté le 10 juin 2018].

⁷⁴³ L.-R. VILLERMÉ, *op. cit.*, p. 152.

manufactures, à l'abus homicide qui en fait, ne saurait donc se trouver que dans une loi ou un règlement qui fixerait, d'après l'âge de ces ouvriers, un maximum à la durée journalière du travail »⁷⁴⁴.

Cependant, pour que l'idée d'usure au travail progresse, soit reconnue et prise en compte, il faut au préalable que « les effets nuisibles de la durée et des conditions de travail soient reconnus »⁷⁴⁵ c'est à dire que soit établi le lien de causalité entre travail et maladies.

Il faut donc attendre ces premières reconnaissances pour qu'un mouvement de réduction de la durée du temps de travail s'amorce. À ce titre, l'exposé des motifs du décret du 2 mars 1848 élaboré par la commission du Luxembourg, qui comprend des représentants ouvriers et qui fixe la première réduction nationale de la durée du travail (et abolit le marchandage), est tout à fait explicite à cet égard : « Considérant : 1° Qu'un travail manuel trop prolongé non seulement ruine la santé du travailleur, mais encore, en l'empêchant de cultiver son intelligence, porte atteinte à la dignité de l'homme. »

Les discours prononcés au début du 20^e siècle illustrent également cette prise de conscience. Anton Menger, penseur socialiste prône le droit à l'existence : « chaque membre de la société a droit à ce que les biens et les services nécessaires à la conservation de son existence lui soient fournis avant qu'il ne soit donné satisfaction à des besoins moins urgents des autres membres de la société »⁷⁴⁶. L'impératif de dignité est rappelé par G. Scelle : « pour rester un homme et ne pas devenir une annexe de la machine, il faut qu'il [l'ouvrier] puisse s'instruire, cultiver son intelligence et satisfaire sa sensibilité. Le progrès et la culture d'une classe exige la disparition de l'esclavage quotidien d'un labeur abrutissant »⁷⁴⁷. Devant le Conseil national économique, Charles Spinasse, alors ministre socialiste de l'Économie nationale, présentant l'« esprit de la loi » déclare : « La loi de 40 heures a eu sans doute pour objet de rendre à des hommes diminués par le chômage la sécurité matérielle et la dignité morale que donne le travail. Mais elle s'est inspirée aussi d'une autre idée, qui me semble plus riche encore de développements et de conséquences : faire bénéficier les travailleurs des progrès de la science et de la technique ; mettre la machine à leur service, alors qu'ils étaient asservis à elle ; leur assurer ainsi, toujours plus largement, à côté de la vie de travail, qui nécessairement comporte discipline et contrainte,

⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 151.

⁷⁴⁵ J. BOURDIEU, B. REYNAUD, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁴⁶ J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 178-179.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 179.

une vie de loisir, c'est-à-dire de liberté, d'art, de culture, une vie plus humaine et plus belle »⁷⁴⁸. Initialement fondée sur la survie des générations futures, la réduction du temps de travail glisse vers une vision fondée sur des préoccupations de bien-être.

La naissance d'un humanisme ouvrier ne doit cependant pas faire oublier que d'autres facteurs quelques fois moins nobles ont pu concourir à la prise en compte de la santé des ouvriers. Au 19^e siècle, si les penseurs libéraux se préoccupent de la mortalité infantile, c'est surtout dans le but de maintenir un réservoir de main d'œuvre afin de garantir la productivité des manufactures⁷⁴⁹. Ainsi pour Adam Smith, la question consiste à savoir comment « perpétuer la race des journaliers et des serviteurs »⁷⁵⁰ afin d'avoir une classe servile fondée sur l'hérédité. Pour Bernard Mandeville « la richesse la plus sûre consiste dans la multitude des pauvres laborieux »⁷⁵¹. L'impératif de dignité apparaît très éloigné des réflexions libérales.

255. Le bien-être pris comme objectif du repos prend date à partir des années 1930. À cette époque, un certain nombre d'employeurs prend conscience de l'importance du bien-être comme facteur d'amélioration de la productivité⁷⁵² et comprend l'intérêt de libérer du temps qui pourra être utilisé pour le repos au service du développement des loisirs et de la consommation, moteur de l'activité économique. À la théorie du corps machine où « l'*homo technicus* cher à Taylor [est] “le bon ouvrier [...] qui peut se passer de contremaître tant il est lui-même automate moral et technique” »⁷⁵³ succède la théorie du management social qui prône « la nécessaire reconsidération du facteur humain dans le procès de production »⁷⁵⁴. En ce sens les accords de Matignon et les lois des 11 et 12 juin 1936 instaurant les congés payés et la durée hebdomadaire de travail fixée à 40h ouvrent la voie à l'avènement d'une « civilisation des loisirs »⁷⁵⁵.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 393.

⁷⁴⁹ É. PEZET, « De la guerre aux années 1970 : pratiques d'entreprises, négociation collective et formation de dispositifs de gouvernement des salariés par le temps de travail », in P. FRIDENSON, B. REYNAUD, *op. cit.*, p.124.

⁷⁵⁰ D. LOSURDO, *op. cit.*, p. 132.

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 128.

⁷⁵² « En témoignent ces remarques de patrons et d'organiseurs tel que L. Renault recommandant, en 1924, aux chefs de service et contremaîtres de “s'organiser pour rendre l'usine aussi *agréable* que *possible*” ; tel E. Mattern, penseur de l'organisation chez Peugeot : “les bâtiments de l'usine devront être coquets ; il ne faut pas que les ateliers ressemblent à des prisons” et il se soucie, dans ses directives, de l'éclairage, de l'aération, du chauffage et de la... décoration : “Quelques briques de couleur placées aux bons endroits constituent une décoration économique et suffisent souvent pour donner un bel aspect à nos façades [...]”. », J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 213.

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 387.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 388.

⁷⁵⁵ Ph. WAQUET, article précité.

256. Le repos n'a plus seulement pour « fonction de protéger la santé de l'homme, mais aussi d'assurer son développement »⁷⁵⁶. Initialement, le temps de repos est un espace dans lequel le travail n'a pas sa place. Or, grâce aux TIC, le salarié est libéré de la contrainte de lieu et de temps. Ce faisant la frontière établie entre travail et repos s'en trouve menacée.

2 – Le temps de repos : une limite menacée par les TIC

257. La directive 2003/88/CE⁷⁵⁷ définit la période de repos comme « toute période qui n'est pas du temps de travail ». Or, le temps de travail est défini par cette même directive comme « toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales ». Cette définition est précisée par l'article L.3121-1 du Code du travail : « la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ». À la lumière de cette double lecture, le temps de repos est celui pendant lequel le salarié ne travaille pas, temps pendant lequel il peut vaquer librement à ses occupations ; temps pendant lequel le salarié n'est pas soumis aux ordres et directives de l'employeur ; temps où le salarié n'est plus soumis à la subordination de l'employeur.

258. Construit comme une limite au temps de travail, nécessaire au bien-être et à la santé, la CJCE précise que « les différentes prescriptions que la directive énonce en matière de temps minimal de repos constituent des règles du droit social communautaire revêtant une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale nécessaire pour assurer la protection de sa sécurité et de sa santé »⁷⁵⁸. Dans cette affaire, il était reproché au Royaume-Uni des dispositions en matière de durée du travail impropres à garantir un temps de repos minimal. Les dispositions litigieuses prévoyaient notamment que « les employeurs veillent à ce que les travailleurs puissent bénéficier de leur temps de repos, mais ils ne sont pas tenus de vérifier qu'ils le prennent effectivement »⁷⁵⁹. La Cour rappelle l'objectif de protection

⁷⁵⁶ *Ibid.*

⁷⁵⁷ Directive précitée.

⁷⁵⁸ CJCE, septembre 2006, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-484/04, Rec. 2006, p. 7471.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, §11.

de la santé poursuivi par la directive 93/104/CE qui impose aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'une période de repos dont la durée minimale respecte les dispositions des articles 3 et 5 de ladite directive. La Cour ajoute que « ces dispositions imposent aux États membres des obligations de résultat claires et précises quant au bénéfice de tels droits de repos »⁷⁶⁰. Autrement dit, les États membres sont tenus de prendre des mesures garantissant l'effectivité du temps de repos.

259. L'effectivité du temps de repos est initialement construite sur la différenciation spatiale des lieux. Le changement de lieu délimite les temps de vie. Ce critère d'effectivité est particulièrement difficile à garantir dans le cadre du travail sous TIC. Des répercussions sont notables au plan des conditions de travail et au niveau des salariés.

Avec l'essor des TIC, les conditions de travail sont marquées par la disparition du cadre spatial, à laquelle s'ajoute une porosité des temps de vie. D'une part, grâce à la connexion internet « le bureau se déplace avec les travailleurs »⁷⁶¹. D'autre part, le travail devient possible à tout moment y compris en dehors des heures de travail. Il est ainsi loisible pour le salarié de consulter sa messagerie à toute heure, de répondre à un courriel, participer à une conférence téléphonique avec un partenaire professionnel situé à l'autre bout de la planète soumis à un autre fuseau horaire. Favorisant le travail en réseau, la collaboration entre interlocuteurs d'un même projet peut se dérouler selon des temporalités très différentes, avec des équipes dispersées ayant des horaires de travail différents⁷⁶². Du point de vue d'Aurélié Dudézert « il y aurait une telle immixtion entre travail et loisir que nous serions incapables de différencier l'un de l'autre, l'un bénéficiant à l'autre et *vice-versa* »⁷⁶³ ; au séquençage du temps succéderait alors la superposition des temps.

Concernant les salariés, un sondage réalisé par IFOP en 2017⁷⁶⁴ sur les cadres et l'hyper connexion fait apparaître que 78% des cadres consultent leurs communications professionnelles (courriels, sms, appels téléphoniques) pendant les vacances et les week-ends. Parmi les raisons invoquées vient en premier lieu la volonté de s'assurer qu'il n'y a pas de problème en leur

⁷⁶⁰ *Ibid.*, §37.

⁷⁶¹ L. LEROUERGE, « Droit du travail, TIC et risques psychosociaux : état des lieux », in C. FELIO, L. LEROUERGE (dir.), *op. cit.*, p. 27.

⁷⁶² En ce sens : J.-E. RAY, « Qualité de vie(s) et travail de demain », *Dr. soc.*, 2015, p. 147.

⁷⁶³ A. DUDÉZERT, *op. cit.*, p. 34.

⁷⁶⁴ IFOP, *Les cadres et l'hyper connexion, vague 2*, Sondage réalisé pour Securex, [en ligne], 2017, [consulté le 21 avril 2021].

absence (cela concerne 78% des cadres interrogés dont 51% citent cette raison en premier), vient ensuite la volonté d'éviter d'être dépassé par la charge informationnelle à traiter de retour au bureau (cela concerne 65% des cadres interrogés dont 31% citent cette raison en premier). Cette connexion permanente grâce aux TIC est vécue comme un facteur de stress pour 51% tandis que 29% considèrent que cet accès représente une source de tension familiale. Le sondage conclut que l'usage professionnel des nouvelles technologies est de plus en plus perçu favorablement lorsque celles-ci sont utilisées pendant le temps de travail ; ce n'est donc pas le principe de l'usage des nouvelles technologies qui est remis en question mais le fait qu'elles contribuent à rendre poreuse la frontière séparant vie privée et vie professionnelle »⁷⁶⁵.

260. Renforçant le travail à distance, les TIC permettent le dépassement de la frontière entre temps de repos et temps de travail. Face à cette réalité du travail, l'autonomie du salarié est privilégiée. Or, cette autonomie, contrainte autant que souhaitée par le salarié, met en tension la protection du repos.

B – La protection juridique du repos en tension face à l'autonomie acquise grâce aux TIC

261. Pour répondre au problème d'hyper connexion et des dangers relatifs à la santé et au repos du salarié, le législateur a introduit un droit à la déconnexion dont les modalités sont fixées lors de la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail⁷⁶⁶. Le droit à la déconnexion est-il un rempart permettant de protéger le salarié lui garantissant un droit au repos face aux TIC (1) ?

262. Les aspirations individuelles des salariés et le besoin des entreprises à une plus grande flexibilité dans le choix des horaires de travail, la possibilité d'organiser le travail à distance, l'autonomie et la responsabilisation sont des raisons qui ont conduit le législateur à introduire les conventions de forfait. Face à l'autonomie acquise grâce aux TIC, le salarié se sent libre de

⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 13.

⁷⁶⁶ Article L.2242-8 du Code du travail, modifié par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

son organisation⁷⁶⁷ ; « de nouveaux équilibres se construisent ainsi aujourd'hui, bousculant encore un peu plus la lisibilité de la frontière entre temps de travail effectif et temps de non-travail »⁷⁶⁸ interrogeant le temps de repos pris comme borne au regard du temps de travail (2).

1 – Le droit à la déconnexion : un rempart face à l'intrication des temps ?

263. Avant l'inscription légale du droit à la déconnexion, les juges avaient déjà fixé des limites aux sollicitations professionnelles hors temps de travail. Les juges avaient ainsi eu l'occasion d'affirmer que le fait pour un ambulancier de « n'avoir pas pu être joint en dehors des horaires de travail sur son téléphone portable personnel », précisément pendant sa pause déjeuner, « est dépourvu de caractère fautif et ne permet donc pas de justifier un licenciement disciplinaire pour faute »⁷⁶⁹. Pris dans une dimension défensive, le temps de repos apparaît bien en l'espèce comme un rempart au temps de travail.

264. Cette visée défensive est également présente dans le droit à la déconnexion. À ce titre, il appartient à l'employeur de mettre en œuvre des moyens de déconnexion. « Unique au monde »⁷⁷⁰ au moment de sa création légale⁷⁷¹, le droit à la déconnexion inscrit dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail. L'article L. 2242-8 du Code du travail, prévoit que la négociation porte sur « les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion » ainsi que sur « la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale ». En l'absence d'accord, « l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel », définissant « les modalités de l'exercice du droit à la déconnexion » et prévoyant « la mise en œuvre, à

⁷⁶⁷ « Grâce aux nouvelles technologies de l'information, les environnements professionnels dans lesquels les individus étaient jusqu'alors isolés de leur sphère privée sont maintenant ouverts aux communications personnelles. On voit ainsi de plus en plus les salariés pratiquer des activités personnelles durant leurs heures de travail, et, comme en contrepartie, travailler durant une partie de leur temps personnel », D. BÉRARD, *op. cit.*, p. 85.

⁷⁶⁸ J.-Ch. SCIBERRAS, « Le temps de travail et qualité de vie au travail. Éclairage sur les mutations du travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 121.

⁷⁶⁹ Cass. soc., 17 février 2004, n° 01-45.889, inédit.

⁷⁷⁰ J.-E. RAY, « Grande accélération et droit à la déconnexion », *Dr. soc.*, 2016, p. 912.

⁷⁷¹ Article 55 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, précitée.

destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques ».

D'initiative nationale, le droit à la déconnexion est en passe de rayonner plus largement au sein de l'Union européenne. Le 21 janvier 2021, le Parlement européen a en effet adopté une résolution contenant des recommandations à la Commission sur le droit à la déconnexion⁷⁷². Les considérants de la résolution témoignent d'une prise de conscience des enjeux élevés. Le Parlement constate l'instauration d'une « culture de “connexion en permanence”, “toujours en ligne” ou “constamment disponible” » et considère qu'un tel habitus peut « avoir un effet préjudiciable sur les droits fondamentaux des travailleurs ». Les enjeux en matière de santé sont également soulignés avec insistance. Sont ainsi listés, la baisse de concentration, la surcharge cognitive et émotionnelle, les troubles musculo-squelettiques, le rayonnement radioélectrique. Les phénomènes d'isolement, de dépendance technologique, de privation de sommeil, d'épuisement émotionnel, d'anxiété et d'épuisement professionnel sont également énumérés comme conséquences potentielles que l'utilisation excessive des dispositifs technologiques pourraient aggraver. Si la résolution souligne qu'une bonne utilisation des TIC représente une valeur ajoutée tant pour les employeurs que pour les salariés, elle souligne également en des termes forts que « le droit des travailleurs à la déconnexion est vital pour la protection de leur santé et de leur bien-être physique et mental ». Le droit à la déconnexion est qualifié de droit fondamental.

Au vu de l'importance des enjeux relevés par le Parlement, la proposition de directive définit un champ d'application très large qui concerne « tous les secteurs, tant publics que privés, et à tous les travailleurs, indépendamment de leur statut et de leur régime de travail ». Le texte indique que les États membres peuvent charger les partenaires sociaux de conclure des conventions collectives au niveau national, régional, sectoriel ou de l'employeur. À ce titre, le texte ne présente pas de nouveauté par rapport à la législation nationale. En revanche, il est précisé que les travailleurs ne relevant pas d'une convention collective bénéficie d'une protection conformément à la présente directive. Si le mode opératoire peut être identique à celui prévu par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, le champ d'application de la future directive est plus large que celui actuellement prévu.

La directive prévoit que les modalités de déconnexion doivent être détaillées, et comprendre des évaluations en matière de santé et de sécurité y compris portant sur les risques

⁷⁷² Parlement européen, Résolution contenant des recommandations à la Commission sur le droit à la déconnexion, 2019/2181(INL), adoptée le 21 janvier 2021.

psychosociaux. Si la directive admet que des dérogations au profit des employeurs, des critères doivent permettre de calculer la compensation pour le travail effectué en dehors du temps de travail. Le contenu des modalités de déconnexion est ainsi précisé et renforcé.

265. Pour l'instant, la loi ne fixant pas d'exigence quant au contenu, l'analyse des accords conclus dans les entreprises montrent la grande variété des dispositions allant de l'incitation à la coercition. Ainsi l'accord Orange du 27 septembre 2016 pose les « principes du droit à la déconnexion »⁷⁷³ et recommande aux salariés « pour prévenir les risques psychosociaux ou ne pas engendrer d'injonction paradoxale [...] de ne pas utiliser leur messagerie électronique ou d'autres outils de communication pendant les périodes de repos quotidien et hebdomadaire et de congés, afin de garantir le respect de celles-ci ». Le préambule de l'accord Michelin signé avec la CFDT et la CFE-CGC le 15 mars 2016 sur « la maîtrise de la charge de travail des cadres autonomes »⁷⁷⁴ pose les enjeux : d'une part l'autonomie marquée par la liberté d'organisation des cadres vis à vis de leur temps de travail peut « conduire à un investissement des salarié qui nuit à leur équilibre vie privée – vie personnelle et parfois à leur santé et d'autre part, l'aspiration des cadres à une meilleure conciliation entre vie privée et vie professionnelle. Pour répondre à cette problématique duale « l'entreprise souhaite mieux encadrer la maîtrise de la charge de travail en appliquant de nouvelles mesures qui aideront à renforcer le dialogue régulier entre le responsable hiérarchique et les cadres concernés ». Pour ce faire, l'accord a instauré un dispositif de vigilance, basé sur un système de contrôle des accès « entrées-sorties », permettant de suivre l'amplitude des journées de travail, afin de contrôler le respect des temps de repos quotidien et hebdomadaire. Un dispositif spécifique vérifie les connexions à distances le soir et le week-end. À partir d'un seul non-respect de onze heures de repos quotidien ou de cinq connexions hors temps de travail, le cadre et son supérieur hiérarchique analysent la situation pour déterminer les éventuelles actions à engager si la situation caractérise une charge de travail déraisonnable. Ce diptyque (déconnexion et autonomie) place le salarié dans une situation d'injonction paradoxale. Le salarié se trouve soumis à des ordres contradictoires. Alors même que l'autonomie dont il dispose grâce aux TIC lui permet de gérer librement son travail et ses priorités, il doit savoir se déconnecter.

⁷⁷³ Accord portant sur l'accompagnement de la transformation Numérique chez Orange, 27 septembre 2016, [en ligne], [consulté le 26 juin 2017, Disponible sur www.focom-orange.fr.

⁷⁷⁴ Accord sur la maîtrise de la charge de travail des cadres autonomes en convention de forfait-jours chez Michelin, 15 mars 2016, [en ligne], [consulté le 26 juin 2017, Disponible sur www.cfecgcmichelin.org.

Les exemples d'accords collectifs montrent des disparités importantes dans la définition des modalités d'exercices du droit à la déconnexion. La nature même de la déconnexion n'est pas claire. S'agit-il d'un droit-créance permettant au salarié de demander la mise en œuvre de mesure par le biais de dispositifs de régulation ? Envisagé comme un « droit à », il s'agit plutôt d'un droit-liberté qui laisse au salarié la possibilité de s'auto-déterminer. Dans cette hypothèse, le salarié ne peut être sanctionné lorsqu'il exerce son droit à la déconnexion et inversement, il conserve le droit de se connecter. Grégoire Loiseau cite l'accord d'Airbus Helicopters du 17 février 2016 pour illustrer « cette connexion choisie »⁷⁷⁵. Dans l'accord Michelin précité, le droit à la déconnexion prend la forme d'une injonction faite au salarié. Dans l'accord du 12 juillet 2018 relatif à la déconnexion concernant les notaires⁷⁷⁶, il s'agit autant d'un droit « de chaque salarié de ne pas être connecté à un outil numérique à titre professionnel pendant ses temps de repos et de congé » qu'un devoir pour l'employeur « de ne pas solliciter, à titre professionnel, les salariés pendant ces temps de repos et de congé, sans motif sérieux et exceptionnel » auquel s'ajoute « un devoir de déconnexion [qui] s'impose également à chaque salarié ». Cette approche renvoie au rapport établi par Bruno Mettling qui voit dans le droit à la déconnexion « une coresponsabilité du salarié et de l'employeur »⁷⁷⁷. L'effectivité du droit à la déconnexion suppose alors que le salarié soit convaincu de la nécessité de cette déconnexion et qu'il ait une charge de travail lui permettant d'en bénéficier. Pour Jean-Emmanuel Ray, il s'agit d'abord d'« une question de formation, d'organisation, individuelle et surtout collective. Mais aussi de savoir-vivre et de règles de conduite sur les autoroutes de l'information »⁷⁷⁸. Les finalités assignées au droit à la déconnexion sont le respect des temps de repos, et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. La difficulté à cerner l'objet explique ces disparités de traitement.

266. Au surplus, ces dispositions ne concernent que certaines entreprises dont l'effectif dépasse cinquante salariés ou certains salariés soumis au forfait en jours. Les entreprises qui ne sont pas concernées sont-elles pour autant dispensées de prendre des mesures pour organiser le droit à

⁷⁷⁵ G. LOISEAU, « La déconnexion, Observations sur la régulation du travail dans le nouvel espace-temps des entreprises connectées », *Dr. soc.*, 2017, p. 463.

⁷⁷⁶ Accord de branche relatif à la déconnexion du notariat, 12 juillet 2018, [en ligne, [consulté le 26 juin 2019], Disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

⁷⁷⁷ B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, Rapport à la Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, 2015, p. 21.

⁷⁷⁸ J.-E. RAY, article précité.

la déconnexion ? Sans doute pas, car si « l'employeur n'est pas obligé de mettre conventionnellement ou unilatéralement en place les modalités d'exercice du droit à la déconnexion, il n'en est pas moins tenu à des obligations de portée générale de veiller au respect des temps de repos et de congés et d'assurer le respect de la vie personnelle et familiale des salariés »⁷⁷⁹. Un autre lien serait également envisageable avec la santé ⁷⁸⁰. Il n'est pas exclu que le juge recherche si l'employeur a pris toutes les mesures nécessaires pour garantir la sécurité et la santé du salarié dans le cadre de l'obligation de sécurité. Le droit à la déconnexion pourrait alors faire partie des mesures exigées indépendamment de la taille de l'entreprise ou de l'organisation du temps de travail du salarié.

267. Au confluent de l'obligation de l'employeur de garantir la santé des salariés et de l'obligation des salariés d'assurer leur sécurité, la déconnexion mériterait un traitement juridique plus harmonisé.

Tandis que le droit à la déconnexion poursuit une logique de protection du droit au repos, les conventions de forfait en jours, qui répondent à une logique de flexibilité porteuse de risques, ont conduit les juges à encadrer cette pratique afin de garantir le respect du droit au repos.

2 – L'encadrement jurisprudentiel des conventions de forfait en jours

268. La convention de forfait est « l'accord par lequel un employeur et un salarié conviennent d'une rémunération forfaitaire globale couvrant l'ensemble forfaitisé d'heures ou de jours de travail à effectuer, y compris les heures supplémentaires »⁷⁸¹. Aux termes de l'article L. 3121-58 du Code du travail, la formule la plus dérogatoire au regard du temps de travail collectif ne peut concerner que les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ; et les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie

⁷⁷⁹ G. LOISEAU, article précité.

⁷⁸⁰ En ce sens, Jean-Emmanuel Ray propose de « relire les articles L.4121-1 (“l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs”) puis L.4122-1 (“il incombe à chaque travailleur de prendre soin en fonction de sa formation et selon ses possibilités de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail”) », J.-E. RAY, article précité.

⁷⁸¹ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 1043.

dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées. En matière de forfait en jours sur l'année, la référence à l'autonomie réelle dans l'organisation de l'emploi de travail est déterminante⁷⁸².

269. L'autonomie visée par l'article L.3121-58 du Code du travail est-elle incompatible avec le respect de la durée maximale de travail ? Cette question s'est posée à la Cour de cassation dans un arrêt du 29 juin 2011⁷⁸³. Un salarié ayant signé une convention de forfait en jours sur l'année demandait le paiement d'heures supplémentaires ainsi qu'une indemnité pour travail dissimulé. La Cour d'appel avait rejeté sa demande aux motifs que « le salarié a accepté le bénéfice d'une convention de forfait sur la base de 217 jours par an [qui] s'interprète comme excluant la rémunération de toute heure supplémentaire dès lors qu'il était soumis à une convention de forfait en jours de travail telle que déterminée par cet accord et excluant les dispositions légales sur la durée du travail exprimée en heures ». La Cour de cassation censure l'arrêt rappelant d'abord que « le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles ». Il en résulte au visa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et du droit européen⁷⁸⁴ l'obligation de respecter les « principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur » et de garantir le respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires pour toute convention de forfait en jours.

270. À la suite de cet arrêt, les juges ont eu à connaître de la validité de nombreuses conventions de forfait. L'activité professionnelle soumise au forfait en jours n'« étant plus bordée, ni par un horaire ni par les murs de l'entreprise »⁷⁸⁵, les juges cherchent à garantir un équilibre entre santé

⁷⁸² Pour d'autres formules en heures sur l'année concernant également des salariés dont l'autonomie est avérée, v., article L.3121-56 du Code du travail.

⁷⁸³ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, Bull. civ. V, n° 181, D. 2011. 1830, et les obs. ; *ibid.* 2012. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *RDT* 2011. 474, Controverse B. Van Craeynest et P. Masson ; *ibid.* 481, étude M.-F. Mazars, S. Laulom et C. Dejours.

⁷⁸⁴ « Vu l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L.3121-45 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la Directive 1993/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ensemble l'article 14 de l'accord du 28 juillet 1998 étendu sur l'organisation du travail dans la métallurgie », *ibid.*

⁷⁸⁵ F. DUCLOZ, Ph. FLORES, « La sauvegarde du forfait en jours : le juge et la combinaison des normes », *RDT*, 2016, p. 140.

du salarié et charge de travail. Dans l'arrêt du 26 septembre 2012⁷⁸⁶ la Chambre sociale prive d'effet la convention de forfait en jours au motif que l'examen trimestriel de l'amplitude et de la charge de travail était insuffisant pour garantir le caractère raisonnable de la charge de travail ; cet examen étant par conséquent impropre « à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié ».

La charge de travail doit être raisonnable et faire l'objet d'un suivi. Ainsi, dans l'arrêt du 17 décembre 2014⁷⁸⁷ la Chambre sociale valide la convention de forfait en jours. L'accord d'aménagement et de réduction du temps de travail dans le secteur des banques du 29 mai 2001 prévoit que « le décompte des journées et demi-journées travaillées se fait sur la base d'un système auto-déclaratif », que « l'organisation du travail de ces salariés devra faire l'objet d'un suivi régulier par la hiérarchie qui veillera notamment aux éventuelles surcharges de travail ». La Chambre sociale considère que « répondent aux exigences relatives au droit à la santé et au repos, les dispositions de l'accord d'aménagement et de réduction du temps de travail dans le secteur des banques du 29 mai 2001 imposant notamment à l'employeur de veiller à la surcharge de travail et d'y remédier, de sorte qu'est assuré le contrôle de la durée maximale raisonnable de travail [...] ». Le motif de la Cour d'appel selon lequel « le système auto-déclaratif qui tend en réalité à faire peser sur le salarié la garantie de son droit à la santé et au repos ne saurait être considéré comme licite puisqu'il appartient à l'employeur, seul, soumis à une obligation de sécurité de résultat de veiller à garantir le droit à la santé et au repos de ses salariés » est censuré par la Cour de cassation. La Cour s'attache au suivi régulier qui constitue une garantie suffisante du contrôle du caractère raisonnable des durées maximales du travail.

Si la Cour admet que le suivi du temps puisse être déclaratif, elle exige une régularité qui permet un ajustement effectif de la charge de travail. Cette exigence ressort de l'arrêt en date du 17 janvier 2018⁷⁸⁸ dans lequel, la Cour de cassation annule une convention de forfait en jours aux motifs que « l'amplitude de ses journées d'activité, ne sont, en ne permettant pas à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé ». En

⁷⁸⁶ Cass. soc., 26 septembre 2012, n° 11-14.540, Bull. civ. V, n° 250, *D.* 2012. 2316 ; *ibid.* 2013. 114, chron. F. Ducloz, P. Flores, L. Pécaut-Rivolier, P. Bailly et E. Wurtz ; *ibid.* 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *RDT* 2013. 273, obs. S. Amalric ; *RTD eur.* 2013. 292-28, obs. B. Le Baut-Ferrarese.

⁷⁸⁷ Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-22.890, Bull. civ. V, n° 301, *D.* 2015. 163 ; *RDT* 2015. 195, obs. G. Pignarre.

⁷⁸⁸ Cass. soc., 17 janvier 2018, n° 16-15.124, Bull. civ. V, n° 2.

l'espèce, concernant le contrôle du caractère raisonnable de la durée du travail les dispositions de l'accord ne précisent pas la périodicité du contrôle « l'employeur est tenu d'établir un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées travaillées ainsi que la qualification des jours de repos en repos hebdomadaire, congés payés, congés conventionnels ou jours de repos au titre de la réduction du temps de travail, ce document pouvant être tenu par le salarié sous la responsabilité de l'employeur ». L'entretien annuel « avec son supérieur hiérarchique au cours duquel seront évoquées l'organisation et la charge de travail de l'intéressé » ne permet pas de remédier rapidement à une situation de surcharge. Si le contrôle du caractère raisonnable peut être réalisé à partir de documents établis par le salarié, il doit en revanche faire l'objet d'une périodicité telle que l'employeur est à même de prendre des mesures pertinentes pour répondre à une situation de surcharge⁷⁸⁹.

Il ressort de ces décisions que la Cour de cassation subordonne la licéité des conventions de forfait en jours au contrôle de temps de travail effectif et à l'évaluation de la charge de travail. Suivant cette logique, la Cour d'appel de Paris a validé un jugement privant d'effet une convention de forfait en jours en l'absence de suivi permettant de s'assurer régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable⁷⁹⁰. Plus récemment, la Cour d'appel de Versailles a annulé une convention ne disposant pas de mécanismes effectifs de suivi et de mesure de la charge de travail⁷⁹¹.

L'arrêt du 24 mars 2021⁷⁹² fait la synthèse des critères garantissant un suivi adéquat : la Cour de cassation prononce la nullité d'une convention de forfait en jours que l'accord qui l'instituait ne prévoyait pas « un suivi effectif et régulier permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable ». Autrement dit les moyens propres à suivre la charge de travail sont ceux qui permettent un suivi effectif et régulier. Cet arrêt reprend les deux critères auxquels les juges doivent s'attacher pour apprécier la validité de la convention. L'arrêt est rendu au double visa constitutionnel et européen ; visa désormais classique depuis l'arrêt de principe du 29 juin 2011.

⁷⁸⁹ Cass. soc., 5 octobre 2017, n° 16-23.106 à n° 16-23.111, Bull. civ. V, n° 173, D. 2017. 2033 ; *ibid.* 2018. 813, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *JS Lamy* 2017, n° 442, p. 3 ; *JCP S* 2017. 1379, obs. M. Morand.

⁷⁹⁰ CA Paris, 16 janvier 2020, n° 17/03388.

⁷⁹¹ « L'accord collectif susvisé prévoit, certes, qu'« afin d'assurer leur adéquation à la nouvelle durée du travail, un suivi de la mission et de la charge de travail découlant des objectifs assignés sera effectué chaque trimestre » mais il ne précise pas comment est assuré ce suivi et en particulier comment de façon effective est mesurée la charge de travail. L'accord ne prévoit pas à cet égard l'établissement d'un document de contrôle des jours travaillés et non travaillés. », CA, Versailles, 17 février 2021, n° 18/04396.

⁷⁹² Cass. soc., 24 mars 2021, n° 19-12.208, P.

271. Si la préservation des droits des salariés à la santé et au repos, condition de validité des conventions de forfait en jours, est bien la priorité des juridictions, dans certaines entreprises, seule l'autonomie importe. Cette situation est parfaitement illustrée par les propos recueillis lors d'une enquête quantitative réalisée entre octobre 2010 et mai 2011 : « Ils sont assez grands pour travailler, pour gérer eux-mêmes, après s'ils utilisent telle ou telle technologie c'est leur problème ! [...] Il n'y a que le résultat qui compte. Il y a des cadres qui travaillent tôt le matin, d'autres qui travaillent tard le soir, enfin je pense qu'on est quand même dans une démarche où ce qui compte malgré tout, c'est l'atteinte des objectifs »⁷⁹³. L'hyperconnexion des salariés apparaît comme « une nouvelle forme de liberté et un choix qui doit être respecté »⁷⁹⁴, une « servitude volontaire »⁷⁹⁵.

Dans un environnement numérique toujours plus prégnant, la protection du droit au repos apparaît comme une composante déterminante de la santé au travail. Toutefois, la mise en œuvre des conditions de travail à partir des TIC crée un environnement de travail en tension que les mesures de prévention peinent à contenir. Se pose alors la question de leur effectivité.

§2 – L'emprise des TIC sur les conditions de travail: un facteur de dégradation de la santé ?

272. L'économie numérique repose sur la compression du temps, « permettant la circulation d'un maximum de signes entre un maximum de personnes dans un minimum de temps »⁷⁹⁶. Or, l'univers numérique connaît une croissance hyperbolique, tandis que le temps ne se dilate pas. Il se crée alors une pression sur le temps disponible qui conduit soit à réduire « le temps nécessaire des actions habituellement entreprises »⁷⁹⁷ soit à augmenter « la productivité permettant de mener à bien plusieurs actions de façon simultanée »⁷⁹⁸. Ce régime temporel dicté

⁷⁹³ F. BOUDOKHANE-LIMA, « Les Directeurs des Ressources Humaines face à l'hyperconnexion », in V. CARAYOL, N. SOUBIALE, C. FELIO, F. BOUDOKHANE-LIMA (dir.), *La laisse électronique, Les cadres débordés par les TIC*, Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, 2016, p. 49.

⁷⁹⁴ *Ibid.*

⁷⁹⁵ *Ibid.*

⁷⁹⁶ B. PATINO, *op. cit.*, p. 63.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 64.

⁷⁹⁸ *Ibid.*

par les TIC crée « une nouvelle forme d’aliénation sociale qu’est l’aliénation par le temps »⁷⁹⁹. Ainsi, alors même que le temps de travail a diminué⁸⁰⁰, la dernière enquête réalisée en 2017 par la DARES sur la surveillance médicale des expositions des salariés aux risques professionnels (SUMER) montre que si les indicateurs de l’intensité au travail baissent entre 2010 et 2017, ils restent à un niveau élevé avec « un tiers des salariés [qui] subissent toujours au moins trois contraintes de rythme marchandes ou machiniques »⁸⁰¹. La fréquence d’interruption d’une tâche pour en effectuer une autre, non prévue, augmente passant de 46 % en 1994, à 58 % en 2017⁸⁰² ; de même que la quantité et la rapidité du travail perçues par les salariés⁸⁰³. L’environnement numérique de travail dans lequel évolue le salarié l’amène à disposer d’une information en flux continu le conduisant à des interruptions fréquentes. Ce contexte de travail participe à l’intensification du rythme de travail. Ce faisant il favorise l’émergence de nouveaux risques pour la santé (A). Pour autant cet environnement est-il suffisamment saisi par le droit ? Autrement dit les mesures de prévention sont-elles propres à garantir la santé au travail ? (B)

A – Les facteurs technologiques dégradant la santé au travail

273. Selon la DARES « l’intensité du travail [qui] est un des facteurs essentiels de risques psychosociaux au travail est déterminée par les contraintes de rythme de travail ou par la perception que peuvent en avoir les salariés »⁸⁰⁴. Identifier les facteurs technologiques à risque présents dans les conditions de travail a pour objectif d’établir l’existence des risques (1) pour mesurer l’ampleur de leurs effets sur la santé (2).

⁷⁹⁹ M. HUNYADI, « L’idée d’un droit à un avenir ouvert », *Revue française d’éthique appliquée*, 2020, p. 39.

⁸⁰⁰ « Aujourd’hui, en France, le temps de travail représente 11% du temps éveillé sur toute une vie alors qu’il représentait 48 % de ce temps en 1800 ! », G. BRONNER, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁰¹ DARES, rapport précité, p. 7.

⁸⁰² *Ibid.*

⁸⁰³ « En 2017, plus de 66 % des salariés considèrent qu’on leur demande de travailler très vite et 35 % jugent qu’on leur demande une quantité excessive de travail, soit des hausses respectives de 3 et 4 points entre 2003 et 2017. La part des salariés qui déclarent ne pas disposer du temps nécessaire pour faire correctement leur travail est stable depuis 2003 (30 %). », *ibid.*, p. 9.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 7.

1 – Les sources technologiques de la dégradation des conditions de travail

274. Deux facteurs technologiques peuvent être identifiés à la source de la dégradation des conditions de travail : la surcharge informationnelle (a) et l'accélération du temps (b).

a – La surcharge informationnelle

275. La surcharge informationnelle est « un phénomène [...] largement attribué à l'introduction des TIC »⁸⁰⁵. Identifiée dès les années 1960 comme facteur de stress⁸⁰⁶, elle a pris de l'ampleur avec la généralisation des TIC à tous les niveaux de l'entreprise⁸⁰⁷.

Elle se mesure par le volume d'informations à traiter au regard des délais. L'augmentation du volume est permise par l'introduction des TIC servant de support à la gestion en temps réel grâce à la disponibilité immédiate de l'information. Initialement destinées à faciliter la circulation de l'information, les technologies de l'information ont participé à une surenchère d'information. Également dénommée « infobésité »⁸⁰⁸ par référence à l'obésité, maladie provoquée par un surpoids important, sont visés en l'espèce, « les effets pathologiques liés à la surconsommation »⁸⁰⁹ d'informations.

276. Le courrier électronique est en grande partie responsable de l'intensification de l'information⁸¹⁰. La facilité d'envoi à de nombreux destinataires ; l'effet millefeuille allié à la

⁸⁰⁵ H. ISSAC, E. CAMPOY, M. KALIKA, « Surcharge informationnelle, urgence et TIC, L'effet temporel des technologies de l'information », *Management & Avenir*, 2007, vol. 13, n° 2, p. 150.

⁸⁰⁶ « Dès les années 1960, Meier identifie la surcharge d'informations comme source de stress chez les employés, productrice de dysfonctionnements opérationnels et de pertes. », *Ibid.*, p. 151.

⁸⁰⁷ « Les outils déployés dans les différentes strates de l'organisation visent à améliorer la gestion des opérations, faciliter la communication, faciliter les décisions. Nombreuses sont les entreprises qui remodelent leur système d'information, principalement en introduisant des techniques accentuant l'automatisation des processus (ERP) et le pilotage en temps réel de l'activité (outils décisionnels, intranets). L'introduction des TIC ne se limite pas pour autant aux seuls processus opérationnels. Les technologies de l'information supportent également les processus de coordination, de communication contribuant à modifier les environnements de travail. », *Ibid.*, p. 150.

⁸⁰⁸ C. SAUVAJOL-RIALLAND, « Infobésité, gros risques et vrais remèdes », *L'Expansion Management Review*, 2014, vol. 152, n° 1, p. 110-118, ; du même auteur : *Infobésité : comprendre et maîtriser la déferlante d'informations*, Paris, Vuibert, 2012, 208 p.

⁸⁰⁹ A. VULBEAU, « Contrepoint, l'infobésité et les risques de surconsommation », *Informations sociales*, 2015, vol. 191, n° 5, p. 35.

⁸¹⁰ « Le nombre d'emails professionnels reçus quotidiennement est estimé par nos participants en moyenne à environ 45 unités soit en répartition mécanique sur une journée de 8 heures, un email toutes les dix minutes. », Th. VENIN, « Qui déclenchera l'info diète », in C. FELIO, L. LEROUGE (dir.), *op. cit.*, p. 94.

superposition de mode de communication⁸¹¹ expliquent le phénomène de surcharge. L'introduction des TIC dans les entreprises, n'a pas entraîné la réorganisation des moyens de communication. L'agenda partagé n'a pas remplacé la messagerie électronique pour l'organisation des réunions. L'envoi de messages électroniques ne s'est pas substitué à la tenue de réunions. Pour envoyer un message à plusieurs destinataires, le salarié émetteur a peu d'effort à faire. Nul besoin de faire autant de photocopies que de destinataires ; nulle perte de temps liée à la mise sous plis des courriers. Cette simplicité associée à la technique des listes de distribution n'encourage pas l'émetteur à faire un tri pertinent dans le choix des destinataires. De plus, pour s'assurer que chaque destinataire a bien pris connaissance du message, il est possible de prévoir un accusé de confirmation de lecture, auquel peut également s'ajouter un accusé-réception généré automatiquement par le serveur. Il en résulte une démultiplication des messages.

b – L'intensification des rythmes de travail

277. Dès les premières manufactures, la maîtrise du temps est une source de puissance⁸¹². À partir des années 1990, le temps apparaît comme une arme⁸¹³ stratégique dont la maîtrise offre un avantage concurrentiel. L'accélération du temps est générée par « l'avènement de la mondialisation économique et financière à partir du milieu des années 1980, elle-même rendue possible par la révolution survenue dans le domaine des télécommunications, apparue à peu près au même moment »⁸¹⁴.

Nicole Aubert, dans son livre *Le culte de l'urgence, la société malade du temps* présente l'urgence, et la vitesse comme les « nouvelles formes d'expression de notre rapport au

⁸¹¹ « On observe donc effectivement un effet d'empilement des outils, appelé effet millefeuille. Cet effet millefeuille traduit le fait que les moyens de communication se juxtaposent les uns sur les autres sans se mélanger véritablement. », M. KALIKA, N. BOUKEL CHARKI, H. ISAAC, « La théorie du millefeuille et l'usage des TIC dans l'entreprise », *Revue française de gestion*, 2007, vol. 33, n° 172, p. 126 ; « Les moyens de communication se sont empilés dans la mesure où les nouveaux moyens n'ont pas fait disparaître les précédents mais tous les comportements communicationnels se calent sur le temps réel permis voire induit par les TIC », Th. VENIN, *Techniques de l'Information et de la Communication et risques psychosociaux sur le poste de travail tertiaire*, F. JAUREGUIBERRY (dir.), Thèse de doctorat, Sociologie, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2013, p. 307.

⁸¹² « Cette recherche de la précision et de la maîtrise du temps est un trait significatif de l'histoire occidentale et une condition indispensable à l'obtention de la puissance. », A. COULOMBEL, *op. cit.*, p. 29.

⁸¹³ « [...] le temps, c'est la guerre, la dernière guerre. », A. COULOMBEL paraphrasant P. Virilio, *Vitesse et politique*, Galilée, 1977, p. 136, *ibid.*, p. 30.

⁸¹⁴ N. AUBERT, *op. cit.*, p. 31.

temps »⁸¹⁵. Dans ce changement de rapport au temps, les TIC ont un rôle déterminant. Elles permettent une accélération du temps qui modifie les comportements créant une impatience généralisée.

Dès lors « on assiste sous l'effet des TIC, à une réelle recomposition du rapport au temps dans l'entreprise »⁸¹⁶ marquée par les critères d'immédiateté, de simultanéité et de disponibilité. Vaincre le temps est devenu une priorité et « l'extrême fébrilité des entreprises est le résultat de cette pression temporelle s'exerçant sans distinction sur les hommes, les processus, les savoirs, les règles et les normes »⁸¹⁷. Le temps de travail étant légalement borné, il n'est pas possible de gagner du temps en agissant sur son élasticité. Le gain d'élasticité n'étant pas envisageable, le gain de temps est recherché dans l'épaisseur du temps. Ne pouvant se distendre, le temps est densifié par la compression d'activités dans le même espace-temps.

278. Dans ce contexte, les TIC favorisent l'accélération du temps par effet combiné à l'organisation du travail⁸¹⁸. L'intensification du travail qui résulte de ce contexte est liée tant aux rythmes du travail qu'aux interruptions de tâche. Selon certains auteurs, messages instantanés, sonneries « skype » rythment les tâches à réaliser et « hachent toute communication en épisodes découpés par accident »⁸¹⁹. L'intensification des rythmes de travail a tout particulièrement été notable au moment de l'expérience de télétravail massif liée à la crise sanitaire du Covid-19. Lors de la mise en œuvre du télétravail choisi individuellement, le rythme de travail est dicté par celui des salariés en poste sur le lieu de travail. Il est notamment rythmé par l'existence de temps sociaux qui constituent des formes de respiration à l'intérieur du temps de travail. Il s'agit de ce temps informel où travail et vie privée se mêlent et s'enrichissent mutuellement. L'isolement dû au travail à distance entraîne la disparition de ce temps social pour laisser place à la rentabilisation maximale du temps de travail. Dans ce contexte de télétravail massif, le travail se recentre sur « le temps utile », celui uniquement consacré à la production. Si le télétravail est souvent présenté comme un bénéfice pour le salarié dont la fatigue est amoindrie par la disparition du temps de transport, cette réalité ne doit

⁸¹⁵ *Ibid.*

⁸¹⁶ H. ISSAC, E. CAMPOY, M. KALIKA, article précité, pp. 149-168.

⁸¹⁷ A. COULOMBEL, *op. cit.*, p. 196.

⁸¹⁸ Les TIC « viennent ainsi renforcer la tension temporelle introduite dans les processus de production organisés en « flux tendus » et en « juste à temps », qui font la chasse aux temps morts tout en recherchant la qualité totale », Centre d'analyse stratégique, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, rapport précité, p. 188.

⁸¹⁹ J.-F. FOGEL, B. PATINO, *op. cit.*, p. 21.

occulter une réflexion plus globale sur l'intensité du télétravail. À ce titre, l'ANI du 26 novembre 2020⁸²⁰ rappelle que « la durée du travail du salarié est identique, qu'il soit sur site ou en télétravail. Les dispositions notamment relatives à la durée maximale quotidienne, aux durées maximales hebdomadaires, au temps de repos, au temps de pause et au décompte des heures de travail s'appliquent, ainsi que celles concernant les salariés sous convention de forfait jours ».

279. À l'intensification des rythmes de travail s'ajoute la simultanéité de la circulation de l'information qui implique une disponibilité permanente. Les temps de transport autrefois qualifiés de temps perdus sont aujourd'hui rentabilisés par l'envoi de courriels, par la lecture d'un document reçu pendant la nuit... Bien qu'ils n'aient pas la qualification de temps de travail effectif, ils sont utilisés comme tel.

En outre, l'immédiateté de l'envoi d'un courriel génère la même brièveté dans l'attente de la réponse. Ainsi, ces échanges contribuent à « générer l'urgence et à “détemporaliser” la relation en instaurant une exigence d'immédiat »⁸²¹.

Les TIC influencent également le niveau d'exigence attendu. Elles concourent à la performance et à l'efficacité des salariés et en retour « l'employeur attend de la part des salariés d'être en quelque sorte à l'image des TIC qu'ils utilisent : plus performants, réactifs, proactifs, résilients, accessibles, disponibles »⁸²².

Au vu de ces éléments, le constat peut être fait que les TIC ont un effet direct sur l'intensification globale du travail. Cependant, le témoignage d'un cadre interrogé sur le téléphone portable met parfaitement en lumière le caractère ambivalent des TIC. D'une part, elles permettent des gains de temps. D'autre part, elles sont source de contrainte et de tension permanente⁸²³. La densification due à la surcharge informationnelle et l'intensification due à l'accélération des rythmes sont constitutives de risques pour la santé du salarié.

⁸²⁰ ANI pour une mise en œuvre réussie du télétravail précité.

⁸²¹ N. AUBERT, *op. cit.*, p. 68.

⁸²² M.-E. BOBILLIER-CHAUMON, Ph. SARNIN, B. CUVILLIER, J. VACHERAND-REVEL, « L'activité médiatisée des cadres par les technologies : de nouvelles pratiques pour de nouvelles compétences ? », in C. FELIO, L. LEROUGE (dir.), *op. cit.*, p. 58.

⁸²³ « Vous êtes en voiture, ou en voyage, vous continuez à travailler, on vous appelle de Sao Paulo, vous rappelez tout de suite, vous avez une réponse instantanément » témoigne un cadre pour qui le téléphone portable est un gain de productivité extraordinaire. Poursuivant son témoignage, il évoque l'autre face des TIC : « Mais tout ceci compacte le temps, permet l'urgence, induit l'urgence, la favorise enfin...tout est fait pour favoriser la réponse en temps réel ! » *ibid.*, p. 64.

2 – L'exposition aux facteurs technologiques : les risques pour la santé

280. Alors que la charge de travail gagne en densité avec la surcharge informationnelle et augmente en intensité du fait des rythmes de travail accélérés par les TIC (a) ; ces conditions de travail peuvent générer un stress pathogène pour le salarié créant un risque pour sa santé (b).

a – Les conditions de travail sous TIC, facteur de risque pour la santé

281. Lorsque le salarié est exposé à une situation où le stress est induit par les TIC, il subit des conditions de travail délétères. Au regard de la surcharge informationnelle, le salarié est susceptible de se trouver en situation de stress.

La messagerie électronique est une des principales sources de surcharge informationnelle. Le volume de messages à traiter crée une surcharge de travail par la simple manutention de l'information consistant à réceptionner, traiter, classer. « Cette tâche n'est ni de la coordination, ni du *reporting*, ni de l'expertise métier »⁸²⁴. Ainsi, « l'absence de structuration et de standardisation des messages, en complément de la synchronisation et des volumes des flux, se présente comme la principale menace de débordement dans les activités des cadres par la mobilisation intensive de l'outil »⁸²⁵. Le salarié doit traiter un nombre toujours croissant d'informations. Face à cette masse d'informations, il doit décider d'un ordre de priorité nécessitant une forte implication cognitive. Le stress qui en résulte peut être facteur de rigidité cognitive associée à la perte de discernement⁸²⁶. Il se manifeste par un « syndrome de débordement cognitif »⁸²⁷. Le sentiment qu'il est impossible de contenir le flot informationnel est anxiogène et place le salarié en situation de découragement.

À cela s'ajoute l'émiettement du travail dû aux interruptions. Un salarié doté d'une messagerie électronique reçoit en moyenne un courriel toutes les dix minutes. Or, les analyses ont établi qu'il faut une minute pour se concentrer à nouveau à la suite d'une interruption.

⁸²⁴ H. ISSAC, E. CAMPOY, M. KALIKA, article précité, p. 153.

⁸²⁵ S. BRETESCHÉ, F. de CORBIERE, B. GEFFROY, « La messagerie électronique, principal métronome des activités des cadres », *La nouvelle revue du travail* [en ligne], 2012, [consulté le 15 octobre 2016].

⁸²⁶ N. AUBERT, *op. cit.*, p. 205.

⁸²⁷ « La notion de « syndrome de débordement cognitif » a été élaborée au départ en lien avec l'expansion des technologies de l'information et de la communication. Elle paraît, plus généralement, pertinente pour traduire le stress et la frustration exprimés par de nombreux « travailleurs cognitifs » expérimentés qui ont le sentiment d'être submergés par les informations et de perdre le contrôle de leur activité », M. GOLLAC, M. BODIER, Rapport précité, p. 85 ; Ce syndrome « décrit le stress des utilisateurs de messagerie électronique qui se plaignent d'être « noyés » sous les informations qu'ils jugent souvent inutiles, qu'ils ne parviennent pas à traiter et qui viennent s'empiler par-dessus le flot existant », Ch. MATHIEU, M.-M. PERETIE, A. PICAULT, « Droit à la déconnexion : une chimère ? », *RDT*, 2016, p. 592.

De nombreuses études montrent que le travail dans l'urgence a des conséquences néfastes sur la santé des salariés et l'intensification du travail qui en résulte s'avère pathogène. Dans leur ouvrage *La laisse électronique*, les auteurs ont réalisé des enquêtes quantitatives et qualitatives autour du lien entre santé et usage des TIC chez les cadres⁸²⁸.

Les échanges professionnels par messagerie électronique sont également une source de stress due aux « nombreux malentendus et quiproquos pouvant potentiellement monter en intensité et se transformer en conflits »⁸²⁹. La messagerie est un moyen de communication pauvre qui ne permet pas de mesurer les éléments propres à la communication non verbale telle que l'intonation ou le langage corporel qui donnent une indication sur le ton du message. Même au téléphone le sourire de l'interlocuteur s'entend. La distanciation induite par l'écran, entre l'émetteur et le destinataire, permet ces dérapages verbaux. Vécues comme un manque de respect, ces incivilités numériques suscitent colère et volonté de surenchère.

Selon le rapport du Collège d'expertise sur le suivi des risques psychosociaux au travail, les travaux en ergonomie montrent également le lien entre intensité au travail et dégradation des conditions de travail⁸³⁰. Les risques psychosociaux en lien avec l'intensité du travail « se rapportent aux exigences associées à l'exécution du travail en terme quantitatifs (contraintes de temps, quantité de travail excessive, etc.) mais aussi en termes qualitatifs (complexité mal maîtrisée des tâches, concentration, demandes contradictoires, responsabilités, etc.) »⁸³¹. L'intensité analysée sous l'angle quantitatif fait référence à l'accélération des rythmes de travail. Il s'agit de contraintes dites « industrielles » tandis que l'intensité prise sous l'angle qualitatif correspond à des contraintes d'ordre marchand liées aux aléas de la demande. Ce double aspect de l'intensité se retrouve dans les TIC. Selon le Centre d'analyse stratégique, la présence dans l'entreprise d'outils de gestion intégré (Entreprise Ressource Planning) permettant de gérer et de suivre au quotidien l'activité de l'entreprise ou d'outils de traçabilité

⁸²⁸ L'étude quantitative a porté sur l'évaluation des risques psychosociaux posés par l'usage professionnel des TIC entreprise auprès d'un échantillon de 613 cadres français. Les résultats de l'étude montrent que « 58% des cadres de l'échantillon obtiennent un score élevé d'exposition au risque de "densification" » du fait de l'intégration des TIC dans leur quotidien de travail », C. FELIO, « Perception des risques pour la santé et usages des TIC », in V. CARAYOL, N. SOUDIALE, C. FELIO, F. BOUDOKHANE-LIMA (dir.), *op. cit.*, p. 68.

⁸²⁹ D. DUPRÉ, « Les incivilités par messagerie électronique en milieu de travail : un tour d'horizon des recherches actuelles », *Revue française des sciences de l'information et de la communication*, [en ligne] 2017, n° 11, [consulté le 21 avril 2020] ; v. également, A. LABORDE, « Les incivilités numériques au travail, Problématiques émergentes dans le contexte de la transformation numérique des organisations », *Revue française des sciences de l'information et de la communication*, [en ligne], 2016, n° 9, [consulté le 21 avril 2020].

⁸³⁰ « En ergonomie, le débordement se réfère au ressenti, au vécu des opérateurs, à l'impression à la fois de ne plus pouvoir faire tout comme on avait prévu de le faire et d'être empêché dans son activité. », M. GOLLAC, M. BODIER, rapport précité, p. 95.

⁸³¹ *Ibid.*, p. 85.

augmente « la perception du fait que le rythme de travail est imposé par des cadences mécaniques »⁸³². La contrainte marchande est illustrée par la nécessité de satisfaire immédiatement des demandes qu'elles soient internes (collègues, hiérarchie) ou externes (clients, fournisseurs). L'urgence favorise une intensité dans le travail et crée une pression qui peut avoir des répercussions sur la santé du salarié.

282. Ces situations représentent un facteur de stress en ce qu'elles conduisent à un déséquilibre entre les exigences professionnelles et les ressources dont dispose le salarié. Or, le stress a des effets directs sur la santé et sur le travail qui sont listés par l'OMS : « Les personnes souffrant de stress professionnel peuvent devenir de plus en plus déprimés et irritables, être incapables de se relaxer ou de se concentrer, avoir des difficultés à penser logiquement et à prendre des décisions, se mettre à moins apprécier leur travail et se sentir moins impliqués, se sentir fatigués, déprimés, anxieux, avoir des troubles du sommeil, connaître des problèmes physiques graves tels que des troubles cardiaques, digestifs, un accroissement de la tension artérielle, des migraines, des troubles de l'appareil locuteur (lombalgies et troubles traumatiques des membres supérieurs) ».

L'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail identifie la surcharge au travail comme un facteur de risques psychosociaux pouvant conduire au stress. Dans une enquête d'opinion pan-européenne, il apparaît que pour 69% des personnes interrogées, en France, le nombre d'heures ou la surcharge de travail est une cause de stress⁸³³.

283. Si la surcharge informationnelle agit comme déclencheur de stress, il faut néanmoins noter que le seuil de déclenchement varie en fonction des individus. « L'infobésité naît de la rencontre d'une personne, d'un poste de travail et d'une organisation »⁸³⁴. La notion de surcharge a une dimension subjective et son ressenti est variable d'un individu à l'autre et pour un même individu, il faut « tenir compte du ressenti lui-même en rapport avec une situation actuelle et passée du travailleur »⁸³⁵. Néanmoins, chaque fois qu'un salarié ressent du stress dû à la surcharge informationnelle en relation avec son travail, l'employeur qui laisse perdurer de

⁸³² Centre d'analyse stratégique, rapport précité, p. 107.

⁸³³ Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail, *Sondage d'opinion paneuropéen sur la sécurité et la santé au travail*, [en ligne], Mai 2013, [consulté le 21 avril 2019].

⁸³⁴ C. SAUVAJOL-RIALLAND, article précité.

⁸³⁵ S. FANTONI, P.-Y. VERKINDT, « Charge de travail et qualité de vie au travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 106.

telles conditions de travail et qui ne prend pas des mesures adaptées commet un manquement à l'obligation de sécurité prévue à l'article L.4121-1 du Code du travail.

Le « culte de l'urgence »⁸³⁶ place le salarié dans une situation contradictoire. Alors qu'il croit s'abstraire des contraintes temporelles, il se trouve écrasé par la vitesse. Dans cet environnement de travail, les TIC représentent un facteur pathogène pour le salarié qui peut s'avérer très préjudiciable pour sa santé.

284. La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité et de santé sur le fondement de stress généré par une situation de surcharge. En l'espèce, une salariée embauchée le 22 janvier 2007 est licenciée dix mois plus tard, le 23 novembre 2007 pour absences prolongées et répétées désorganisant le bon fonctionnement de l'entreprise. La salariée fait valoir qu'elle était soumise à une situation de stress ayant concouru à la dégradation de son état de santé. Pour débouter la salariée de ses demandes de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la Cour d'appel retient « qu'elle n'a à aucun moment alerté son employeur quant à l'existence d'une situation de stress anormal ni davantage pris attache avec la médecine du travail ». La Cour de cassation censure l'arrêt aux motifs « qu'en se déterminant comme elle l'a fait [...], sans rechercher si, comme il était soutenu par la salariée, elle n'avait pas été exposée à un stress permanent et prolongé à raison de l'existence d'une situation de surcharge de travail conduisant à un épuisement professionnel, de nature à entraîner une dégradation de son état de santé susceptible de caractériser un lien entre la maladie de la salariée et un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »⁸³⁷.

Si en matière de licenciement, le motif tiré de la maladie est prohibé, l'employeur peut invoquer les désordres qui en résultent pour motiver la rupture du contrat de travail. En cas de litige sur le motif du licenciement, le juge porte son appréciation sur les conséquences de l'absence du salariés (les perturbations pour le bon fonctionnement de l'entreprise) et non sur les causes (la maladie). La particularité de cet arrêt réside justement sur ce dernier point puisque la Cour de cassation indique que les juges du fond auraient dû rechercher si le stress lié à une charge de travail excessive n'était à l'origine de la dégradation de la santé. Les juges sont ainsi

⁸³⁶ Expression empruntée à Nicole AUBERT qui souligne que ce culte de l'urgence est nourri par un imaginaire médiatique, N. AUBERT, *op. cit.*, p. 31.

⁸³⁷ Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-22.082, Bull. civ. V, n° 71, D. 2013. 778 ; *Dr. soc.* 2013. 576, chron. S. Tournaux ; *RDT* 2013. 328, obs. B. Pélissier.

invités à « remonter la chaîne des causes »⁸³⁸ pour identifier les causes initiales des absences du salarié.

Dans cet arrêt, la surcharge et le stress sont traités *lato sensu*. Il n'existe pas de décision de justice sanctionnant un employeur au regard d'une surcharge de travail générée par un facteur précisément identifié. Toutefois, « le lien entre dégradation de l'état de santé et la variation de la charge de travail est ainsi pointé par le juge »⁸³⁹ et l'évaluation de cette charge relève de l'employeur sans qu'il soit besoin que le salarié en fasse état.

285. Deux autres arrêts méritent d'être signalés car ils impliquent directement l'impact des TIC sur la santé du salarié. Dans ces deux arrêts, les salariés assignent leur employeur respectif en dommages et intérêts pour harcèlement moral. Dans l'arrêt du 22 septembre 2010 la salariée invoque des conditions de travail très dégradées faisant « valoir que l'employeur l'obligeait à travailler sept jours sur sept, pendant près de deux ans, tout en lui adressant de nombreux courriels, jusqu'à trente-trois par jour pour l'inviter à accélérer son rythme de travail ». La Cour d'appel qui « a retenu que les conditions de travail subies par Mme X..., même à l'origine d'un état dépressif réactionnel diagnostiqué le 12 octobre 2006, ne caractérisent pas en soi des agissements de harcèlement moral » est censurée. Les juges de la Chambre sociale relèvent que la « Cour d'appel, qui devait rechercher si de tels agissements étaient établis et, dans l'affirmative, s'ils étaient de nature à faire présumer un harcèlement moral au sens des textes précités, n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Dans la deuxième affaire, le téléphone sert de support au harcèlement. La Cour de cassation valide la décision de la Cour d'appel qui « après avoir relevé que les pièces produites aux débats par les salariées faisaient état de surmenage, d'épuisement professionnel, de dépression, de nombreux appels téléphoniques à toute heure du week-end ou de la nuit, de pression constante aux fins d'obtenir le maximum de travail, de système de contrôle des voitures, [...] a constaté que ces agissements réitérés émanant tant de la supérieure hiérarchique directe que de l'employeur lui-même à travers des instructions précises aux responsables de magasin avaient eu pour effet une dégradation des conditions de travail de Mmes X... et Y..., portant atteinte à leur dignité, ayant gravement altéré leur santé morale et physique et compromis leur avenir professionnel, ce qui caractérisait des faits de harcèlement moral »⁸⁴⁰.

⁸³⁸ B. PÉLISSIER, « L'obligation de sécurité de résultat...dans tous ses états », *RDT*, 2013, p. 328.

⁸³⁹ S. FANTONI, P.-Y. VERKINDT, article précité.

⁸⁴⁰ Cass. soc., 23 mars 2011, n° 08-45.140, inédit, .

Ces deux affaires se placent sur le terrain répressif du harcèlement moral. La dégradation de la santé est due à des agissements associés à un usage abusif des TIC. La lutte contre la surcharge informationnelle, cause de dégradation des conditions de travail, mobilise un volet préventif permettant d'identifier un risque en amont de la dégradation des conditions de travail.

b – La surcharge de travail induite par les TIC

286. Les facteurs de surcharge de travail sont multiples. Sans occulter l'existence d'agents sociaux et organisationnels, l'analyse se concentrera sur les causes technologiques de la surcharge. La surcharge informationnelle est-elle une notion saisie par le droit ? Bien qu'elle n'apparaisse pas *stricto sensu* dans les facteurs de risques professionnels, au titre de la prévention primaire, elle peut néanmoins être prise en compte en tant que facteur de la surcharge de travail et de stress.

287. La surcharge de travail induite par les TIC a une influence sur l'intensité des rythmes de travail. Dans la littérature juridique, la notion de rythme concerne tant les aspects d'aménagement du temps de travail que la santé au travail. L'article L.4121-3-1 du Code du travail prévoit pour chaque travailleur exposé aux facteurs de risques professionnels liés notamment « à certains rythmes de travail susceptibles de laisser des traces durables identifiables et irréversibles sur sa santé » l'obligation pour l'employeur de consigner dans une fiche les conditions de pénibilité auxquelles le salarié est exposé et les mesures de prévention mises en œuvre. Les rythmes de travail auxquels il est fait référence sont ceux mentionnés à l'article D. 4161-1 du Code du travail à savoir le travail de nuit, le travail en équipe successives alternantes et le travail répétitif caractérisé par la réalisation de travaux impliquant l'exécution de mouvements répétés, sollicitant tout ou partie du membre supérieur, à une fréquence élevée et sous cadence contrainte. Il n'est pas fait référence à l'intensification du rythme de travail aux TIC.

288. S'interroger sur la surcharge de travail induite par les TIC, qu'elle provienne de la surcharge informationnelle ou de l'accélération des rythmes de travail, impose au préalable une

réflexion sur la charge de travail⁸⁴¹. La notion de charge de travail⁸⁴² est-elle saisie par le droit ? Le droit saisit le temps de travail par le prisme de la durée du travail mesurée de manière quantitative, en nombre d'heure. Cette limite quantitative est assortie d'une définition du temps de travail effectif permettant d'identifier ce qui entre dans le décompte du temps de travail. L'article L.3121-1 du Code du travail définit le temps de travail effectif comme « le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives, sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles ». Seule la dimension quantitative entre dans cette conception du temps de travail qui « apparaît alors comme un intervalle continu avec deux extrémités identifiables, tel un segment de droite sur un plan »⁸⁴³.

La charge de travail quant à elle, revêt une double dimension. Elle s'articule autour de la mesure du travail entendue au sens quantitatif et au sens qualitatif⁸⁴⁴. Initialement la charge de travail sert à mesurer « la quantité d'actes à accomplir par unité de temps travaillé »⁸⁴⁵. Il s'agit alors de mesurer la charge cardiaque, respiratoire ou calorique en lien avec les efforts fournis pour l'exécution d'une tâche. L'accent est alors mis sur le corps au travail. L'aspect qualitatif s'intéresse à la charge mentale du travail. Ce sont les efforts de concentration, de compréhension, d'adaptation liés à l'exécution de tâches complexes. Prise dans son ensemble, la charge de travail vise à « objectiver le “poids” du travail sur le corps et sur l'esprit travailleur »⁸⁴⁶.

289. La charge de travail est peu présente dans les textes. La notion est mentionnée pour certains salariés, les cadres⁸⁴⁷, les salariés en situation de télétravail⁸⁴⁸ pour lesquels les textes prévoient une évaluation de la charge de travail. Elle est également évoquée à l'article R.4542-4 du Code travail qui dispose « L'employeur organise l'activité du travailleur de telle sorte que son temps quotidien de travail sur écran soit périodiquement interrompu par des pauses ou par des changements d'activité réduisant la charge de travail sur écran. » En l'absence de définition, la

⁸⁴¹ En ce sens : V. PONTIF, « Les rythmes de travail », *RDT*, 2012, p. 208.

⁸⁴² Pour une analyse exhaustive de la notion de charge de travail, v., L. de MONTVALON, *La charge de travail, Pour une approche renouvelée du droit de la santé au travail*, L.G.D.J, 2021, 492p.

⁸⁴³ S. FANTONI-QUINTON, article précité.

⁸⁴⁴ En ce sens : *ibid.*

⁸⁴⁵ *Ibid.*

⁸⁴⁶ *Ibid.*

⁸⁴⁷ Article L.3121-46 du Code du travail.

⁸⁴⁸ Article L.1222-9 du Code du travail.

notion reste abstraite. L'article 2 de la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe dispose : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à des conditions de travail équitables, les Parties s'engagent à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire [...] ».

290. Le passage de la charge à la surcharge nécessite une comparaison entre une situation donnée et une norme. La surcharge est donc l'augmentation de la charge de travail au-delà de ce qui est considéré comme la norme. À l'occasion du contentieux foisonnant des conventions de forfait en jours⁸⁴⁹, la Cour de cassation utilise le terme « raisonnable » pour qualifier la charge de travail. Ainsi, dans un arrêt du 26 septembre 2012 la Chambre sociale vérifie les modalités d'évaluation du caractère raisonnable de la charge de travail qui doit garantir le droit à la santé du salarié. En l'espèce, les dispositions de l'accord d'entreprise qui ne prévoyaient « qu'un examen trimestriel par la direction des informations communiquées sur ces points par la hiérarchie, ne sont de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé »⁸⁵⁰. Le contrôle des durées maximales de travail et du respect du temps de repos journalier et hebdomadaire sont les éléments de mesure du caractère raisonnable de la charge de travail. Seul l'aspect quantitatif de la charge de travail est ici privilégié.

291. Alors que surcharge et stress apparaissent comme les dénominateurs communs d'un environnement numérique ; il convient de s'interroger pour savoir si la prévention offre une protection suffisante face à ce nouveau contexte de travail.

B – La prévention des conditions numériques de travail en question

292. L'article L.4162-1 du Code du travail prévoit l'obligation d'engager « une négociation d'un accord en faveur de la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels mentionnés à l'article L.4161-1 ». Or, les risques visés par cet article ne concernent pas les TIC. Pour autant, les TIC ne sont pas exclues des sources négociées. Le droit à la déconnexion est une tentative de répondre à la problématique de la surcharge informationnelle et les accords collectifs visant à prévenir les situations de stress peuvent intégrer l'emprise technologique (1).

⁸⁴⁹ *Supra* n° 269-270.

⁸⁵⁰ Cass. soc., 26 septembre 2012, arrêt précité.

293. Si l'obligation de prévention de la santé est une obligation qui pèse sur l'employeur ; elle pèse également sur le salarié. Elle se matérialise par un droit d'alerte et de retrait. Dès lors, le stress lorsqu'il présente une situation de danger grave et imminent peut-il justifier le droit de retrait d'un salarié (2) ?

1 – La prévention négociée

294. La prévention des effets sur la santé du fait des TIC est susceptible de faire l'objet d'un accord soit dans le cadre de la négociation annexe sur l'égalité entre les femmes et les hommes et qualité de vie au travail (a) soit dans le cadre de l'accord national interprofessionnel sur le stress au travail du 2 juillet 2008 (b). Pour autant ces dispositions sont-elles à la mesure des enjeux ?

a – La régulation des usages, une réponse à la surcharge informationnelle ?

295. La régulation des usages suppose en amont l'existence de conditions favorables à son succès. Or sur ce point, les TIC comportent des caractères intrinsèques qui vont à l'encontre d'un usage raisonné. Ainsi, le caractère asynchrone du message électronique qui permet de différer la réponse s'avère être un piège autant qu'un leurre. Le flot incessant de messages oblige les salariés à un traitement en continu pour éviter le débordement. Dès lors, nombre de salariés se trouvent contraints de consulter leur messagerie en dehors de leur temps de travail. De plus, des logiciels permettent de connaître la « joignabilité » d'un destinataire ; ce qui rend presque impossible toute gestion différée. Le droit à la déconnexion peut-il être une réponse satisfaisante au phénomène de surcharge informationnelle ?

296. Le droit à la déconnexion a été initialement esquissé par la Cour de cassation dans un arrêt du 17 février 2004⁸⁵¹. La déconnexion a ensuite été mentionnée à l'article 17 de l'accord national interprofessionnel du 19 juin 2013 vers une politique d'amélioration de la Qualité de Vie au Travail et de l'égalité professionnelle⁸⁵². Intitulé « Promouvoir une gestion intelligente

⁸⁵¹ « Le fait de n'avoir pu être joint en dehors des horaires de travail sur son téléphone portable personnel est dépourvu de caractère fautif et ne permet donc pas de justifier un licenciement disciplinaire pour faute grave », Cass. soc., 17 février 2004, arrêt précité.

⁸⁵² ANI étendu par arrêté du 15 avril 2014, JORF n° 95 du 23 avril 2014, texte n° 75.

des technologies de l'information et de la communication au service de la compétitivité des entreprises, respectueuse de la vie privée des salariés », l'article 17 incite l'entreprise à mettre en œuvre des moyens permettant de concilier vie privée et vie professionnelle mentionnant parmi les moyens envisageables la déconnexion à titre d'exemple. Pour autant, à l'analyse il ressort que peu d'entreprises ont pris de telles mesures⁸⁵³. Dans ce contexte, le législateur a institué un droit à la déconnexion privilégiant comme une évidence la voie de la négociation⁸⁵⁴.

297. Le droit à la déconnexion peut-il prévenir les situations de surcharge informationnelle ? Autrement dit, la négociation en entreprise portant sur les modalités de ce droit peut-elle intégrer des règles de bonne conduite visant à éviter le débordement induit par la surcharge informationnelle ? Outre les modalités de plein exercice par le salarié du droit à la déconnexion, la négociation porte sur « la mise en place de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques ». Il est donc envisageable de négocier des mesures de prévention de la surcharge informationnelle dans ce cadre.

Dans le cadre d'une enquête réalisée auprès de dix-neuf directeurs des ressources humaines du secteur privé et public aquitain, il ressort que, de leur point de vue les mesures de régulation doivent restées incitatives. Ils mettent l'accent sur « le rôle et la responsabilité du cadre »⁸⁵⁵ auquel il incomberait de « savoir mettre des limites à ses pratiques, de s'auto-organiser et de gérer ses priorités »⁸⁵⁶. Cette vision doit être mise en perspective d'une autre enquête réalisée auprès de cadres qui démontrent la lucidité de certains d'entre eux quant au stress induit par les conditions de travail numériques⁸⁵⁷.

⁸⁵³ « Pourtant 72 % des cadres travaillent dans des entreprises qui n'ont pris aucune mesure de régulation de communication via les outils numériques et plus d'un tiers ont le sentiment de ne bénéficier d'aucun droit à la déconnexion. », AN, Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, Étude d'impact, 24 Mars 2016, p. 235.

⁸⁵⁴ « Conformément à la philosophie de ce projet de loi, "le droit à la déconnexion", qui est pour la première fois consacré dans le Code du travail, sera mis en œuvre en priorité à travers la négociation collective. » ; « Les modalités d'exercice de ce droit seront évidemment variables selon les entreprises, leurs organisations, leurs enjeux leur mode de fonctionnement et celui de leur management. Chaque entreprise devra donc construire son propre système de gouvernance en fonction de sa culture, de ses métiers, et de ses salariés. », *ibid.*, pp. 236-237.

⁸⁵⁵ F. BOUDOKHANE-LIMA, « La régulation de l'hyperconnexion des cadres : point de vue des DRH », in C. FELIO, L. LEROUGE (dir.), *op. cit.*, p. 148.

⁸⁵⁶ *Ibid.*

⁸⁵⁷ « Les méfaits qu'ils dénoncent concernent en priorité la pression temporelle ou le travail dans l'urgence avec ces outils (72 %), mais aussi le débordement (55%) et le contrôle accru de leurs activités (55 %) avec les TIC et enfin la déconcentration occasionnée par les sollicitations mails et téléphoniques (54 %) », N. SOUBIALE, « Idéologie de métier, TIC au travail et risques professionnels : les cadres entre contrainte et autonomie ? », in C. FELIO, L. LEROUGE (dir.), *op. cit.*, p. 129.

En 2017, dans le cadre du sondage IFOP *Les cadres et l'hyper connexion, vague 2*, trois catégories d'entreprises ont été identifiées : celles n'ayant engagé aucune démarche sur cette question, celles ayant engagé une démarche sans que des mesures concrètes aient été mise en œuvre et, enfin celles ayant mis en place de mesures concrètes. Il ressort de l'enquête que 52% des salariés interrogés répond que leur entreprise n'est pas engagée dans cette démarche, 27% indique que la démarche engagée n'a pas encore été suivie de mesures concrètes. Les mesures concrètes visant à mettre en œuvre le droit à la déconnexion ne concerne donc que 21% des salariés interrogés⁸⁵⁸.

Au vu de ces constats, il n'est pas certain que le niveau de la négociation soit une garantie d'effectivité. En matière de prévention du stress, les principes sont également laissés à la négociation collective.

b – Les sources conventionnelles de la prévention du stress

298. Le 8 octobre 2004, les partenaires sociaux européens ont signé un accord-cadre sur le stress au travail⁸⁵⁹. L'objet de l'accord est « d'augmenter la prise de conscience et la compréhension du stress au travail, par les employeurs, les travailleurs et leurs représentants, d'attirer leur attention sur les signes susceptibles d'indiquer des problèmes de stress au travail » afin « de fournir aux employeurs et aux travailleurs un cadre qui permet de détecter et de prévenir ou de gérer les problèmes de stress au travail » sans pour autant « culpabiliser l'individu par rapport au stress ». Parmi les facteurs pouvant conduire au stress sont cités l'organisation et les processus de travail (notamment l'aménagement du temps de travail, le degré d'autonomie, l'adéquation du travail aux capacités des travailleurs, la charge de travail), les conditions et l'environnement de travail, la communication (telles que l'incertitude quant à ce qui est attendu au travail, les perspectives d'emploi, le changement à venir) et les facteurs subjectifs liés aux pressions émotionnelles et sociales, à l'impression de ne pouvoir faire face à la situation, à la perception d'un manque de soutien.

Transposant fidèlement l'accord européen, l'ANI du 2 juillet 2008 relatif au stress au travail⁸⁶⁰ reprend les facteurs susceptibles d'être à l'origine du stress, l'organisation et les

⁸⁵⁸ IFOP, *op. cit.*

⁸⁵⁹ Framework agreement on work-related stress, signataires : CES (Confédération Européenne des Syndicats de salariés), UNICE/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).

⁸⁶⁰ ANI étendu par arrêté du 23 avril 2009, JORF n° 105 du 6 mai 2009, texte n° 90.

processus de travail, les conditions et l'environnement de travail, la communication et les facteurs subjectifs. Selon l'accord, les mesures de lutte contre le stress peuvent inclure « des mesures visant à améliorer l'organisation, les processus, les conditions et l'environnement de travail, à assurer un soutien adéquat de la direction aux personnes et aux équipes, à donner à tous les acteurs de l'entreprise des possibilités d'échanger à propos de leur travail, à assurer une bonne adéquation entre responsabilité et contrôle sur le travail, et des mesures de gestion et de communication visant à clarifier les objectifs de l'entreprise et le rôle de chaque travailleur ».

299. Pour suivre la mise en œuvre de l'ANI, la direction générale du travail a réalisé un travail d'analyse des accords signés dans les entreprises de plus de 1000 salariés. Les accords définissent des méthodes d'identification et d'évaluation des risques psycho-sociaux en vue d'aboutir à un diagnostic permettant d'élaborer des axes de prévention.

Dans l'évaluation des facteurs de risque, l'analyse a permis de mettre en évidence que l'accent est principalement mis sur l'évaluation quantitative au détriment de l'évaluation qualitative. « La plupart des accords dresse une liste de facteurs de RPS indépendamment de l'activité de l'entreprise »⁸⁶¹ et aucun accord n'identifie les TIC comme risque. Les salariés sont rarement impliqués dans cette phase d'évaluation. Alors que l'ANI identifie également parmi les actions de lutte contre le stress des mesures visant « à donner à tous les acteurs de l'entreprise des possibilités d'échanger à propos de leur travail », et que « plusieurs accords ont d'ailleurs repris la formule et réaffirment ce principe », il apparaît que « quasiment aucun de ceux analysés ne formalise de façon précise un temps et une place dédiée à l'expression collective des salariés »⁸⁶². Le rapport souligne pourtant l'importance d'intégrer la parole des salariés dans le processus pour que chacun puisse « exprimer son rapport au travail »⁸⁶³. « Ce faisant on touche au partage du sens du travail, à la place du collectif, à l'organisation du travail et à la ligne managériale »⁸⁶⁴. Or, le rapport déplore que « très peu d'accords explorent cette piste sous toutes ces dimensions »⁸⁶⁵.

⁸⁶¹ Direction Générale du Travail, *Analyse des accords signés dans les entreprises de plus de 1000 salariés*, [en ligne], avril. 2011 p. 20, [consulté le 22 avril 2019].

⁸⁶² *Ibid.*, p. 38.

⁸⁶³ *Ibid.*, p. 47.

⁸⁶⁴ *Ibid.*

⁸⁶⁵ *Ibid.*

Le rapport relève également « la primauté de actions de formation et de soutien individuel sur l'organisation du travail »⁸⁶⁶. Les auteurs avancent deux hypothèses : soit les négociateurs n'ont pas voulu anticiper les résultats du diagnostic à venir soit ils n'ont pas identifié les enjeux. Si les négociateurs ont voulu placer cet axe de réflexion sous la seule responsabilité de l'employeur les auteurs notent que dans ce cas, la négociation, sur ce point pourtant déterminant, aura trouvé ses limites »⁸⁶⁷. Cette remarque rejoint l'analyse de Mathieu Detchessahar qui relève principalement deux axes dans les accords. D'un côté, une grande partie des moyens se concentre sur la mesure du problème et d'un autre côté, l'accompagnement individuel est privilégié. « Il s'agit alors de mieux accompagner les individus en difficulté par des dispositifs leur permettant de recomposer leurs ressources physiques et subjectives (cellules d'écoute, groupes de parole, coaching, formation « gestes et postures », massages, etc.) avant de les renvoyer vers une situation de travail qui demeure, elle, inchangée »⁸⁶⁸.

Alors que l'ANI a énoncé de grands principes visant à identifier et lutter contre le stress au travail, sa mise en œuvre dans les accords d'entreprise reste bien en deçà des enjeux de santé.

2 – Le salarié : acteur de sa santé

300. L'article L.4122-1 alinéa 1^{er} du Code du travail issu de la transposition de la directive 89/391/CEE⁸⁶⁹ dispose « conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur, dans les conditions prévues au règlement intérieur pour les entreprises tenues d'en élaborer un, il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail. » Cette disposition impose au salarié de prendre soin de sa santé et de sa sécurité. Lorsque le salarié subit des conditions de travail dégradées du fait des TIC, comment cette obligation peut-elle se concrétiser ? Est-il envisageable que le salarié soumis à un environnement numérique délétère exerce son droit d'alerte ou de retrait ?

301. En application de l'article L.4131-1 du Code du travail, le salarié « alerte immédiatement l'employeur de toute situation dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un

⁸⁶⁶ *Ibid.*

⁸⁶⁷ *Ibid.*

⁸⁶⁸ M. DETCHESSAHAR, « Management et santé », *Revue française de gestion*, 2011, vol. 37, n° 214, p. 66.

⁸⁶⁹ Directive précitée.

danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé » ; « il peut se retirer d'une telle situation ». Le droit d'alerte et de retrait s'exerce au regard d'une situation dont le salarié peut raisonnablement penser qu'elle présente un danger grave et imminent. Le danger n'est donc pas nécessairement avéré⁸⁷⁰ mais il doit présenter un caractère de gravité et d'immédiateté qui justifie un comportement actif. Les risques pour la santé et la sécurité ne sont pas limités « étant entendu que les menaces pour la santé mentale [...] comme les risques pour la santé physique sont concernés »⁸⁷¹.

302. En pratique, il existe deux difficultés à la mise en œuvre de ce droit. Le salarié doit avoir conscience que la situation qu'il vit présente un danger grave et imminent. Or, si cette conscience du danger est présente chez les salariés qui utilisent des machines, elle l'est beaucoup moins face à l'utilisation des TIC notamment du fait de leur caractère ambivalent. Si le salarié utilisateur de machines dangereuses est averti des risques et formé en conséquence ; le salarié utilisateur des TIC trouve un confort dans leur utilisation et n'a pas la même conscience de l'éventuelle dangerosité des outils numériques qu'il utilise.

Cette première difficulté est renforcée par le caractère grave et imminent du danger justifiant le retrait. À partir de quel moment le salarié subissant un stress délétère face aux TIC peut-il conclure qu'il se trouve dans une situation de danger grave et imminent ? Sans doute qu'un salarié qui se suicide s'est trouvé dans cette situation ; mais au moment où il est rendu à cet extrême, il n'a plus la capacité de recul nécessaire pour se retirer d'une situation qui présente un tel caractère de gravité. Dans les autres cas, les salariés auront des difficultés à faire le lien entre le caractère dangereux de la situation et les TIC voire en minimiseront l'influence. Les témoignages de souffrance au travail, qu'ils soient liés à un épisode d'épuisement au travail, de conflit familial ou d'atteinte à la santé physique, montrent que la prise de conscience des salariés de leur propre rapport aux TIC intervient de manière postérieure à une phase de convalescence accompagnée d'une déconnexion forcée. Ainsi Cyndi Félio, dans l'enquête portant sur le cadre hyperconnecté, illustre cette situation à l'aide de témoignages. À la suite d'une affection cardio-vasculaire ayant nécessité une hospitalisation en soins intensifs, Franck

⁸⁷⁰ « [le texte] n'exige pas l'existence objective d'un danger grave et imminent mais seulement l'idée que peut s'en faire le salarié : il suffit que son appréciation soit raisonnable », G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 1138.

⁸⁷¹ *Ibid.*

déclare qu'il « filtre d'avantage ses appels professionnels le soir et le week-end, veille à préserver sa vie de famille et opte pour une déconnexion totale en vacances »⁸⁷².

Conclusion de la Section 2

303. La limitation du temps de travail est une condition nécessaire à la préservation d'un temps de repos propre à garantir la santé. Les lois relatives à la réduction du temps de travail témoignent de cet objectif. Grâce au séquençage du temps alternant entre travail et repos, l'individu accède à la vie privée et aux loisirs.

Cependant, avec les TIC, l'individu peut s'abstraire de la logique de découpage linéaire du temps ; il peut cumuler plusieurs activités dans une superposition des temps de vie. Il se crée alors de nouveaux ajustements au temps. Cet habitus⁸⁷³ prend une dimension spatiale lorsque le travail entre dans la sphère domestique, il acquiert une dimension psychique quand le travail instaure un rythme dont la soutenabilité devient dangereuse pour la santé.

En réponse, les dispositifs juridiques de régulation de l'utilisation des outils numériques laissés à la négociation collective et les accords relatifs au stress au travail apparaissent bien en-deçà des enjeux, laissant au salarié, sous le couvert de l'autonomie, le soin d'adopter de bonnes pratiques garantissant sa santé face aux TIC.

⁸⁷² C. FELIO, « Portrait du cadre hyperconnecté », in V. CARAYOL, N. SOUDIALE, C. FELIO, F. BOUDOKHANE-LIMA (dir.), *op. cit.* p. 100.

⁸⁷³ « Le concept d'habitus est utilisé par Pierre Bourdieu pour rendre compte de l'ajustement qui s'opère le plus souvent "spontanément", c'est-à-dire sans calcul ni intention expresse, entre les contraintes qui s'imposent objectivement aux agents, et leurs espérances ou aspirations subjectives », S. PAUGAM (dir.), *Les 100 mots de la sociologie*, Presses universitaires de France, 2010, p. 69.

Conclusion du Chapitre 2

304. Omniprésente dans l'entreprise, les TIC irriguent le travail et structurent les organisations et les conditions de travail. Leur introduction transforme en profondeur le travail et cette tendance est sans nul doute amener à se poursuivre. La technique en général et les TIC en particulier instaurent un filtre entre le salarié et le travail. Alors que la division du travail machinique avait conduit à une dépossession matérielle de l'objet fabriqué, la dépossession par les TIC est virtuelle. Le travail devenu invisible achève d'éloigner le salarié du travail. Cet éloignement participe à la perte de sens et de reconnaissance du travail et génère de la souffrance au travail.

Dans les organisations, les TIC viennent au soutien de la recherche de performance. Elles concourent à la densification et à l'intensification des conditions de travail. Se livrant à une critique de la technoscience, Simone Veil souligne que « tout est tourné vers l'utile, sans qu'on songe à le définir »⁸⁷⁴. L'absence de « réflexion sur les fins »⁸⁷⁵ conduit à des applications techniques « servant à la domination des hommes plutôt que de la matière »⁸⁷⁶.

305. Les progrès technologiques renouvellent l'engagement du corps dans le travail. À l'ère du numérique, un nouvel horizon se dessine avec les objets connectés et la promesse de l'homme augmenté ; le corps-machine a disparu pour laisser place à l'exosquelette. Les projets transhumanistes, portés par l'idée que l'homme augmenté est la seule voie pour faire face au progrès de l'intelligence artificielle, montrent la volonté d'appliquer la domination de la nature grâce à la technique à tout le vivant, y compris à l'homme.

306. À cette volonté de dominer la nature, s'ajoute le pouvoir de maîtriser le temps conféré par les TIC. La fascination qui s'exerce est peu aisée à déconstruire et la puissance d'attraction entrave la critique. La rapidité de développement des innovations technologiques prive l'individu du temps nécessaire à la compréhension des enjeux. En réponse, il convient de réinterroger toute la symbolique du mythe prométhéen de la technique au service de l'homme

⁸⁷⁴ C. RENOARD, *op. cit.*, p. 49.

⁸⁷⁵ *Ibid.*

⁸⁷⁶ *Ibid.*

pour dominer la nature. Pour ce faire, il faut envisager les TIC sous l'angle du *pharmakon* porteur de bienfaits autant que de méfaits. Ambivalente par définition, à la fois remède et poison il convient d'admettre que l'introduction d'une technologie n'en détermine pas les usages, que des effets délétères peuvent apparaître loin de la finalité initiale et se répercuter sur l'ensemble de l'organisation. À ce caractère ambivalent, source d'autonomie autant que source de contrainte, s'ajoute la quête de rationalité qui guide les choix technologiques. L'ensemble de ces facteurs ne favorise pas la mise en œuvre de mesures de prévention à la hauteur des enjeux d'autant qu'identifier le lien entre santé et TIC n'est pas d'évidence.

Face à de tels enjeux, la question du sens est déterminante. Faut-il continuer à penser que la technique est la réponse ? La rationalisation est-elle l'unique perspective ? Si la bifurcation cartésienne a eu lieu au 17^e siècle, une autre bifurcation est-elle envisageable ? Éminemment politiques, ces questions relèvent d'un choix de société.

Conclusion du Titre 1

307. La métaphore du « liquide » est très présente pour décrire les TIC⁸⁷⁷. Selon le schéma narratif retenu, elles inondent et submergent le monde ; elles irriguent et fertilisent ou assèchent les relations sociales. Le flux d'informations qui s'écoulent sans relâche pénétrant tous les espaces emprunte également au champ lexical de l'eau. La submersion ou la dissolution des frontières renvoie à l'image d'un monde constitué d'individus fluides naviguant au milieu d'un océan de données. À cet imaginaire technophobe s'oppose un imaginaire technophile où cette même métaphore est mobilisée pour nourrir un discours émancipateur dans lequel les données coulent à flot et constituent une source intarissable de savoir et de connaissances. Adopter le point de vue *pharmakon* permet de dépasser cette opposition en admettant que les TIC sont à la fois remède et poison. Il est alors possible de focaliser l'attention sur les aspects néfastes pour construire un cadre juridique protecteur pour l'individu.

308. Les TIC remodelent le travail salarié initialement construit sur un cadre spatio-temporel, d'unité de temps et de lieu. Or, c'est à partir de ce cadre qu'a pu advenir la vie privée de l'individu pris tant comme espace physique, ayant valeur de refuge qu'espace psychique. L'abolition des frontières sur le plan spatial par l'intrication de la vie privée, et de la vie professionnel permet une déspecialisation des espaces, tandis qu'au plan temporel, elle est à l'origine d'une déspecialisation des temps de vie. Alors que l'érection des frontières a permis à l'individu d'advenir, cette intrication des espaces et des temps interroge sur la notion de vie privée en tant que produit de l'histoire notamment dans sa dimension spatiale. Dans ce nouveau paradigme, le salarié est un individu à la fois subordonné, autonome et responsable. La fonction de la frontière qui est de servir à isoler le travail, dans un espace déterminé fixant par un curseur le temps qui lui est attribué, n'est plus remplie. Si le recours massif au télétravail initié par la crise sanitaire issue de la pandémie virale du covid-19 s'inscrit dans la durée, il faudra s'interroger sur la désocialisation produite par le télétravail et ses effets sur l'individu. Le télétravail, en ce qu'il est facteur d'isolement de l'individu par l'éloignement du groupe⁸⁷⁸, ne doit pas être réduit à une simple modalité d'organisation du travail.

⁸⁷⁷ M. BERNARDOT, « Plongée dans les métaphores et représentations liquides de la société numérique », *Netcom*, [en ligne], 2018, vol. 32, n° 1-2, pp. 29-60 [consulté le 22 décembre 2020].

⁸⁷⁸ Federico Tarragoni souligne que « l'individu se construit à partir de ses liens sociaux » qui sont des supports relationnels lui permettant d'accéder à la reconnaissance d'un groupe (famille, pairs, travail). Par la reconnaissance

309. Outre le dépassement des limites spatio-temporelles, s'ajoute le dépassement des limites du corps. Les TIC produisent un éloignement du corps dans le travail. Par cette distanciation, l'individu n'éprouve pas physiquement le travail ; la conscience des limites physiques du corps est alors plus difficile. L'ampleur de l'emprise des TIC sur le travail justifie de repenser les équilibres construits sur les fondations de la révolution industrielle afin de placer l'individu au centre de la protection.

310. Ces mutations s'inscrivent dans un contexte toujours renouvelé de conquêtes économiques, opèrent de profondes transformations sur l'organisation et les conditions de travail renouvelant les enjeux de santé au travail.

Alors que les choix en matière d'organisation du travail restent principalement guidés par la quête de performance, la technologie vient au soutien de cet objectif. La recherche de gains de productivité se traduit par une pression sur le travail ; la tension qui se noue alors s'exprime en termes économiques et humains. Renforcer la prise en compte de la question technologique dans les facteurs de risques au stade de la prévention primaire permettrait dès lors d'interroger la pertinence de ces choix organisationnels. Ce renforcement se traduirait par une responsabilité accrue de l'employeur au regard de l'obligation de sécurité et de santé. Les juges disposeraient ainsi d'éléments supplémentaires leur permettant d'apprécier les moyens mis en œuvre par l'employeur pour éviter la dégradation de la santé.

Les conditions de travail subissent également une pression induite par les TIC. Le traitement juridique de l'impact numérique sur les conditions de travail se situe principalement au niveau de la négociation collective. Si les textes affichent une ambition certaine de prise en compte globale, la traduction des principes de prévention dans les accords collectifs s'avère très en-deçà des enjeux de santé.

311. Dans ce monde très largement connecté, la mise en données de l'individu fait surgir de nouveaux défis. Conscient des enjeux le législateur européen a prévu un cadre juridique relatif à la protection des données à caractère personnel dont il convient de discuter l'effectivité pour le salarié.

symbolique procurée par ces liens, l'individu dispose de « l'estime de soi nécessaire pour se construire en tant qu'être autonome », F. TARRAGONI, *op. cit.*, pp. 99-101.

Titre 2

Les données à caractère personnel du salarié: une protection en devenir

312. La société de l'information marque le passage de l'économie matérielle à l'économie immatérielle. À l'ère industrielle marquée par le façonnage de la matière « concrète, épaisse résistante »⁸⁷⁹ succède une matière virtuelle, impalpable : la donnée. La production de données, leur collecte, leur traitement constituent les moteurs de cette nouvelle économie. Dans son rapport pour le bureau du Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du Conseil de l'Europe, Antoinette Rouvroy souligne la valeur économique générée par les données à caractère personnel⁸⁸⁰.

Face à cette manne, la chercheuse identifie deux approches, la première portée par « les partisans d'un "marché" des données personnelles, qui tendraient donc à considérer les données personnelles comme des "biens" commercialisables »⁸⁸¹ ; la seconde consistant « à aborder les données personnelles plutôt en fonction du pouvoir qu'elles confèrent à ceux qui les contrôlent, et à tenter de prévenir de trop grandes disparités informationnelles et de pouvoir entre les responsables de traitement et les individus »⁸⁸².

Rappelant, ou affirmant, l'autonomie décisionnelle des individus conférant un droit de contrôle sur les données faisant l'objet de la collecte, cette seconde approche est privilégiée au plan européen comme au plan national : la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, dite Convention 108 du Conseil de

⁸⁷⁹ « Jusque dans les années 1960-1970, pour l'essentiel [l'activité économique] présentait encore des allures de corps à corps avec la matière concrète, épaisse et résistante : on travaillait les métaux, les matières (cuir, plastique), la terre dans un rapport presque charnel. On les éprouvait, ils résistaient, ils faisaient souffrir. », J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 472.

⁸⁸⁰ « Selon certaines estimations répercutées par la Commission européenne, l'accroissement de revenus générés annuellement par les données à caractère personnel des citoyens européens pourrait atteindre, en 2020, une valeur d'un trillion d'euros. Cette utilité, ou cette valeur des données n'est bien évidemment ni perceptible ni accessible aux individus qui n'interviennent qu'en tant qu'agrégats temporaires de données "infra-individuelles" exploitables en masse, à l'échelle industrielle. », A. ROUVROY, *Des données et des hommes, Droits et libertés fondamentales dans un monde de données massives*, Conseil de l'Europe, Rapport pour le bureau du Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108), 2016, p. 6.

⁸⁸¹ *Ibid.*

⁸⁸² *Ibid.*

l'Europe l'inscrit dans son Préambule⁸⁸³ ; le RGPD l'énonce dans son considérant (7)⁸⁸⁴ ; la loi *Informatique et libertés* l'affirme dans son article 1^{er}⁸⁸⁵. Au plan de l'Union européenne, le considérant 1^{er} du RGPD énonce que « la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel est un droit fondamental. L'article 8, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 16, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne disposent que toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant ». Érigé en droit fondamental, le droit à la protection des données s'applique à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Le salarié, personne physique, est donc bénéficiaire de plein droit de ces dispositions (Chapitre 1).

313. Au sein de l'entreprise, la collecte des données à caractère personnel dans le cadre de la gestion du personnel s'est développée et les outils d'analyse intégrés aux traitements des données visant à réduire l'aléa humain sont présentés comme un support incontournable de la gestion préventive. La dynamique de rationalisation initiée à l'ère industrielle trouve ainsi de nouveaux supports répondant à un objectif de sécurisation des choix des décideurs. Cette logique qui réduit l'individu à un agrégat de données porte cependant « le risque de faire du travail déshumanisé, non pas un vecteur de santé mais un facteur pathogène de risques psychosociaux »⁸⁸⁶, risque d'autant plus important que l'individu contemporain est autonome,

⁸⁸³ « Considérant qu'il est nécessaire de garantir la dignité humaine ainsi que la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales de toute personne, et, eu égard à la diversification, à l'intensification et à la mondialisation des traitements des données et des flux de données à caractère personnel, l'autonomie personnelle, fondée sur le droit de la personne de contrôler ses propres données à caractère personnel et le traitement qui en fait », Conseil de l'Europe, Protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, CM(2018)2-final, 18 mai 2018.

⁸⁸⁴ « Les personnes physiques devraient avoir le contrôle des données à caractère personnel les concernant. », Règlement (UE) 2016/679 précité.

⁸⁸⁵ Article 1, al. 2, « Toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant, dans les conditions fixées par la présente loi ». Cet alinéa a été ajouté par la Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF n° 235 du 8 octobre 2016, texte n° 1 ; cette version a été modifiée par l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel, JORF n° 288 du 13 décembre 2018. Dans cette dernière version, l'article 1, alinéa 2 dispose « Les droits des personnes de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel les concernant et les obligations incombant aux personnes qui traitent ces données s'exercent dans le cadre du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, de la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 et de la présente loi ».

⁸⁸⁶ P. ADAM, M. LE FRIANT, Y. TARASEWICZ, *op. cit.*, p. 10.

libre de ses choix, « “flexible” chargé de diversifier ses engagements professionnels pour nourrir son “projet personnel” »⁸⁸⁷.

314. Face à ces enjeux, le Conseil de l’Europe « conscient de l’utilisation croissante des nouvelles technologies et des instruments de communication électronique dans les relations entre employeurs et employés ainsi que des avantages qui en découlent »⁸⁸⁸ estime « toutefois que l’utilisation des méthodes de traitement de données par les employeurs devrait être gouvernée par des principes destinés à réduire les risques que de telles méthodes pourraient éventuellement présenter pour les droits et libertés fondamentales des employés et notamment leur droit à la vie privée »⁸⁸⁹.

Pour ce faire, il énonce que « le respect de la dignité humaine de la vie privée et de la protection des données à caractère personnel devrait être garanti lors du traitement des données à des fins d’emploi, notamment pour permettre aux employés le développement libre de leur personnalité et afin de préserver la possibilité de relations sociales et individuelles sur leur lieu de travail »⁸⁹⁰.

Pour autant, le salarié est placé dans une situation juridique de subordination peu compatible avec une parfaite maîtrise des données à caractère personnel le concernant. Dans cette ambivalence, entre le fait d’être titulaire d’une prérogative et la fictivité de son exercice, réside l’interrogation portant sur le caractère illusoire de la protection pour le salarié.

Dans ce contexte, il faut s’interroger sur l’adéquation du droit à la protection des données à caractère personnel au regard des spécificités de la relation de travail (Chapitre 2).

⁸⁸⁷ F. TARRAGONI, *op. cit.*, p. 93.

⁸⁸⁸ Conseil de l’Europe, Recommandation CM/Rec(2015)5, précitée.

⁸⁸⁹ *Ibid.*

⁸⁹⁰ *Ibid.*

Chapitre 1

L'ampleur de la collecte des données du salarié : un enjeu de protection spécifique

315. En matière de collecte, le considérant (6) du RGPD en énonçant les enjeux note que « l'ampleur de la collecte et du partage de données à caractère personnel a augmenté de manière importante » ; il constate que « les technologies [permettent] tant aux entreprises privées qu'aux autorités publiques d'utiliser les données à caractère personnel comme jamais auparavant dans le cadre de leurs activités » ; il ajoute que « de plus en plus les personnes physiques rendent des informations les concernant accessibles publiquement et à un niveau mondial ». Les données à caractère personnel sont donc produites tant volontairement qu'involontairement. Téléphoner, utiliser les transports, payer, cliquer sur un lien sont autant d'activités anodines pratiquées par chacun. Or, chacune de ces actions laisse une empreinte numérique qui échappe souvent à la connaissance de l'usager. Cette trace numérique laissée a ceci de particulier qu'elle peut exister sans que son auteur en ait conscience. Elle est produite automatiquement et constitue « une signature invisible à un comportement informationnel »⁸⁹¹. La collecte de ces données représente alors une source précieuse d'informations renforcée par l'essor de l'activité numérique de chaque individu.

316. Les enjeux en matière de collecte sont également soulignés par le Conseil d'État : « le droit à la protection des données personnelles et le droit à l'internet sont nés en réponse aux questions posées par l'essor du numérique »⁸⁹². Pour le Conseil d'État si ces droits sont « souvent présentés comme se rattachant respectivement au droit au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, leurs enjeux sont en réalité plus larges ; ils peuvent donc être considérés comme des droits fondamentaux autonomes »⁸⁹³. Droit fondamental nouveau, le droit à la protection des données bénéficie à toute personne physique faisant l'objet d'un traitement de données à caractère personnel. Ainsi le salarié figure donc parmi les bénéficiaires chaque fois que l'entreprise collecte des données le concernant (Section 1).

⁸⁹¹ L. MERZEAU, « Du signe à la trace : l'information sur mesure », *Hermès, La revue*, 2009, vol. 53, n° 1, p. 24.

⁸⁹² Conseil d'État, rapport précité, p. 70.

⁸⁹³ *Ibid.*

317. Toutefois, en l'absence de réglementation spécifique relative au traitement des données dans le cadre d'une relation de travail, la massification de la collecte des données relatives à la gestion du personnel, associée à l'utilisation de dispositifs plus ou moins intrusifs en entreprise, amènent à s'interroger sur la possibilité pour le salarié d'exercer son pouvoir d'auto-détermination sur les données le concernant (Section 2).

Section 1 – La protection des données à caractère personnel du salarié: un droit reconnu

318. Si comme le souligne le Conseil d'État « l'automobile, la télévision ou les antibiotiques ont ouvert à leur apparition de nouvelles perspectives à la liberté d'aller et venir, à la liberté de communication et au droit à la santé »⁸⁹⁴, les TIC se situent sur un autre plan. Elles ne se résument pas à une simple innovation ; elles forment un système « qui entraîne de profondes transformations économiques et sociales dans l'ensemble des activités humaines »⁸⁹⁵. Leur adoption exceptionnelle par les individus s'est accompagnée de l'avènement d'un nouveau modèle économique fondé sur la valeur marchande des données à caractère personnel. Cette situation a fait naître des risques inédits sur les droits des personnes et a conduit à la consécration d'un nouveau droit fondamental : le droit à la protection des données à caractère personnel (§1).

319. Bien que les enjeux aient radicalement évolué⁸⁹⁶, dès 1978, le droit à la protection des données s'est construit en réaction aux craintes suscitées par les révélations sur le projet de création d'un fichier dénommé SAFARI par le ministère de l'intérieur. Par la suite, l'essor des TIC va dicter l'évolution du corpus législatif applicable à la protection des données à caractère personnel. La notion de « donnée à caractère personnel » apparaît avec la loi du 6 août 2004⁸⁹⁷ transposant la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995,

⁸⁹⁴ Conseil d'État, rapport précité, p. 41.

⁸⁹⁵ *Ibid.*

⁸⁹⁶ Le Conseil d'État souligne que « dans sa courte histoire, le droit à la protection des données personnelles aura connu un bouleversement complet des enjeux qui y sont associés », *ibid.*, p. 71.

⁸⁹⁷ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF n° 182 du 7 août 2004, texte n° 2.

relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données⁸⁹⁸. Initialement la loi du 6 janvier 1978 mentionnait les « informations nominatives » définies comme « les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent ». L'abandon du caractère nominatif pour faire référence au caractère personnel d'une donnée a permis d'étendre significativement son domaine d'application. Cette extension a eu pour effet de faire se chevaucher les données à caractère personnel et les données relatives à la vie privée. De la qualification juridique de la donnée résulte alors le régime juridique de protection applicable à chaque donnée collectée (§2).

§1 - Le droit à la protection des données : une reconnaissance à degré variable

320. Les premiers textes supranationaux relatifs à la protection des données apparaissent aux débuts des années 1980. Dès le début, deux logiques se font face. L'une vise à garantir la protection de la personne faisant l'objet de la collecte de données tandis que l'autre soutient la libre circulation des données.

Le 28 janvier 1981, le Conseil de l'Europe adopte la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel dite Convention 108. Ce texte vise à « équilibrer les droits des individus face aux nouvelles possibilités données aux gestionnaires de fichiers par l'informatique »⁸⁹⁹.

Dans le même temps, l'OCDE adopte le 23 septembre 1980 une recommandation portant sur les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontaliers de données. Pour l'OCDE, il s'agit surtout d'éviter toute entrave à la libre circulation des données⁹⁰⁰. Dès le début, ces textes font ressortir les tensions qui traversent le droit à la protection des données à caractère personnel entre libre circulation des données et droits des personnes.

⁸⁹⁸ Directive précitée.

⁸⁹⁹ F. MATTATIA, *RGPD et droit des données personnelles*, Eyrolles, 3^e éd., 2018, p. 13.

⁹⁰⁰ « Le Conseil reconnaissant que bien que les législations et politiques nationales puissent différer, il est de l'intérêt commun des pays Membres de protéger la vie privée et les libertés individuelles et de concilier des valeurs à la fois fondamentales et antagonistes, telles que le respect de la vie privée et la libre circulation de l'information ; [...] que les droits internes concernant la protection de la vie privée et les flux transfrontaliers de données de caractère personnel sont susceptibles d'entraver ces flux transfrontaliers », OCDE, Recommandation du Conseil concernant sur les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontaliers de données à caractère personnel, C(80)58(final), 23 septembre 1980.

Le cadre juridique mis en œuvre au sein de l'Union européenne témoigne de la volonté de dépasser cet antagonisme en articulant l'objectif de protection avec celui de libre circulation⁹⁰¹.

321. Au-delà de sa recherche de compromis, l'Union européenne opte pour un haut niveau de protection. En adoptant la Charte des droits fondamentaux en 2000, l'Union européenne consacre un droit fondamental à la protection des données à caractère personnel.

Pour sa part, le Conseil de l'Europe fonde le droit à la protection des données sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Dès lors, en Europe, deux sources textuelles de rang supérieur à la loi garantissent la protection des données à caractère personnel. D'une part, l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclame un droit fondamental autonome (A) et d'autre part, le Conseil de l'Europe reconnaît un droit à la protection des données dérivé fondé sur le droit au respect de la vie privée (B)

A - Un droit autonome à valeur fondamentale au sens de la Charte des droits fondamentaux de l'UE

322. Le Conseil européen de Cologne des 3-4 juin 1999 estimant « qu'à ce stade du développement de l'Union européenne il conviendrait de réunir les droits fondamentaux en vigueur au niveau de l'Union dans une charte de manière à leur donner une plus grande visibilité »⁹⁰² donne mandat à une enceinte chargée d'établir une charte des droits fondamentaux⁹⁰³. Initialement dénommée « l'enceinte », elle décide de changer d'appellation dès sa première réunion le 17 décembre 1999 pour prendre le nom de Convention.

Selon les termes de Monsieur Herzog, élu à la présidence de la Convention, celle-ci a pour objectif d'élaborer « un catalogue de droits fondamentaux »⁹⁰⁴ permettant de « faire régner dans

⁹⁰¹ L'intitulé de la directive n° 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil de 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 des données, traduit parfaitement ce double enjeu.

⁹⁰² Conseil européen, Conclusions de la Présidence, (SN 150/99 CAB), Cologne, 3-4 juin 1999, p. 18.

⁹⁰³ « Le Conseil européen est d'avis que cette charte doit contenir les droits de liberté et d'égalité, ainsi que les droits de procédure tels que garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes des États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire. La charte doit en outre contenir les droits fondamentaux réservés aux citoyens de l'Union. Dans l'élaboration de la charte, il faudra par ailleurs prendre en considération des droits économiques et sociaux tels qu'énoncés dans la Charte sociale européenne et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (article 136 TCE) dans la mesure où ils ne justifient pas uniquement des objectifs pour l'action de l'Union », *ibid.*, p. 43.

⁹⁰⁴ Projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Compte rendu (CHARTÉ 4105/00), Bruxelles, 17 décembre 1999, p. 9.

l'Union européenne un esprit privilégiant l'être humain et défendant sa dignité »⁹⁰⁵. Parmi ces droits figure l'article 8 consacrant le droit à la protection des données à caractère personnel (1). Reconnu droit fondamental ; il n'est pas pour autant absolu. Il trouve notamment sa limite dans la libre circulation des données (2).

1 – La reconnaissance d'un droit autonome

323. La Charte des droits fondamentaux s'organise autour des cinq thèmes centraux identifiés par la Convention : la liberté, l'égalité, les droits économiques et sociaux, la procédure et les droits des citoyens de l'Union. Bonne logique pour une telle déclaration, elle commence par affirmer le principe de dignité. L'énoncé des libertés qui suit contient à l'article 8 « le droit à la protection des données personnelles ».

324. Cet article affirme, d'abord, le principe selon lequel « toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant ». Il précise, ensuite, que « 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 » et pose, enfin, le principe d'une autorité de contrôle indépendante.

Le texte explicatif de la Charte précise les fondements du droit à la protection des données à caractère personnel⁹⁰⁶. Trois sources constituent les fondements européens : d'abord, l'article 286 TCE, ensuite, la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil 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 et, enfin, le règlement (CE) 45/2001 du Parlement européen et du Conseil 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. La 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 est citée comme fondement du Conseil de l'Europe pour le droit à la protection des données à caractère personnel, ainsi que l'article 8 de la Convention européenne de

⁹⁰⁵ *Ibid.*

⁹⁰⁶ Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux (2007/C 303/02), JOUE, C 303, 14 décembre 2007, p. 17.

sauvegarde des droits de l'Homme. Ainsi la consécration du droit à la protection des données repose sur une assise large fondée, d'une part, tant sur le droit primaire que sur le droit dérivé de l'Union et, d'autre part, sur le Conseil de l'Europe tant au titre de la vie privée qu'au titre des données à caractère personnel.

325. Lors de la signature du traité de Lisbonne le 13 décembre 2007, la Charte est intégrée au droit primaire de l'Union. L'article 6§1 du traité UE selon lequel « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [...] laquelle a la même valeur juridique que les traités »⁹⁰⁷ lui donne force contraignante.

La Charte fait preuve d'innovation par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme en distinguant, d'une part, la vie privée et familiale dont le droit au respect est prévu à l'article 7 et, d'autre part, les données à caractère personnel dont le droit à la protection est prévu à l'article 8. Ce faisant, la Charte se singularise en consacrant ainsi l'autonomie du droit à la protection des données à caractère personnel.

326. La mention de l'article 8 de la Conv.EDH relatif à la vie privée comme fondement de l'article 8 de la Charte pouvait faire douter de son autonomie. Cependant cette volonté d'autonomiser l'article 8 transparaît, en revanche, clairement, dans les décisions de la Cour de justice.

Ainsi, dans l'arrêt *Digital Rights Ireland* du 8 avril 2014⁹⁰⁸ la Cour a invalidé la directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications. Bien que la directive ne porte que sur les données de connexion, la Cour a estimé que « ces données, prises dans leur ensemble, sont susceptibles de permettre de tirer des conclusions très précises concernant la vie privée des personnes dont les données ont été conservées, telles que les habitudes de la vie quotidienne, les lieux de séjour permanents ou temporaires, les déplacements

⁹⁰⁷ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, JOUE, C 306, 17 décembre 2007, p. 1.

⁹⁰⁸ CJUE, 8 avril 2014, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland*, AJDA 2014. 773 ; *ibid.* 1147, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; D. 2014. 1355, note C. Castets-Renard ; *ibid.* 2317, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; RTD eur. 2015. 117, étude S. Peyrou ; *ibid.* 168, obs. F. Benoit-Rohner.

journaliers ou autres, les activités exercées, les relations sociales de ces personnes et les milieux sociaux fréquentés par celles-ci. »

Dans ces deux affaires, l'avocat général avait placé ses conclusions sur le terrain de la violation de la vie privée relevant que « le problème soulevé par les données personnelles commence, pour ainsi dire, déjà “en amont”. Le problème qui se pose alors n'est pas encore celui des garanties afférentes au traitement des données, mais, plus en amont, celui des données en tant que telles, c'est-à-dire le fait que les circonstances de la vie privée d'une personne aient pu se cristalliser sous la forme de données, données susceptibles en conséquence d'être soumises à des traitements informatiques »⁹⁰⁹ ajoutant que « c'est en ce sens qu'il est possible de soutenir que, lorsque de telles données sont en cause, elles soulèvent un problème qui est essentiellement préalable à celui de leur traitement, relevant prioritairement de la vie privée garantie par l'article 7 de la Charte et seulement secondairement des garanties qui se rapportent au traitement des données personnelles visées à l'article 8 de la Charte ».⁹¹⁰

Or, la Cour traite distinctement la question de l'ingérence au droit fondamental au respect de la vie privée et celle de l'ingérence au droit fondamental de la protection des données à caractère personnel et n'établit pas de préséance entre les articles 7 et 8 de la Charte. Elle conclut, d'une part, que la conservation de telles données déroge à la protection du droit au respect de la vie privée et que, d'autre part, « la directive 2006/24 est constitutive d'une ingérence dans le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel garanti par l'article 8 de la Charte puisqu'elle prévoit un traitement des données à caractère personnel »⁹¹¹.

Par cette distinction, la Cour donne sa pleine puissance à l'article 8 de la Charte⁹¹². Pour autant, cette consécration n'en fait pas un droit absolu.

⁹⁰⁹ Conclusions de l'avocat général, M. Pedro Cruz Villalón, 12 décembre 2013, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, §65.

⁹¹⁰ *Ibid.*, §66.

⁹¹¹ CJUE, *Digital Rights Ireland*, arrêt précité, §36.

⁹¹² C. CASTETS-RENARD, « L'invalidation de la directive n° 2006/24/CE par la CJUE : une onde de choc en faveur de la protection des données personnelles, *D.*, 2014, p. 1355.

2 – La portée du caractère fondamental

327. La portée du droit à la protection des données résulte de la lecture combinée de l'article 8 de la Charte et de l'article 52 de cette même Charte. Le paragraphe 1 de l'article 52 prévoit que des limitations sont notamment possibles « dans le respect du principe de proportionnalité » et « si elles répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par l'Union ». Ce rapport de proportionnalité apparaît clairement dans l'affaire *Digital Rights*. Dans un premier temps, la Cour de justice établit que l'obligation de conservation des données prévues par la directive litigieuse est bien constitutive d'une ingérence aux droits fondamentaux⁹¹³. Dans un second temps, elle admet que l'objectif de lutte contre la criminalité qui préside à la directive est bien d'intérêt général pour l'Union⁹¹⁴. En revanche, elle invalide la directive au regard du caractère disproportionné d'une telle collecte. Si « la lutte contre la criminalité grave, [...] est d'une importance primordiale pour garantir la sécurité publique [...], un tel objectif d'intérêt général, pour fondamental qu'il soit, ne saurait à lui seul justifier qu'une mesure de conservation telle que celle instaurée par la directive n° 2006/24 soit considérée comme nécessaire aux fins de ladite lutte »⁹¹⁵.

328. Les explications relatives à la Charte complètent les précisions relatives à la portée du droit à la protection des données. Elles précisent que la directive 95/46/CE et le règlement (CE) n° 45/2001 contiennent des conditions et limitations applicables à l'exercice du droit à la protection des données à caractère personnel. En vertu de l'article 1^{er} de la directive « les États membres assurent, conformément à la présente directive, la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel. » L'affirmation de ce principe est tempérée par le paragraphe 2 qui dispose que « les États membres ne peuvent restreindre ni interdire la libre circulation des données à caractère personnel entre États membres pour des raisons relatives à la protection assurée en vertu du paragraphe 1 ». Cette disposition, dont le paragraphe 1 rappelle le droit à la protection des données tandis que le paragraphe 2 en fixe la limite, illustre l'équilibre tendu entre la libre circulation des données au sein d'un marché numérique intérieur

⁹¹³ CJUE, *Digital Rights Ireland*, arrêt précité, §32-37.

⁹¹⁴ *Ibid.*, §44.

⁹¹⁵ *Ibid.*, §51.

répondant à l'intérêt général poursuivi par l'Union et le respect du caractère proportionnel appliqué à la collecte des données. Bien que la directive 95/46/CE ait été abrogée, les mêmes enjeux subsistent au sein du RGPD qui l'a remplacée.

329. Cette tension s'explique par le rattachement du droit à la protection des données à l'article 95 du TCE⁹¹⁶. Cet article, relatif à l'adoption de mesures visant au rapprochement des législations des États membres ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur⁹¹⁷, qui a servi de fondement juridique de la directive 95/46/CE, démontre bien la dimension économique attaché à la libre circulation des données. L'article 16 du TFUE, entré en vigueur avec le traité de Lisbonne, sert de fondement au RGPD. Tandis que le paragraphe 1 de l'article 16 affirme « Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant », le paragraphe 2 donne pouvoir au Parlement européen et au Conseil de fixer « les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que par les États membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du droit de l'Union, et à la libre circulation de ces données. » Si le lien avec le marché intérieur a disparu, la dimension économique demeure prégnante du fait de la mention relative à la libre circulation des données⁹¹⁸.

Malgré ces limitations, qui illustrent les enjeux, l'Union européenne est la seule institution à consacrer le droit à la protection des données à caractère personnel comme un droit fondamental autonome. Pour la CEDH, comme au plan interne, il s'agit d'un droit dérivé au droit au respect de la vie privée.

⁹¹⁶ TCE (version consolidée Nice) ; article 100 A (version consolidée Maastricht).

⁹¹⁷ Devenu l'article 114 paragraphe 1 du TFUE.

⁹¹⁸ Considérant (7) du RGPD, « [...] il importe de susciter la confiance qui permettra à l'économie numérique de se développer dans l'ensemble du marché intérieur. [...] » ; Considérant (9) du RGPD, « [...] Les différences dans le niveau de protection des droits et libertés des personnes physiques, en particulier le droit à la protection des données à caractère personnel, à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans les États membres peuvent empêcher le libre flux de ces données dans l'ensemble de l'Union. Ces différences peuvent dès lors constituer un obstacle à l'exercice des activités économiques au niveau de l'Union, fausser la concurrence et empêcher les autorités de s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu du droit de l'Union [...] ».

B – Le droit à la protection des données : un droit dérivé

330. Bien que le droit à la protection des données à caractère personnel ne figure pas dans la liste des droits reconnus par la Convention européenne des droits de l’homme, la Cour européenne va, par une interprétation jurisprudentielle extensive de l’article 8, faire entrer dans son champ la protection des données à caractère personnel (1). Au plan national, Conseil constitutionnel fonde la protection des données à caractère personnel sur le droit au respect de la vie privée (2).

1 – La reconnaissance par la CEDH

331. Les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme ne prennent pas en compte les données à caractère personnel *stricto sensu*. Cette situation n’a pas empêché la CEDH d’élaborer une jurisprudence protectrice par le prisme du droit au respect de la vie privée prévu à l’article 8. Dès lors que la Cour est saisie d’une plainte relative à la violation du droit à la protection des données à caractère personnel, elle mobilise l’article 8 de la Convention pour savoir si la violation caractérise une atteinte au droit au respect de la vie privée.

332. À partir de l’affaire *Leander c/ Suède*, la CEDH construit une interprétation inclusive visant à attirer systématiquement les données à caractère personnel dans le champ de la vie privée. Dans cette affaire, le requérant se plaignait d’avoir été écarté d’un recrutement « à cause d’informations secrètes qui l’auraient présenté comme dangereux pour la sécurité »⁹¹⁹. Ainsi « à l’avis du commandant suprême des forces armées se trouvait jointe une annexe secrète contenant les renseignements que le Conseil national de la police avait fournis sur M. Leander. Ce dernier n’en a jamais reçu communication et elle ne figure point parmi les documents produits devant la Cour »⁹²⁰. La Cour qui n’a pas connaissance des données et qui ne peut donc pas vérifier si elles relèvent de l’article 8 déclare que « le registre secret de la police renfermait

⁹¹⁹ CEDH, 26 mars 1987, req. n° 9248/81, *Leander c/ Suède*, §45.

⁹²⁰ *Ibid.*, §14.

sans contredit des données relatives à la vie privée de M. Leander »⁹²¹. Pour la Cour, la circonstance permet d'affirmer à l'évidence que les données relèvent de la vie privée. La Cour ajoute que la mémorisation et communication des données portent atteinte au droit au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 paragraphe 1.

333. Avec l'affaire *Amman*⁹²², la Cour poursuit une logique extensive de la notion de vie privée qu'elle applique aux données à caractère personnel indiquant que cette interprétation « concorde avec celle de la Convention élaborée au sein 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, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985, dont le but est “de garantir, sur le territoire de chaque Partie, à toute personne physique (...) le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, et notamment de son droit à la vie privée, à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant” [...] »⁹²³. Cette référence à la Convention 108 démontre la volonté de la Cour d'intégrer au champ d'application de l'article 8 les données à caractère personnel. L'ensemble du raisonnement permet à la Cour de centrer son analyse sur le lien entre les données et la vie privée sans avoir à s'interroger sur le traitement de ces données ; élément qui ne relève pas du champ d'application de l'article 8.

334. Au plan national, le Conseil constitutionnel s'est également fondé sur le droit au respect de la vie privée pour en déduire un droit au respect de la vie privée en matière de données à caractère personnel.

⁹²¹ *Ibid.*, §48.

⁹²² CEDH, 16 février 2000, req. n° 27798/95, *Amann c/ Suisse*, AJDA 2000. 1006, J.-F. Flauss.

⁹²³ *Ibid.*, §65.

2 – La reconnaissance constitutionnelle

335. Guy Braibant dans son rapport relève que si le Conseil constitutionnel refuse de « tirer de la loi du 6 janvier 1978 un principe fondamental reconnu par les lois de la République du respect de la vie privée et de la stricte confidentialité des données nominatives informatisées »⁹²⁴ ; il reconnaît « une protection constitutionnelle du droit à la vie privée par le rattachement de ce droit à la liberté individuelle dont relèvent les dispositions de la loi du 6 janvier 1978 »⁹²⁵.

336. Le Conseil constitutionnel, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des normes, est amené à préciser le contenu et la portée des droits et libertés prévus par le Préambule de la Constitution. Ces dernières années, il a régulièrement été saisi du contrôle de constitutionnalité concernant des lois portant création de fichiers basés sur le traitement automatique de données à caractère personnel⁹²⁶. Dans ces différentes décisions, le Conseil use du principe de proportionnalité pour mettre en balance la sauvegarde l'ordre public et le droit au respect de la vie privée.

À la suite du vote de la loi relative à la protection de l'identité, le Conseil constitutionnel est saisi par soixante députés et soixante sénateurs. Les requérants contestaient notamment les articles 5 et de 10 de la loi, qui prévoyaient la constitution d'un fichier de la population contenant des données biométriques, invoquant notamment, une menace pour les libertés individuelles au regard du droit au respect de la vie privée. Le Conseil constitutionnel rappelle qu'« il appartient au législateur, dans le cadre de sa compétence, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la sauvegarde de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la protection de principes et des droits de valeur constitutionnelle et, d'autre part, le respect des autres droits et libertés constitutionnellement protégées »⁹²⁷ et énonce dans un considérant de principe, « que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de

⁹²⁴ G. BRAIBANT, *Données personnelles et société de l'information : transposition en droit français de la directive n° 95/46/CE*, Rapport au Premier Ministre, La Documentation française, 1998, p. 20.

⁹²⁵ *Ibid.*

⁹²⁶ V., notamment sur les fichiers automatisés d'empreintes digitales, Cons. const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC ; sur les traitements automatisés de données nominatives mis en œuvre par les services de la police nationale et de la gendarmerie nationale dans le cadre de leurs missions, Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC ; sur un fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles, Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC.

⁹²⁷ Cons. const., 22 mars 2012, n° 2012-652 DC, cons. 7, *Loi relative à la protection de l'identité*, JO n° 75 du 28 mars 2012, p. 5607, *AJDA* 2014. 1796 ; *AJ pen.* 2014. 539, obs. G. Roussel ; *RSC* 2015. 165, obs. D. Roets.

l'homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée ; que, par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif »⁹²⁸.

Pour les juges constitutionnels « la création d'un traitement de données à caractère personnel destiné à préserver l'intégrité des données nécessaires à la délivrance des titres d'identité et de voyage [qui] permet de sécuriser la délivrance de ces titres et d'améliorer l'efficacité de la lutte contre la fraude [...] est ainsi justifiée par un motif d'intérêt général »⁹²⁹ mais « eu égard à la nature des données enregistrées, à l'ampleur de ce traitement, à ses caractéristiques techniques et aux conditions de sa consultation, les dispositions de l'article 5 portent au droit au respect de la vie privée une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi »⁹³⁰. Après avoir reconnu que l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen implique le respect de la vie privée, le juge constitutionnel « a précisé les implications du droit au respect de la vie privée en matière de protection des données personnelles »⁹³¹. Autrement dit, le droit à la protection des données n'est pas autonome, mais il rattaché au droit au respect de la vie privée.

337. Successivement consacré par le droit de l'Union européenne, par les décisions de la CEDH ou par la jurisprudence constitutionnelle, la protection s'applique dès qu'un traitement porte sur des données à caractère personnel. Ainsi le salarié est bénéficiaire de la protection chaque fois que des données à caractère personnel le concernant sont collectées dans un contexte de travail.

⁹²⁸ *Ibid.*, cons. 8.

⁹²⁹ *Ibid.*, cons. 9.

⁹³⁰ *Ibid.*, cons. 11.

⁹³¹ Conseil d'État, rapport précité, p. 83.

§2 – Les données à caractère personnel du salarié

338. Une donnée est une information. À ce titre, elle est « connaissance, qui confère un pouvoir sur son objet »⁹³². Elle revêt un caractère personnel dès lors qu'elle permet d'identifier une personne de manière directe ou par recoupement. Autrement dit, l'identification possible d'une personne grâce à une donnée est le critère déterminant pour qu'une donnée entre dans le champ d'application du RGPD et de la loi *Informatique et libertés* (A).

339. « Commune à la matière et à la vie »⁹³³, une information peut à la fois être qualifiée de donnée à caractère personnel et recouper le domaine d'application de la vie privée. Quelle en est alors l'articulation (B) ?

A – L'identification du salarié : le critère déterminant

340. Chaque fois qu'une donnée se rapporte à une personne physique identifiée ou identifiable, il s'agit d'une donnée à caractère personnel (1) ; Inversement, l'anonymisation d'une donnée l'exclut du champ d'application (2).

1 – Une personne physique identifiée ou identifiable

341. Initialement définie à l'article 2 de la loi *Informatique et libertés*, il convient à présent de se référer à l'article 4 du RGPD pour connaître la définition d'une donnée à caractère personnel. Constitue une donnée à caractère personnel au sens de cet article « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable ». Il faut comprendre toute information qui se rapporte à une personne « identifiée ou identifiable » et non une information permettant d'identifier une personne⁹³⁴. Dès lors, les données entrant dans cette définition couvrent un champ très large.

⁹³² P. KAYSER, *op. cit.*, p. 434.

⁹³³ *Ibid.*

⁹³⁴ En ce sens : F. MATTATIA, *op. cit.*, p. 52.

342. La Cour de justice de l'Union européenne en offre une illustration pertinente dans un arrêt du 16 juillet 2015⁹³⁵. Dans cette affaire, l'Autorité européenne de sécurité alimentaire avait refusé à ClientEarth l'accès à certains documents considérant que les informations contenues permettaient d'identifier les experts ayant rendu les observations démontrant leur caractère personnel. En défense, ClientEarth faisait valoir que le fait pour un expert d'émettre, à titre professionnel, un avis scientifique ne relève pas de la notion de vie privée. La CJUE relève que « cette information permettrait de rattacher à tel ou tel expert déterminé une observation donnée, elle concerne des personnes physiques identifiées et, partant, constitue un ensemble de données à caractère personnel »⁹³⁶. Selon la Cour, le fait qu'une information concerne une personne identifiée suffit à en démontrer le caractère personnel.

343. Outre le fait que l'information se rattache nécessairement à une personne, il faut que l'identification directe ou indirecte de la personne faisant l'objet de la collecte soit possible. L'article 4 du RGPD apporte des précisions supplémentaires quant à l'identification d'une personne physique. Une personne physique peut être identifiée, « directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale ». L'identification est directe lorsque la donnée porte sur le nom de la personne ; elle est indirecte lorsque l'identification se fait par référence à un identifiant tels que notamment une adresse IP, des témoins de connexion, des données de géolocalisation ou des éléments spécifiques propres à l'identité de la personne⁹³⁷.

Pour déterminer si une personne physique est identifiable, le considérant (26) du RGPD précise qu'« il convient de prendre en considération l'ensemble des moyens raisonnablement susceptibles d'être utilisés par le responsable du traitement ou par toute autre personne pour identifier la personne physique directement ou indirectement, tels que le ciblage. » Pour apprécier le caractère raisonnable, le considérant ajoute qu'« il convient de prendre en

⁹³⁵ CJUE, 16 juillet 2015, *ClientEarth c/ EFSA*, aff. C-615/13.

⁹³⁶ *Ibid.*, §29.

⁹³⁷ Considérant (30) du RGPD, « Les personnes physiques peuvent se voir associer, par les appareils, applications, outils et protocoles qu'elles utilisent, des identifiants en ligne tels que des adresses IP et des témoins de connexion («cookies») ou d'autres identifiants, par exemple des étiquettes d'identification par radiofréquence. Ces identifiants peuvent laisser des traces qui, notamment lorsqu'elles sont combinées aux identifiants uniques et à d'autres informations reçues par les serveurs, peuvent servir à créer des profils de personnes physiques et à identifier ces personnes ».

considération l'ensemble des facteurs objectifs, tels que le coût de l'identification et le temps nécessaire à celle-ci, en tenant compte des technologies disponibles au moment du traitement et de l'évolution de celles-ci. »

En entreprise, dès lors qu'une donnée se rapporte à un salarié identifié directement ou identifiable, il s'agira d'une donnée à caractère personnel. Seules les données anonymisées sont exclues du champ d'application.

2 – L'anonymisation d'une donnée

344. Le considérant (26) du RGPD précise que sont anonymes « les informations ne concernant pas une personne physique identifiée ou identifiable, ni aux données à caractère personnel rendues anonymes de telle manière que la personne concernée ne soit pas ou plus identifiable » et ajoute que « le présent règlement ne s'applique, par conséquent, pas au traitement de telles informations anonymes, y compris à des fins statistiques ou de recherche. »

345. Le règlement européen distingue l'anonymisation et la pseudonymisation. L'article 4 du RGPD définit la pseudonymisation comme le fait de traiter des données de « telle façon que celles-ci ne puissent plus être attribuées à une personne concernée précise sans avoir recours à des informations supplémentaires, pour autant que ces informations supplémentaires soient conservées séparément et soumises à des mesures techniques et organisationnelles afin de garantir que les données à caractère personnel ne sont pas attribuées à une personne physique identifiée ou identifiable ». Une personne dont les données ont fait l'objet d'une pseudonymisation peut rester identifiable grâce à des informations complémentaires ; ce procédé étant réversible.

346. Dès lors, une information anonymisée n'entre pas dans le champ d'application contrairement à une donnée pseudonymisée. La pseudonymisation et l'anonymisation sont deux techniques qui n'ont pas les mêmes visées. La pseudonymisation des données est envisagée sous l'angle de la protection des données, cette mesure figurant parmi les dispositifs envisagés pour garantir la sécurité des données⁹³⁸ tandis que l'anonymisation permet la circulation des données sans risque pour les droits des personnes.

⁹³⁸ Article 32 du RGPD.

En théorie, la logique paraît simple et efficace. Concevoir en amont une architecture informatique mettant en œuvre des traitements à partir de données anonymisées permet la circulation de ces données et leur libre utilisation. Les personnes ne pouvant plus être identifiées et les données ne concernant plus les personnes, leurs droits sont préservés par défaut. En pratique « une étude réalisée par des chercheurs du *Massachusetts Institute of Technology* a mis en évidence, dans le cadre d'un travail réalisé sur les transactions des cartes bancaires d'1,1 million de personnes ne comportant aucun élément d'identification, que quatre données spatio-temporelles (coordonnées géographiques, dates et heures) permettaient à elles seules de réidentifier 90 % des individus »⁹³⁹.

Cette situation permet de mesurer les tensions à l'œuvre soulignant le paradoxe suivant : l'anonymisation met la technique au service de la protection des données mais la technique permet également la ré-identification des données. L'anonymisation présentée comme la réponse technique à un double enjeu – celui de la protection des données à caractère personnel et celui de la libre circulation des données - s'avère en pratique douteuse.

Les doutes qui pèsent sur l'anonymisation sont illustrés dans l'exemple de Sanofi⁹⁴⁰ où des puces initialement prévues pour optimiser la gestion des espaces de travail avaient été intégrées dans les badges des salariés. Sur le site de Sanofi Gentilly, afin de fluidifier la gestion des espaces, chaque salarié avait été muni d'un dispositif de géolocalisation couplé à une application interne permettant d'identifier les espaces de travail disponibles. Ce dispositif était mis en œuvre par une puce d'identification RFID et, pour garantir l'anonymat des informations de géolocalisation, les puces avaient été installées sur les portes badges pouvant ainsi être désolidarisées du badge. Cette mesure apparaît bien symbolique ; le badge et le porte badge étant en principe associés, la ré-identification des données ne semble pas techniquement très compliquée.

347. Le RGPD a adopté une définition extensive de la notion de donnée à caractère personnel. Dès lors une même donnée peut avoir un caractère personnel et relever de la vie privée. Cette double qualification interroge sur l'articulation du droit à la protection des données à caractère personnel et le droit au respect de la vie privée.

⁹³⁹ V.-L. BENABOU, « L'extension du domaine de la données », *LEGICOM*, 2017, vol. 59, n° 2, p. 10.

⁹⁴⁰ J. GARNIER, « Au siège de Sanofi, les employés sont géolocalisés par une puce électronique, *Le Monde*, [en ligne], 18 avril 2016, [consulté le 22 avril 2019].

B – Vie privée et donnée à caractère personnel : une complémentarité relative

348. La protection des données à caractère personnel peut être vue comme la protection de la vie privée à l'ère numérique. L'existence d'un domaine d'application complémentaire en témoigne (1). Pour autant, les deux notions ne se superposent pas et si elles ont une sphère commune, elles ont chacune des sphères propres (2).

1 – Une complémentarité de domaine

349. À l'ère du numérique, vie privée et donnée à caractère personnel peuvent laisser penser qu'il s'agit de deux notions similaires. En effet, elles portent sur des objets identiques. Ainsi relèvent de la vie privée, l'identité physique⁹⁴¹, sexuelle⁹⁴² de l'individu, la santé⁹⁴³, les opinions politiques⁹⁴⁴, les relations avec sa famille⁹⁴⁵, les amis, la vie affective⁹⁴⁶, le domicile⁹⁴⁷. Cette énumération assortie d'un rapide panorama de jurisprudence ne prétend pas à l'exhaustivité ; elle a vocation à souligner l'étendue du domaine d'application de la vie privée et sa parenté avec les données à caractère personnel. Entrent dans le champ de la définition des données à caractère personnel un nom, un numéro d'identification, des éléments relatifs à l'identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale dès lors que ces informations se rattachent à une personne identifiée ou identifiable et qu'elles n'ont pas été anonymisées.

350. À cette similitude de champ d'application s'ajoute une application souvent combinée des deux notions par la jurisprudence européenne.

⁹⁴¹ Concernant le nom : CEDH, 24 octobre 1996 req. n° 15773/89, *Guillot c/ France*, *RTD civ.* 1997. 551, obs. J.-P. Marguénaud.

⁹⁴² Concernant l'identité sexuelle : Cass., ass. plén., 11 décembre 1992, n° 91-11.900, Bull. ass. Plén., n° 13, *JCP* 1993. II. 21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau.

⁹⁴³ CJCE, 5 octobre 1994, aff. C-404/92, *D.* 1995. 421, obs. J.-L. Clergerie ; Cass. civ. 2^e, 12 juillet 1966, *D.* 1967. 181, note P. Mimin.

⁹⁴⁴ CA Paris, 20 septembre 2001, *D.* 2002. 2300, obs. A. Lepage.

⁹⁴⁵ Cass. civ. 2^e, 5 janvier 1983, Bull. civ. II, n° 4 ; cass. civ. 1^{ère}, 23 avril 2003, n° 01-01.851, Bull. civ. I, n° 98.

⁹⁴⁶ Sur le mariage, Cass. civ. 2^e, 18 mars 2004, n° 02-13.529.

⁹⁴⁷ Cass. civ. 3^e, 25 février 2004, n° 02-18.081, Bull. civ. III, n° 41.

Pour la CEDH, « le simple fait de mémoriser des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8 [de la Convention européenne des droits de l'homme] »⁹⁴⁸.

La CJUE a également eu l'occasion de faire le lien entre ces deux notions. Dans un arrêt du 9 novembre 2010⁹⁴⁹, la Cour rappelle d'abord, qu'« à cet égard, il importe de relever que l'article 8, paragraphe 1, de la Charte [des droits fondamentaux de l'Union européenne] énonce que “toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant” »⁹⁵⁰ puis, elle ajoute que ce droit fondamental « est étroitement lié au droit au respect de la vie privée consacré à l'article 7 de cette même Charte »⁹⁵¹. Elle considère que si « le respect du droit à la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel, reconnu par les articles 7 et 8 de la Charte, se rapporte à toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable [...] les limitations susceptibles d'être légitimement apportées au droit à la protection des données à caractère personnel, correspondent à celles tolérées dans le cadre de l'article 8 de la ConvEDH »⁹⁵².

Ainsi, la notion de vie privée irrigue celle de donnée à caractère personnel retenue par CJUE et le renvoi à la CEDH démontre une communauté d'analyse juridique.

351. Toutefois, si les notions de vie privée et de donnée à caractère personnel se recoupent, elles ne se superposent pas. Cette communauté d'application ne doit pas occulter le fait que cette protection n'est due qu'à la condition que la personne soit identifiable directement ou indirectement. Dès lors, si les domaines d'application sont complémentaires, les notions ne sont pas identiques.

⁹⁴⁸ CEDH, 4 décembre 2008, req. n° 30562/04 et 30566/04, *S. Marper c/ Royaume-Uni*, §67, D. 2010. 604, note J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *JCP G* 2009, 104, note F. Sudre ; *AJDA* 2009. 872, note J.-F. Flauss ; *RFDA* 2009. 741, note S. Peyrou-Pistouley ; *RSC* 2009. 182, note J.-P. Marguénaud.

⁹⁴⁹ CJUE, gde. ch., 9 novembre 2010, aff. jointes C-92/09 et C-93/09, *Volker und markus schecke et Eifert*, Rec. 2010, p. 11063.

⁹⁵⁰ *Ibid.*, §47.

⁹⁵¹ *Ibid.*

⁹⁵² *Ibid.*, §52.

2 – L’absence d’identité des notions

352. Le rapport Braiband qui rappelle que si « la protection de la vie privée est au cœur des débats sur l’encadrement juridique des traitements de données à caractère personnel »⁹⁵³, la notion de vie privée n’épuise pas tous les cas de traitements de données à caractère personnel.

353. Ainsi, les informations portant sur la vie professionnelle entrent dans le champ de la protection dès lors qu’elles portent sur une personne physique, tandis qu’elles ne sont pas couvertes par le droit au respect de la vie privée excepté en de rares cas⁹⁵⁴.

Ainsi n’entrent pas dans le périmètre de la vie privée d’un comédien professionnel, les informations portant sur les rôles principaux, les relations professionnelles qui ont pu l’aider⁹⁵⁵. Dans le même sens, la Cour de cassation a pu décider dans un arrêt du 29 avril 2004 qu’« est légitime à condition d’être directement en relation avec l’événement qui en est la cause la révélation dans la presse du nom d’un fonctionnaire de police à propos de faits relatifs à son activité professionnelle et ne constitue donc pas une atteinte au respect de la vie privée »⁹⁵⁶.

Inversement le Tribunal de grande instance de Paris dans une affaire opposant Google à M. X⁹⁵⁷ a conclu que les données professionnelles étaient des données à caractère personnel. Ce dernier, exerçant une activité dentaire à titre individuel souhaitait que soit retirés de sa fiche d’identité professionnelle publiée sur *Google My Business* des avis négatifs déposés par des tiers. Google refuse alléguant le caractère professionnel des données. Les juges donnent raison à M. X. retenant que « la circonstance que de telles données soient relatives, comme en l’espèce, à l’activité professionnelle de la personne en question est donc sans incidence sur cette qualification, dès lors qu’elle est désignée et rendue identifiable, la notion n’étant pas restreinte, contrairement à ce que soutient la défenderesse, aux seules informations relatives à la vie privée ». Cette décision est en conformité « avec l’avis du G29 n° 4/2007 du 20 juin 2007 et une décision du Conseil d’État n° 376845 qui avait jugé le 30 décembre 2015 “que ces données soient des coordonnées professionnelles des personnes physiques en cause, et qu’elles soient le

⁹⁵³ G. BRAIBAND, rapport précité, p. 7.

⁹⁵⁴ Dans ce sens notamment sur les révélations d’une activité d’escort girl : TGI Paris, 1^{er} avril 2011, n° 11/52847, *Légipresse* 2011. 467.

⁹⁵⁵ A. LEPAGE, « Droits de la personnalité », *Rep. civ.*, Dalloz, n° 94.

⁹⁵⁶ Cass. civ. 2^e, 29 avril 2004, n° 02-19.432, Bull. civ. II, n° 201.

⁹⁵⁷ TGI Paris, 6 avril 2018, n° 17/60436.

cas échéant par ailleurs rendues publiques, est sans incidence à cet égard ; c'est donc à bon droit, contrairement à ce qui est soutenu, que la Commission nationale de l'informatique et des libertés les a qualifiées de données à caractère personnel" »⁹⁵⁸.

Cette même appréciation ressort de la jurisprudence de la CJUE. Dans l'affaire *ClientEarth*, la Cour relève que « les notions de “données à caractère personnel”, au sens de l'article 2, sous a), du règlement n° 45/2001, et de “données relatives à la vie privée” ne se confondent pas »⁹⁵⁹ et considère que « la circonstance que ladite information s'inscrit dans le contexte d'une activité professionnelle n'est pas de nature à lui ôter sa qualification d'ensemble de données à caractère personnel »⁹⁶⁰. L'appréciation du caractère personnel ne dépend pas de la vie privée de la personne concernée ; dès lors, des données ayant une coloration professionnelle peuvent entrer dans le champ d'application de la définition d'une donnée à caractère personnel.

354. Si une information professionnelle est une donnée à caractère personnel sans relever de la vie privée, inversement une information relevant de la vie privée peut être exclue de la qualification de donnée à caractère personnel. Ainsi, le considérant (18) du RGPD exclut de la protection des données à caractère personnel le traitement de données effectué par une personne physique au cours d'activités strictement personnelles ou domestiques, sans lien avec une activité professionnelle ou commerciale. Ces activités peuvent inclure l'échange de correspondance, la tenue d'un carnet d'adresse ou l'utilisation de réseaux sociaux. Ainsi la publication à titre personnel d'une photographie lors d'une soirée entre amis sur une plateforme d'hébergement de contenu ne relève pas de la protection des données à caractère personnel. En revanche, elle relève bien de la protection du droit au respect de la vie privée et, plus précisément, du droit à l'image.

355. Outre leur différence de nature, ces deux notions reposent sur des logiques différentes. Alors que le droit au respect de la vie privée comporte principalement des obligations négatives visant à protéger les individus contre les immixtions, le droit à la protection des données suppose pour les États des obligations positives garantissant la loyauté des traitements de données. Comportant une « importante composante procédurale, [...] il s'agit bien plus

⁹⁵⁸ Ch. GALICHET, « Données professionnelles *versus* données personnelles. Qualification du jugement : Important », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 434.

⁹⁵⁹ CJUE, *ClientEarth c/ EFSA*, arrêt précité, §32.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, § 30.

d'autoriser les traitements de ces données à caractère personnel sous certaines conditions que de les interdire ». ⁹⁶¹

Conclusion de la Section 1

356. Les données concernant le salarié peuvent avoir une dimension privée ou professionnelle mais cette qualification est indifférente au regard de la notion de donnée à caractère personnel puisque le seul critère déterminant est celui de l'identification de la personne concernée. Cette définition extensive permet d'accueillir un très grand nombre de données dans le champ de la protection de façon soit cumulative soit alternative au droit au respect de la vie privée. Droit fondamental autonome ou dérivé, le droit à la protection des données à caractère personnel occupe un rang supérieur dans la hiérarchie des normes. Le salarié en sera bénéficiaire chaque fois qu'il fera l'objet d'un traitement de données le concernant mis en œuvre par l'employeur. Pour autant, au-delà de cette apparente simplicité, la collecte des données du salarié intervient dans un contexte bien spécifique que le cadre juridique existant ne prend pas en compte.

⁹⁶¹ O. TAMBOU, *Manuel de droit européen de la protection des données à caractère personnel*, Bruylant, 2020, p. 22.

Section 2 – L’absence de prise en compte des spécificités propres au salarié face à l’augmentation exponentielle des données collectées

357. Chaque donnée est devenue une information précieusement stockée pouvant être utilisée à des fins commerciales, de statistique ou de renseignement. Les données à caractère personnel représentent le point de rencontre d’enjeux antinomiques. D’une part, elles constituent une manne économique pour les entreprises du net⁹⁶² ; d’autre part, mises bout à bout elles forment l’identité numérique d’une personne.

358. Leur numérisation opérée grâce à la technique est à l’origine de profondes mutations économiques et sociales⁹⁶³. « Sa puissance transformative tient à sa capacité à exprimer des réalités disparates (sons, images, textes, comportements humains, processus industriels...) dans un langage commun universel ouvrant la possibilité de les traiter de manière systématique et de les mettre en relation »⁹⁶⁴. Tandis que l’internet a permis le développement des échanges économiques et personnels d’informations, l’internet des objets ajoute une dimension supplémentaire étendant encore davantage le spectre de la collecte. Chaque information ainsi collectée participe à la mise en données du comportement économique et social de chaque individu. Toute information est réductible à une donnée exploitable et créatrice de valeur. Le système qui en résulte place « la donnée au cœur des échanges humains à une échelle inédite »⁹⁶⁵. Ce phénomène s’exerce également au sein de l’entreprise et concerne les données relatives aux salariés collectées par l’employeur (§1).

359. Pour répondre aux enjeux posés par la massification de la collecte, les institutions internationales recommandent l’adoption des dispositions sectorielles prenant en compte les spécificités de la collecte de données au travail. Néanmoins, l’Union européenne n’a pas suivi ce chemin, renvoyant cette question à la compétence des États (§2).

⁹⁶² « Jamais dans l’histoire du capitalisme aussi peu d’acteurs n’ont grandi aussi vite pour dominer un secteur au niveau mondial en si peu de temps [...] permettant une accumulation du capital immatériel (les données) à un rythme effréné. », J.-F. FOGEL, B. PATINO, *op. cit.*, p. 140.

⁹⁶³ En ce sens : Conseil d’État, rapport précité, p. 41 et s.

⁹⁶⁴ *Ibid.* p. 42.

⁹⁶⁵ V.-L. BENABOU, article précité, p. 4.

§1– Du badge à la puce RFID, l’ampleur de la collecte

360. Les occasions pour l’employeur de recueillir des données concernant le salarié sont multiples. Elles se présentent dès sa candidature, à l’embauche puis tout au long de l’exécution du contrat de travail (A).

Les procédés de collecte sont également très variés et les perpétuelles innovations dans ce domaine renforcent leur attrait (B).

A – L’étendue des données concernant le salarié

361. Savoir qu’un salarié pratique un sport collectif caractérise sa capacité à travailler en équipe ; savoir qu’un autre est entraîneur sportif bénévole démontre son aptitude à diriger et à s’engager... Ces données très variées qui peuvent avoir un lien avec sa vie personnelle (1) ou avec sa vie professionnelle (2) renseignent sur la personnalité et dessinent l’image numérique du salarié. Traitées à part pour leur caractère sensible, les données de santé constituent une troisième catégorie de données (3).

1 – Les données en lien avec la vie privée et personnelle

362. À titre individuel, le salarié est d’abord susceptible de laisser deux catégories de traces portant sur sa vie privée et personnelle : celles qu’il laisse de manière intentionnelle (photographies, commentaires sur les réseaux sociaux) et celles qui lui échappent, dont il n’a pas conscience (métadonnées telles que date, heure et coordonnées de géolocalisation d’une photographie postée sur un réseau social). Ces données sans lien avec l’activité professionnelle du salarié offrent néanmoins une mine de renseignements sur le salarié.

363. L’exposition volontaire ou inconsciente de la vie privée a pour conséquence « la production continue et illimitée de soi »⁹⁶⁶. Il devient alors aisé de retracer la vie d’un individu au travers des traces numériques qu’il a produit⁹⁶⁷. L’ensemble de ces données forme l’identité numérique d’un individu. Ainsi, selon Antoinette Rouvroy « toute donnée numérique est

⁹⁶⁶ N. AUBERT, C. HAROCHE, « Les tyrannies de la visibilité », *Sociologie clinique*, 2011, p. 7.

⁹⁶⁷ v., le portrait de « Marc L... » réalisé à partir des traces numériques librement accessibles, R. MELTZ, « Marc L... », *Le tigre*, n° 28, [en ligne], novembre-décembre 2008, p. 36-37, [consulté le 17 octobre 2013].

potentiellement susceptible de contribuer à nous identifier ou à caractériser très précisément nos comportements singuliers si elle est croisée avec d'autres données mêmes peu "personnelles" »⁹⁶⁸.

Ce dévoilement remet en cause la notion de secret attaché à la vie privée. Alors qu'au 19^e siècle, dans les sociétés occidentales, l'intimité doit être cachée derrière les murs du domicile, les premiers développements de l'informatique ont donné l'impression que se substituait « à "l'opacité" des individus à l'égard de la puissance publique et des autres individus, une "transparence" exclusive du secret nécessaire à la vie privée »⁹⁶⁹. À ce constat certains auteurs avaient opposé que la faculté de rassembler des informations sur une personne existait avant l'informatique. Aux premiers stades de l'informatique, le changement de dimension est donc d'abord d'ordre quantitatif. Le recoupement des informations est plus simple et plus rapide par voie automatique que par voie manuelle. Au 21^e siècle, l'accélération vertigineuse des progrès informatiques donne une dimension qualitative aux évolutions marquant « un renversement de valeur [qui conduit dans ces mêmes sociétés] à se livrer à une exhibition de l'intime pour exister »⁹⁷⁰. La production de ces données dévoilant la vie privée de l'individu est devenue une injonction incontournable pour exister. Vécue comme une condition pour exister socialement, l'exigence de visibilité devient une obligation, une forme de « violence exercée sur chacun [...] pour se livrer au regard et au jugement de l'autre »⁹⁷¹.

Bien que souvent ressenti comme une exigence sociale, l'exposition de soi renvoie à un acte volontaire qui s'apparente à l'exercice de la liberté d'expression proclamée à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui dispose « tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement ». L'individu libéral, autonome doit alors concilier son désir d'exposition et la protection de la vie privée. Alors même que les termes « vie privée » suggèrent une distinction chez l'individu entre la sphère dédiée à la vie personnelle et familiale et celle consacrée à la vie sociale, aux activités publiques, cette insoluble partition écartée par le droit, pour faire prévaloir un élargissement du domaine de la vie privée, conduit sur internet à la situation inverse d'une publicisation de la vie privée.

⁹⁶⁸ S. ABITEBOUL, Ch. FROIDEVAUX, « Big data : l'enjeu est moins la donnée personnelle que la disparition de la personne, Entretien autour de l'informatique avec A. ROUVROY », *Le Monde en collaboration avec The Conversation*, [en ligne], 22 janvier 2016, [consulté le 23 janvier 2016].

⁹⁶⁹ P. KAYSER, *op. cit.*, p. 217.

⁹⁷⁰ N. AUBERT, C. HAROCHE, article précité, p. 7.

⁹⁷¹ *Ibid.*, p. 22.

364. Dans le cadre de la relation de travail, de nombreuses données présentent un lien avec la vie privée ou personnelle du salarié et sont nécessaires à la formation ou à l'exécution du contrat de travail. Elles portent alors sur l'identité du salarié (nom, prénom, adresse, date et lieu de naissance, sexe, situation de famille, données biométriques).

2 – Les données relatives à l'activité professionnelle

365. Les données collectées afférentes à l'activité professionnelle sont multiples (suivi de carrière, entretien d'évaluation, agenda professionnel, données de connexion, réseau intranet, forum collaboratif).

Entrent dans ce champ les données relatives à l'activité journalière du salarié. À partir du moment où le salarié pénètre dans l'enceinte de l'entreprise jusqu'à son départ en fin de journée, ou à partir de sa première connexion journalière sur son ordinateur s'il travaille à distance, son activité professionnelle peut être mise en données. La jurisprudence de la Cour de cassation a admis que le caractère professionnel d'une donnée dérive de l'outil numérique mis à disposition du salarié dans le cadre de son travail. Ainsi, le fait que l'employeur mette à disposition des salariés des outils numériques laisse présumer un usage professionnel. Seule l'identification d'un fichier marqué « personnel » fait basculer les données dans le champ personnel, exception faite des connexions internet réalisées à partir de l'ordinateur mis à la disposition du salarié et des sms émis ou reçus à partir du téléphone professionnel qui revêtent de manière systématique un caractère professionnel⁹⁷².

366. À côté de ces données professionnelles déjà très nombreuses, entrent également dans cette catégorie les données servant à la mise en œuvre de la base de données économiques et sociales. Instaurée par la loi *Rebsamen* du 18 août 2015⁹⁷³, elle « rassemble des informations nécessaires aux consultations et informations récurrentes que l'employeur met à disposition du comité économique et social »⁹⁷⁴. Depuis l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, « la liste et le contenu des

⁹⁷² Pour l'analyse de la jurisprudence, v., *supra* n° 99 s.

⁹⁷³ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, JORF n° 189 du 18 août 2015, texte n° 3.

⁹⁷⁴ Article L.2312-18 du Code du travail.

informations nécessaires à ces consultations »⁹⁷⁵ peuvent faire l'objet d'un accord d'entreprise. En l'absence d'accord, l'article L. 2312-36, 2° du Code du travail dispose que « les informations contenues dans la base de données portent sur les thèmes suivants : Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de l'entreprise : diagnostic et analyse de la situation comparée des femmes et des hommes pour chacune des catégories professionnelles de l'entreprise en matière d'embauche, de formation, de promotion professionnelle, de qualification, de classification, de conditions de travail, de sécurité et de santé au travail, de rémunération effective et d'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, analyse des écarts de salaires et de déroulement de carrière en fonction de l'âge, de la qualification et de l'ancienneté, évolution des taux de promotion respectifs des femmes et des hommes par métiers dans l'entreprise, part des femmes et des hommes dans le conseil d'administration ». Bien que ces données aient une visée statistique et non nominative, cette base de données constituée à partir des données professionnelles des salariés n'en demeure pas moins le reflet des données collectées concernant les salariés.

Tout en relevant de la catégorie des données à caractère personnel, les données de santé font l'objet d'un traitement juridique spécifique.

3 - Les données de santé

367. Les données de santé sont des données à caractère personnel dites sensibles. Aux termes du considérant (35) du RGPD, elles « devraient comprendre l'ensemble des données se rapportant à l'état de santé d'une personne concernée qui révèlent des informations sur l'état de santé physique ou mentale passé, présent ou futur de la personne concernée. Cela comprend [...] des informations obtenues lors du test ou de l'examen d'une partie du corps ou d'une substance corporelle, y compris à partir de données génétiques et d'échantillons biologiques ; et toute information concernant, par exemple, une maladie, un handicap, un risque de maladie [...] ». Elles sont définies à l'article 4 §15 du RGPD.

368. La collecte de ces données est interdite en vertu de l'article 9 du RGPD sauf exceptions prévues aux paragraphes 2 à 4 dudit article. Le considérant (46) du RGPD précise notamment que « certains traitements peuvent être justifiés à la fois par des motifs importants d'intérêt public et par les intérêts vitaux de la personne concernée, par exemple lorsque le traitement est

⁹⁷⁵ Article L.2312-19 du Code du travail.

nécessaire à des fins humanitaires, y compris pour suivre des épidémies et leur propagation [...] ». Le considérant (52) précise en outre que « des dérogations à l'interdiction de traiter des catégories particulières de données à caractère personnel devraient être autorisées lorsque le droit de l'Union ou le droit d'un État membre le prévoit, et sous réserve de garanties appropriées, de manière à protéger les données à caractère personnel et d'autres droits fondamentaux, lorsque l'intérêt public le commande, notamment le traitement des données à caractère personnel dans le domaine du droit du travail [...] à des fins de sécurité, de surveillance et d'alerte sanitaire, de préservation ou de contrôle de maladies transmissibles et d'autres menaces graves pour la santé ». En d'autres termes, la collecte de données de santé est envisageable dans un environnement de travail. Elle est notamment envisageable dans un contexte de forte tension sanitaire. La lutte contre la propagation du Covid-19 pourrait bien entrer dans la catégorie d'alerte sanitaire ou de contrôle de maladies transmissibles.

369. La CNIL a publié un rappel sur la collecte des données à caractère personnel dans le contexte sanitaire lié à la Covid-19. Elle rappelle la double obligation de sécurité pesant sur l'employeur conformément à l'article L.4121-1 du Code du travail et sur le salarié qui doit veiller à préserver sa propre santé et celles des personnes qu'il côtoie dans le cadre de son activité professionnelle en application de l'article L.4122-1 du Code du travail.

La CNIL rappelle que l'obligation de garantir la santé et la sécurité des salariés en temps de pandémie ne permet pas à l'employeur « de prendre des mesures susceptibles de porter une atteinte disproportionnée à la vie privée des personnes concernées, notamment par la collecte de données de santé qui iraient au-delà de la gestion des suspicions d'exposition au virus aux fins de protéger les employés et le public »⁹⁷⁶. À ce titre « ils [les employeurs] ne peuvent eux-mêmes mettre en place des fichiers relatifs à la température corporelle de leurs employés ou à certaines pathologies (les « comorbidités ») susceptibles de constituer des troubles aggravants en cas d'infection au Covid-19 »⁹⁷⁷. Pour le suivi de l'état de santé des employés, la CNIL renvoie aux services de santé au travail « dont c'est la compétence et qui sont au cœur de la gestion de la crise sanitaire »⁹⁷⁸. La prise de température corporelle manuelle à l'entrée d'un lieu de travail sans conservation des données n'entre pas dans le champ d'application du RGPD.

⁹⁷⁶ CNIL, Coronavirus (COVID-19) : les rappels de la CNIL sur la collecte de données personnelles par les employeurs, [en ligne], 6 mars 2020, [consulté le 1^{er} septembre 2020].

⁹⁷⁷ *Ibid.*

⁹⁷⁸ *Ibid.*

La lutte contre la propagation du virus implique également la participation des salariés à la préservation de leur santé et celle des personnes avec lesquels ils sont en contact professionnel. De façon dérogatoire, un salarié exposé au virus ou infecté doit en informer l'employeur. Dans ce cadre, la CNIL rappelle que les employeurs ne peuvent traiter que des données « strictement nécessaires à la satisfaction de leurs obligations légales et conventionnelles, c'est-à-dire nécessaires pour prendre des mesures organisationnelles (mise en télétravail, orientation vers le médecin du travail), de formation et d'information, ainsi que certaines actions de prévention des risques professionnels »⁹⁷⁹. Autrement dit, si les employeurs ne peuvent constituer des fichiers de santé dans le cadre de la lutte contre la pandémie du Covid-19, ils sont cependant amenés à recueillir les signalements des salariés contaminés ou suspectés de l'être. Les questionnaires de santé et les campagnes de dépistage organisées par l'employeur dans une logique de sécurité entrent en tension avec la protection des données de santé.

370. À partir de ce panorama, un premier constat s'impose : les données du salarié qu'elles soient personnelles ou professionnelles sont omniprésentes dans l'entreprise. Elles constituent la particule élémentaire de la vie numérique du salarié. Elles sont collectées à partir de dispositifs numériques en constante évolution pouvant s'avérer particulièrement intrusifs.

B – Les dispositifs numériques

371. Bien que les dispositifs de collectes des données soient très variés, ils peuvent être regroupés sous deux catégories : les dispositifs extérieurs au salarié (1) et les dispositifs sous cutanés (2).

1 – Les dispositifs extérieurs au salarié

372. Des badges permettent l'accès aux locaux de l'entreprise, enregistrent le passage au restaurant collectif, comptabilisent les photocopies... La vidéosurveillance, la géolocalisation, figurent parmi les dispositifs les plus couramment mis en place en entreprise.

Souvent présentée comme un moyen de protection des biens et des personnes, la vidéosurveillance par la captation et le stockage d'images figure parmi les dispositifs qui font débat en entreprise. Alors que des études montrent que l'acceptation de tels dispositifs par les

⁹⁷⁹ *Ibid.*

salariés est subordonnée à la conviction de leur caractère légitime⁹⁸⁰ et repose sur la confiance⁹⁸¹, la CNIL, dans son rapport d'activité 2018, signale des pratiques émergentes consistant dans le visionnage à distance des images issues de dispositifs vidéo à partir de smartphone ou tablette numérique⁹⁸² qui vont à l'encontre d'un environnement de travail favorable à cette acceptation.

Des dispositifs de géolocalisation peuvent également être installés dans les voitures, téléphones et ordinateurs portables mis à disposition des salariés. Ils facilitent le suivi et la facturation de prestations de transport de personnes ou de marchandises ; ils assurent la sécurité des salariés et des biens, notamment en cas de vol ou d'accident ; ils offrent une gestion en temps réel des moyens disponibles au regard des besoins d'intervention. À ces équipements s'ajoutent les objets connectés dont la variété d'usage va aller croissante dans les prochaines années.

373. Les dispositifs biométriques sont également utilisés en entreprise. Permettant une identification automatique des personnes, ils font l'objet d'un encadrement rigoureux. Les données biométriques qui sont « les données à caractère personnel, résultant d'un traitement technique spécifique, relatives aux caractéristiques physiques, physiologiques ou comportementales d'une personne physique, qui permettent ou confirment son identité unique, telles que des images faciales ou des données dactyloscopiques »⁹⁸³ peuvent également être utilisées. Procédé très intrusif, la CNIL a délimité très précisément son champ d'application aux seules finalités de « contrôle des accès à l'entrée et dans les locaux limitativement identifiés par l'organisme comme devant faire l'objet d'une restriction de circulation, à l'exclusion de tout contrôle des horaires des employés, [et de] contrôle des accès à des appareils et applications informatiques professionnels limitativement identifiés de l'organisme, à l'exclusion de tout contrôle du temps de travail de l'utilisateur »⁹⁸⁴. La reconnaissance faciale, est un autre

⁹⁸⁰ « L'acceptation est donc la capacité d'un individu à percevoir l'intérêt de la vidéo-protection et à légitimer le système. », C. DIARD, « L'évitement comme alternative potentielle à l'acceptation de la vidéo-protection dans un contexte "mandatory" », *Management & Avenir*, 2017, vol. 94, n° 4, p. 87.

⁹⁸¹ « L'acceptation implique la confiance que l'utilisateur accorde au dispositif de caméras, au management et au groupe auquel il appartient », *ibid.*

⁹⁸² CNIL, *Rapport d'activité 2018*, La Documentation française, 2019, p. 44.

⁹⁸³ Article 4 du RGPD.

⁹⁸⁴ CNIL, Délibération n° 2019-001 du 10 janvier 2019 portant règlement type relatif à la mise en œuvre de dispositifs ayant pour finalité le contrôle d'accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail, JO n° 74 du 28 mars 2019, texte n° 99.

dispositif biométrique qui tend à se généraliser. Elle est rendue attractive par des messages sympathiques tels que « payer avec votre sourire » ; « payer grâce à un selfie ». Pour autant, les données biométriques reposent sur une réalité biologique permanente. Elles permettent l'identification sans doute possible d'une personne et leur violation ou leur détournement présentent un risque élevé d'atteinte à la vie privée. Ces dispositifs en ce qu'ils « facilitent » la vie de leurs usagers s'imposent à l'évidence. Ils deviennent incontournables, y compris pour les utilisateurs ; en cela ils prennent le caractère de fait social. Ils s'intègrent dans la société de manière si banale que la vigilance et le sens critique sont altérés au profit de la nouveauté.

Bien que l'ensemble de ces dispositifs fasse l'objet de recommandations de la CNIL qui visent à encadrer leur usage afin de limiter les risques pouvant peser sur les libertés individuelles, les évolutions technologiques renouvellent sans cesse les enjeux.

2 – Les dispositifs sous cutanés : le cas des puces RFID

374. Parmi le large éventail de possibilités technologiques, il existe également la faculté d'implanter des puces électroniques sous cutanée. De la taille d'un gros grain de riz, les puces utilisent une technologie basée sur l'identification par radio fréquence (RFID) et s'activent à proximité d'une borne.

Cette technologie a été proposée pour la première fois en 2015 à des salariés, en Suède par la société Epicenter. Three Square Market, une entreprise américaine basée dans l'état de Wisconsin est la première société américaine à avoir proposé à ses salariés d'échanger le badge contre l'implant d'une puce électronique dans la main entre le pouce et l'index. Une cinquantaine de salariés sur les quatre-vingts qu'emploie la société s'est portée volontaire. Désormais ces salariés peuvent par un simple mouvement de la main accéder à l'entreprise, ouvrir leur ordinateur, utiliser la photocopieuse, payer à la cantine⁹⁸⁵.

Faisant le constat que nombre de salariés perdaient leur badge d'accès, une société belge, New Fusion, a également doté de ce dispositif huit de ses douze salariés⁹⁸⁶. En France, aucune entreprise connue à ce jour n'a implanté des puces sous la peau de ses salariés. Cette technologie a cependant été utilisée par la société Sanofi. En 2015 sur le site de Val de Brièvre, 3000 salariés ont été dotés de portes badges munis d'une puce RFID. Les salariés n'ayant pas de bureau

⁹⁸⁵ C. LESNES, « Aux Etats-Unis, des puces électroniques implantées sur des salariés », *Le Monde*, 31 juillet 2017.

⁹⁸⁶ P. SIRINELLI, S. PREVOST, « Des puces et des hommes », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 125

attitré, la puce avait pour fonction d'assurer une répartition équilibrée dans la gestion des espaces.

375. Les TIC, du fait de dispositifs de plus en plus sophistiqués, souvent plus intrusifs, présentés comme facilitateurs de la vie quotidienne, concourent à banaliser leur mise en œuvre. L'exécution du contrat de travail met en balance l'intérêt légitime de l'employeur à collecter des données et celui du salarié à la protection. Tout en reconnaissant que « l'adoption rapide de nouvelles technologies de l'information sur le lieu de travail en termes d'infrastructures, d'applications et de dispositifs intelligents, permet de nouveaux types de traitements systématiques et potentiellement invasifs des données sur le lieu de travail »⁹⁸⁷, l'Union européenne n'a pas adopté de dispositions visant à garantir au salarié une protection catégorielle.

§2 – Une protection non spécifique au salarié

376. En matière de protection des données à caractère personnel, les recommandations internationales mettent l'accent sur l'importance d'adapter les textes aux spécificités du travail (A). Pour autant, l'Union européenne ne s'est pas engagée dans cette voie, laissant aux États la liberté de disposer sur ce point (B).

A – Des recommandations internationales à visée sectorielle

377. Ces recommandations sont issues du Bureau International du Travail (1) et du Conseil de l'Europe (2).

1 – Les recommandations du BIT en faveur d'une protection spécifiques au travail

378. L'Organisation internationale du Travail (OIT) créée en 1919 est un organe de l'ONU qui dispose d'un système de représentation unique. Les 186 membres qui la composent sont représentés en nombre égal par des délégués gouvernementaux et des délégués du monde professionnel répartis également en nombre égal entre les employeurs et les travailleurs. Le Bureau International du Travail (BIT) secrétariat permanent de l'OIT, met en œuvre le

⁹⁸⁷ G29, Avis 2/2017 sur le traitement des données sur le lieu de travail, (WP 249), adopté le 8 juin 2017, pp. 3-4.

programme de l'OIT tel qu'il est défini au Préambule de la Constitution rédigée en 1919. Une « tradition d'autonomie et d'initiative impulsée par son premier directeur général, A. Thomas »⁹⁸⁸ a conduit à placer le BIT en tête des organes représentatifs de l'OIT, position qui l'a conduit à dépasser ses attributions initiales.

379. En sa qualité de centre de recherche, le BIT produit des analyses et rapports sur les questions économiques et sociales qui concernent le monde du travail. À ce titre, un recueil de directives pratiques portant sur *la protection des données des travailleurs* a été adopté par la Réunion d'experts sur la protection de la vie privée des travailleurs du 1^{er} au 7 octobre 1996. Dans le respect du principe tripartite, le groupe était composé de huit experts désignés après consultation gouvernementale, huit experts désignés après consultation du groupe employeurs du Conseil d'administration et huit experts désignés après consultation du groupe travailleur.

Le préambule du recueil souligne la nécessité « d'élaborer des dispositions sur la protection des données personnelles qui s'appliquent en particulier à l'utilisation des données personnelles des travailleurs, afin de préserver leur dignité, de protéger leur vie privée et de garantir leur droit fondamental de décider qui peut utiliser quelles données, à quelles fins et dans quelles conditions »⁹⁸⁹. Constatant que chaque étape de la relation de travail est l'occasion de collecter un très grand nombre de données relatives au salarié⁹⁹⁰, le BIT insiste sur le besoin de mettre en œuvre des règles sectorielles soulignant qu'« il est difficile, à partir de règles générales applicables au traitement des données, d'apporter des solutions viables aux nombreux problèmes qui peuvent se poser sur le lieu de travail »⁹⁹¹. En d'autres termes, le volume croissant de données personnelles collectées tout au long de la présence du salarié dans l'entreprise et les spécificités de la relation de travail justifient l'adoption de règles particulières.

⁹⁸⁸ C. LETERME, « L'Organisation internationale du travail (OIT) », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2016, vol. 2297, n° 12, p. 18.

⁹⁸⁹ BIT, *Protection des données personnelles des travailleurs*, Recueil de directives pratiques, adopté le 7 octobre 1996, Genève, p. 1.

⁹⁹⁰ « La relation de travail est sans doute le seul domaine où l'on traite un si grand nombre de données personnelles sur une période aussi longue. Les employeurs réunissent des données personnelles sur les candidats à un emploi et sur les travailleurs à diverses fins : se conformer à la législation ; faciliter la sélection pour l'embauche, la formation, l'avancement ; assurer la sécurité des personnes, le contrôle de la qualité, le service à la clientèle, la protection des biens de l'entreprise ; organiser le travail. L'octroi de nouveaux avantages sociaux, l'adoption de règlements visant à réduire les risques qui pèsent sur la santé et la sécurité des travailleurs et la nécessité grandissante où se trouvent les organismes publics, comme les services de l'emploi et les centres d'impôts, d'avoir accès à des informations personnalisées sont parmi les raisons qui expliquent la collecte d'un nombre croissant de données personnelles sur les travailleurs. », *ibid.*, p. 9.

⁹⁹¹ *Ibid.*, p. 10.

380. Le recueil de directive se distingue des conventions adoptées par l’OIT qui sont des traités ayant valeur contraignante pour leurs signataires et des recommandations qui, bien que sans valeur contraignante, comportent des obligations en matière de procédure. Le recueil ne contient pas de dispositions obligatoires ; il indique « aux employeurs et aux travailleurs les règles de base dont ils devraient s’inspirer en fonction de leurs attentes et de leurs besoins »⁹⁹².

Au plan régional le Conseil de l’Europe démontre une préoccupation identique de prendre en compte les particularités de la relation de travail.

2 – Le Conseil de l’Europe favorable à une approche sectorielle

381. Le Comité des Ministres du Conseil de l’Europe a adopté le 18 janvier 1989 une recommandation sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d’emploi⁹⁹³. Révisée en 2015 pour prendre en compte les nouveaux usages, la recommandation prend appui sur la Convention pour la protection des personnes à l’égard du traitement automatisé des données à caractère personnel⁹⁹⁴.

382. L’exposé des motifs adjoint à la recommandation éclaire sur les objectifs de la recommandation. L’adoption d’une telle recommandation se justifie d’abord par l’intensité de la collecte en entreprise. Selon le Conseil de l’Europe, l’utilisation croissante des TIC dans le cadre de l’emploi, la possibilité pour les employeurs de recueillir des données sur les salariés au-delà du strict périmètre de la relation de travail et le développement de traitement de données biométriques, les systèmes de géolocalisation ou de vidéosurveillance justifient l’adoption de mesures spécifiques « conférant des droits positifs aux employés, leur permettant ainsi de contrôler [...] que les employeurs ont bien respecté leurs obligations en matière de protection des données »⁹⁹⁵.

À l’utilisation massive des données s’ajoute une temporalité propre à la relation de travail. La recommandation définit l’expression « à des fins d’emploi ». Elle « concerne les rapports entre employeurs et employés relatifs au recrutement, à l’exécution du contrat de travail et à

⁹⁹² *Ibid.*

⁹⁹³ Conseil de l’Europe, Recommandation Rec(89)2 du Comité des Ministres aux États membres sur le traitement des données à caractère personnel utilisées à des fins d’emploi, adoptée le 19 janvier 1989.

⁹⁹⁴ Conseil de l’Europe, Recommandation CM/Rec(2015)5 précitée.

⁹⁹⁵ Conseil de l’Europe, Recommandation CM/Rec(2015)5 précitée, Exposé des motifs CM(2015)32add, 1^{er} avril 2015, point 31.

son encadrement, y compris à l'exécution des obligations découlant de la loi ou de conventions collectives, ainsi qu'à la planification et à la gestion efficace d'une organisation, et à la fin des rapports de travail. Les conséquences de la relation contractuelle peuvent s'étendre au-delà du terme du contrat de travail ». Cette définition montre que la collecte de données dans ce cadre peut s'étendre sur une période très longue. La collecte peut débuter avant même la conclusion du contrat de travail dès la phase de candidature. Au terme de la relation contractuelle, l'employeur est tenu par des obligations légales de conservation de données salariales, justifiant notamment un traitement de données à des fins d'archivage.

L'adoption de la recommandation s'explique également par la volonté de prendre en compte les spécificités de la relation de travail. Pour adapter les principes fondamentaux au contexte de l'emploi⁹⁹⁶, il s'agit de répondre aux questions spécifiques qui se posent dans un contexte d'emploi : « Comment les employeurs devraient-ils recueillir les données ? Pour quelles finalités ? Comment les données conservées peuvent-elles être utilisées ? Quels droits les employés ont-ils sur les données traitées par l'employeur ? »⁹⁹⁷. Privilégiant une approche sectorielle, la recommandation souhaite notamment « prendre en considération les besoins légitimes types de l'employeur en matière d'information, ainsi que les besoins légitimes de l'employé en matière de vie privée/protection des données. »⁹⁹⁸.

L'utilisation massive de données sur un temps long dans un contexte spécifique justifie, selon le Conseil de l'Europe, l'adoption d'un cadre juridique sectoriel.

383. De manière conjointe, le BIT et le Conseil de l'Europe constatent l'importance de la collecte des données en entreprise et en concluent le besoin d'une réglementation prenant en compte les spécificités de la relation de travail. Malgré ces différents constats, la réglementation européenne a conservé une dimension généraliste.

⁹⁹⁶ *Ibid.*, point 13.

⁹⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁹⁸ *Ibid.*, point 14.

B – Une réglementation européenne à visée généraliste

384. Sans nier l'existence de spécificités propres au monde du travail, le groupe de travail « article 29 » n'a pas pris la position en faveur d'un cadre juridique sectoriel (1). Tout au contraire, le choix d'un règlement européen pour refondre le droit à la protection des données à caractère personnel souligne la volonté d'unifier le cadre juridique applicable en la matière (2).

1 - La position du groupe de travail « article 29 » sur la protection des données

385. L'article 29 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 a institué un groupe de travail rassemblant les représentants de chaque autorité indépendante chargée de la protection des données au niveau national. Dénommé par référence à l'article l'ayant institué, le groupe de l'article 29, également appelé G29 était l'organe de contrôle européen de la protection des données. Durant sa période d'activité, il a émis un grand nombre d'avis visant à uniformiser les pratiques au niveau des États membres. À l'entrée en vigueur du RGPD, il a été remplacé par le Comité européen de la protection des données (CEPD), institué par l'article 68 du RGPD en tant qu'organe de l'Union. Poursuivant la mission de conseil, le CEPD a également commencé à produire un certain nombre d'orientations. En parallèle, les avis émis par le G29, dont certains ont été endossés par le CEPD, conservent leur pertinence. À ce titre, le G29 a eu l'occasion de rendre plusieurs avis relatifs au traitement des données sur le lieu de travail soulignant les caractéristiques propres à la relation professionnelle.

386. Il en est ainsi de l'avis 8/2001 portant sur la mise en œuvre de la directive 95/46/CE dans le cadre du travail⁹⁹⁹ qui admet l'existence de spécificités, notamment concernant le recueil du consentement du salarié. Cependant, il indique que le traitement des données à caractère personnel des salariés entre nécessairement dans le champ d'application de la directive 95/46/CE¹⁰⁰⁰ et souligne le rôle fondamental des autorités de contrôle pour prendre en compte

⁹⁹⁹ G29, Avis 8/2001 sur le traitement des données à caractère personnel dans le contexte professionnel, (WP 48), adopté le 13 septembre 2001.

¹⁰⁰⁰ « La définition du traitement est très vaste. Par conséquent, toute collecte, utilisation ou stockage d'informations relatives aux travailleurs relayée par voie électronique tombera certainement dans le champ d'application de la directive. », *ibid.*, p. 13 ; « Les travailleurs, sujets de la collecte de données, jouissent des droits accordés par la directive 95/46/CE. » *ibid.*, p. 33.

les problèmes spécifiques relatifs à la protection des données à caractère personnel dans le contexte professionnel.

Les particularismes relevés n'ont cependant pas eu pour conséquence d'inciter le groupe de travail à proposer une directive sectorielle. Les droits des salariés faisant l'objet de la collecte et les obligations de l'employeur relatives au traitement de ces données sont simplement replacés dans le contexte du travail. Spiros Simitis, donne deux raisons à cette position qu'il qualifie d'« aussi étrange que surprenante »¹⁰⁰¹. Les causes identifiées se situent au niveau des règles de compétences et conflits d'intérêts au sein de l'Union européenne. D'une part, la protection des données relève de la direction générale « Marché » qui ne peut faire valoir sa compétence s'il est question de règles sectorielles¹⁰⁰² ; d'autre part, la direction générale « Marché » analyse la protection des données au regard de la libre circulation des biens et des services¹⁰⁰³.

387. L'avis 2/2017, quant à lui, reconnaît « l'augmentation de la quantité de données générées dans le contexte professionnel »¹⁰⁰⁴, « l'utilisation à grande échelle des technologies de surveillance »¹⁰⁰⁵ et « le risque élevé que l'intérêt des employeurs à l'amélioration de l'efficacité et à la protection des actifs de l'entreprise se transforme en un contrôle injustifiable et intrusif »¹⁰⁰⁶ en l'absence de limitation ou de transparence des traitements. Malgré ces constats, le G29 confirme les conclusions exprimées lors du précédent avis 8/2001 et réaffirme que « sur la base de la directive en vigueur sur la protection des données, les employeurs ne peuvent collecter les données qu'à des fins légitimes, le traitement étant effectué dans des conditions appropriées »¹⁰⁰⁷. Dans la dernière partie de l'avis, le G29 analyse « un certain nombre de scénarios de traitement de données sur le lieu de travail dans lesquels les nouvelles

¹⁰⁰¹ S. SIMITIS, « Quatre hypothèses et quatre dilemmes, Quelques propos sur l'état actuel de la protection des données personnelles des salariés », *Dr. soc.*, 2002, p. 88.

¹⁰⁰² « Tant que l'attention se concentrait sur la directive de 1995, la compétence pour la protection des données venait de la direction générale « Marché ». C'est elle qui avait dans les années quatre-vingt défini les grandes lignes de la politique de la Commission à l'égard de la protection des données. Et ce sont ses propositions qui ont initiées le débat sur une directive. Mais plus l'intérêt se porte sur des directives sectorielles, moins la direction générale « Marché » peut évoquer sa compétence pour les règles en question. », *ibid.*

¹⁰⁰³ « Cependant [la direction générale de « Marché »] a toujours essayé de tenir compte de l'impact d'une restriction de l'accès à des données personnelles sur son champ d'activité principale : la structure et le développement du marché. », *ibid.*

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*, p. 10.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*, p. 26.

technologies ou l'évolution de technologies existantes peuvent engendrer des risques élevés pour la vie privée des employés » et se limite à recommander aux employeurs de faire preuve de transparence, proportionnalité et à les inviter à s'interroger sur les fondements juridiques et le caractère nécessaire et équitable du traitement.

Ainsi, malgré les particularismes propres à la relation de travail admis et la massification des traitements de données constatée, le G29 ne conclut pas à la nécessité d'une protection sectorielle.

2 – Une volonté européenne d'harmonisation

388. En matière de cadre juridique de la protection des données à caractère personnel, l'Union européenne est passée d'une directive en 1995 à l'adoption d'un règlement en 2016. Le choix du type d'actes législatifs n'est pas neutre. Il révèle la volonté plus ou moins importante de laisser une latitude de décisions aux États membres. Le règlement est bien plus contraignant puisqu'il s'impose dans son intégralité, sans besoin de transposition dans l'ensemble de l'Union européenne alors que la directive fixe des objectifs en laissant à chaque pays le choix des moyens pour les atteindre. Ainsi le choix du règlement européen en matière de protection des données à caractère personnel marque une nette volonté d'harmoniser les règles applicables dans les pays membres.

389. Pourtant ce règlement a été qualifié d'« hybride » par certains auteurs¹⁰⁰⁸ car il laisse aux États des marges importantes de décisions. Cette marge de manœuvre en matière de droit du travail est prévue à l'article 88 du RGPD. Le texte donne aux États membres la possibilité de prévoir « par la loi ou au moyen de conventions collectives, des règles plus spécifiques pour assurer la protection des droits et libertés en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel des employés dans le cadre des relations de travail ».

Le paragraphe 2 dispose que « ces règles comprennent des mesures appropriées et spécifiques pour protéger la dignité humaine, les intérêts légitimes et les droits fondamentaux des personnes concernées, en accordant une attention particulière à la transparence du traitement, au transfert de données à caractère personnel au sein d'un groupe d'entreprises, ou

¹⁰⁰⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, « Protection des données personnelles, décembre 2016 – mai 2018 », *D.*, 2018, p. 1033.

d'un groupe d'entreprises engagées dans une activité économique conjointe et aux systèmes de contrôle sur le lieu de travail ».

Le considérant (155) ajoute la possibilité d'avoir également recours aux accords d'entreprise. Il faut ici s'interroger sur cette latitude laissée aux entreprises quant à la protection des données des salariés alors même que le législateur européen a adopté pour la forme d'un règlement européen garantissant l'harmonisation des règles dans tous les États membres.

Cette disparité de traitement est soulignée par Catherine Schutlis, qui note que « les divergences de régime applicable à la protection des données relatives aux salariés ainsi que le mille-feuille de réglementation applicable pouvant aller jusqu'à l'accord d'entreprise participeront, à n'en pas douter, à la confusion »¹⁰⁰⁹.

Conclusion de la Section 2

390. Un état des lieux des dispositifs utilisés et des données collectées dans le cadre de la gestion du personnel permet de cerner les enjeux. Faciliter la circulation dans l'entreprise, optimiser la gestion des ressources, assurer la sécurité des biens et des personnes. Si chaque dispositif présente une utilité certaine pour l'entreprise, tous s'appuient sur la collecte de données concernant le salarié, faisant du service des ressources humaines « un gros pourvoyeur de données personnelles, voire de données sensibles »¹⁰¹⁰.

Les perspectives d'évolution technologique permettent de penser que cet état des lieux n'est qu'une étape dans la transformation numérique du travail. Le développement annoncé des objets connectés à l'origine d'une production massive de données viendra encore nourrir le *big data* nécessaire à l'intelligence artificielle¹⁰¹¹.

Dans un proche avenir, il semble évident que la collecte des données à caractère personnel concernant le salarié ne peut que s'intensifier. Pour autant, cette intensification n'a pas incité le

¹⁰⁰⁹ C. SCHULTIS, « Le traitement des données dans le cadre des relations de travail dans le règlement sur la protection des données personnelles », *Daloz IP/IT*, 2017, p. 265.

¹⁰¹⁰ H. GUYOT, « Numérique et droit du travail », *Daloz IP/IT*, 2019, p. 680.

¹⁰¹¹ « L'univers numérique se compose, dit-on, de plus de mille-deux-cent milliards de milliards d'octets, dont quatre-vingt-dix pourcents auraient été produits dans ces deux dernières années, et dont le nombre devrait être multiplié par dix d'ici 2020 en raison de la mise en réseau d'un nombre croissant d'objets équipés de puces RFID et capables de communiquer entre eux, et donc de produire, eux aussi, des quantités gigantesques de données. », A. ROUVROY, « Des données sans personne : le fétichisme de la donnée à caractère personnel à l'épreuve de l'idéologie des *Big data* », in Conseil d'État, rapport précité, p. 407.

législateur européen, malgré les recommandations internationales, à prévoir des dispositions spécifiques à la protection des données à caractère personnel au travail, renvoyant la question à la loi nationale ou à la négociation d'entreprise.

Conclusion du Chapitre 1

391. La donnée est aujourd'hui au cœur des relations sociales et économiques. L'entreprise qui n'échappe pas à cette réalité représente même un lieu où la quantité de données traitées est massive. Dans la relation de travail, l'employeur collecte des données concernant le salarié dès l'embauche (parfois même dès la candidature) et pendant toute la durée de l'exécution du contrat de travail.

Ces données ayant une dimension personnelle ou professionnelle constituent la vie numérique du salarié. Elles entrent, soit dans le champ d'application de la loi *Informatique et libertés*, soit dans le champ de la vie privée. À ce titre, elles sont couvertes par deux droits fondamentaux, soit par le droit au respect de la vie privée, soit par le droit à la protection des données à caractère personnel.

392. Face à l'évolution technologique, le législateur européen a souhaité renforcer le droit fondamental à la protection des données par la mise en œuvre d'un règlement européen. Le règlement européen à la protection des données est le fruit de compromis entre la volonté de protéger le droit des personnes concernées par le traitement de leurs données et celle de garantir la libre circulation des données.

Dans l'entreprise, les objectifs de rationalisation de l'organisation du travail à partir du traitement des données en justifient la collecte et mettent en tension le droit de personnes. Dès lors, il convient de s'interroger sur la robustesse du cadre juridique applicable à la protection des données à caractère personnel du salarié.

Chapitre 2

La protection des données à caractère personnel du salarié : un cadre juridique à double face

393. Les TIC permettent de stocker, traiter, diffuser un volume de données de plus en plus important à un coût toujours plus faible. En entreprise, des solutions technologiques, opérées à partir du traitement des données des salariés, permettent de « gérer les carrières et les besoins de formation (en proposant des modules toujours plus individualisés), déterminer les leviers de l’engagement, prédire les accidents du travail, dépister le mal-être au travail, mieux comprendre les collaborateurs de manière à adapter les actions pour les retenir, recueillir des informations destinées à établir quels éléments favorisent l’efficacité d’une équipe ou les qualités d’un leader »¹⁰¹².

Cette faculté de gérer les salariés à partir du traitement des données à caractère personnel les concernant est amenée sans doute à s’intensifier encore davantage dans les années à venir du fait des développements de l’intelligence artificielle.

394. En matière de traitements des données à caractère personnel, le cadre juridique national issu du règlement européen à la protection des données a donné lieu à une adaptation de la loi *Informatique et libertés*. Cette mise en conformité a fait l’objet d’une loi n° 2018-493 du 20 juin 2018¹⁰¹³ suivie d’une ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018¹⁰¹⁴. Cette réécriture visant à améliorer la lisibilité de la loi *Informatique et libertés* nécessite quand même une lecture combinée avec le RGPD, certaines dispositions de la loi renvoyant simplement à celles du RGPD.

¹⁰¹² P. ADAM, M. LE FRIANT, Y. TARASEWICZ, *op. cit.*, p. 8.

¹⁰¹³ Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, JORF n° 141 du 21 juin 2018, texte n° 1.

¹⁰¹⁴ Ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l’article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel, JORF n° 288 du 13 décembre 2018, texte n° 5.

395. Ce cadre juridique se déploie dans deux dimensions : il prévoit, d'une part, un principe de responsabilité de la personne à l'initiative du traitement des données et, d'autre part, des droits à destination de la personne concernée par le traitement.

À l'égard du responsable du traitement, le RGPD pose les principes présidant à la mise en œuvre des traitements. L'employeur en qualité de responsable du traitement des données du salarié¹⁰¹⁵ est soumis aux obligations renforcées prévues par le RGPD.

À l'égard de la personne concernée par la collecte, le renforcement des droits s'organise autour du principe de maîtrise informationnelle. L'article 1^{er} de la loi *Informatique et libertés* dispose notamment que « toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant ». Ces dispositions « posent les bases du principe d'autodétermination informationnelle, c'est-à-dire la nécessaire maîtrise par l'individu de ses données tout au long du traitement »¹⁰¹⁶ et visent à rééquilibrer l'asymétrie qui peut exister entre le responsable du traitement des données et la personne faisant l'objet du traitement.

396. Dans la relation de travail, quelle est la traduction juridique de ces différents principes ? Le droit commun de la protection des données est-il suffisant pour prendre en compte les spécificités de la relation de travail ? Répondre à ces interrogations conduit à investiguer la mise en œuvre des obligations pesant sur l'employeur en sa qualité de responsable du traitement des données du salarié (section 1) ainsi que les droits du salarié face au traitement de ses données (section 2) afin d'en éprouver la pertinence.

¹⁰¹⁵ Le RGPD définit la notion de « responsable du traitement » à l'article 4. Est « "responsable du traitement" la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement [...] ». Il ne fait pas débat que lorsque l'employeur traite les données à caractère personnel concernant le salarié, il détermine les finalités et les moyens du traitement et que partant, il a la qualité de responsable du traitement.

¹⁰¹⁶ G. HASS, « Bilan après 9 mois d'application du RGPD », *Daloz IP/IT*, 2019, p. 357.

Section 1 – Les principes présidant au traitement des données concernant le salarié

397. Par traitement il faut entendre tant la collecte des données que leur exploitation par quelque procédé que ce soit¹⁰¹⁷. Dès lors que des données collectées, organisées, structurées, permettant l'identification directe ou indirecte du salarié, sont conservées en vue d'une consultation, d'une extraction ou d'une diffusion, il s'agit d'un traitement de données à caractère personnel entrant dans le champ d'application de la législation relative à la protection des données à caractère personnel.

398. Avant toute mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel, le responsable du traitement doit s'assurer que celui-ci respecte les principes fixés par le RGPD¹⁰¹⁸ et la loi *Informatique et libertés*. L'article 5 du RGPD énonce en une série d'exigences en matière de finalités du traitement. Les traitements mis en œuvre doivent également respecter le principe de licéité des traitements. Alors que les traitements de données sont à la jonction de la protection des données à caractère personnel et du droit du travail, les obligations qui pèsent sur l'employeur en sa qualité de responsable du traitement sont-elles à même de prendre en compte les spécificités de la relation de travail ?

Les traitements opérés par l'employeur répondent principalement à deux finalités : administratives et prévisionnelles. Dans sa dimension administrative, les données collectées portent principalement sur les éléments de calcul de la rémunération, du temps de travail, et des congés. Plus généralement, elles portent sur l'activité de travail et peuvent conduire au contrôle de l'activité et à la surveillance (§1). Dans son volet prévisionnel, la gestion du personnel s'intéresse plus particulièrement aux compétences, à la mobilité, à la performance des salariés au regard des objectifs de l'entreprise ; elle concerne plus spécifiquement l'évaluation du salarié (§2).

¹⁰¹⁷ Est constitutif d'un traitement au sens de l'article 4 du RGPD « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction ».

¹⁰¹⁸ L'obligation de garantir la sécurité et la confidentialité complétant ce dispositif ne sera pas traitée car il s'agit de la mise en œuvre de mesures techniques et organisationnelles sortant de la sphère juridique *stricto sensu*.

§1 – Les traitements opérés par l’employeur confrontés aux exigences travaillistes

399. La minimisation des données, leur exactitude, la limitation dans la durée de conservation sont les principes énoncés à l’article 5 du RGPD. Chacun de ces principes s’apprécie au regard de la finalité du traitement qui en constitue le fil directeur. L’article 5.1.b) prévoit que la collecte des données doit répondre à des finalités déterminées, explicites et légitimes. La finalité d’un traitement délimite un périmètre de collecte. Le droit du travail pose également des limites en matière d’informations susceptibles d’être demandées au salarié. Ce double cadre juridique ne favorise pas la lisibilité du droit applicable (A). Les traitements mis en œuvre doivent également respecter le principe de licéité. Opéré par l’employeur dans le cadre du contrat de travail, ce principe appelle également une double lecture (B).

A – Des finalités à l’épreuve du droit du travail et du RGPD

400. La grande variété des traitements témoigne de l’importance prise par les TIC dans le cadre de la gestion administrative du personnel. L’offre commerciale d’outils permettant de gérer les salariés à partir des données « est aujourd’hui devenue pléthorique »¹⁰¹⁹.

En réponse à cet essor, le RGPD oblige les responsables des traitements à en préciser la finalité. Cette exigence est déterminante puisqu’elle délimite l’utilisation et la réutilisation des données traitées. Toutefois, elle est variablement appréciée selon la lecture adoptée, travailliste ou gestionnaire (1).

Le cas particulier du traitement des données collectées dans le cadre de la cyber-surveillance mis en œuvre par l’employeur démontre la tension existante entre finalité légitime et droits des personnes (2).

¹⁰¹⁹ P. ADAM, M. LE FRIANT, Y. TARASEWICZ, *op. cit.*, p. 8.

1 – Une appréciation variable des finalités

401. Le RGPD ayant une visée généraliste, la question se pose de savoir dans quelles mesures les spécificités propres à la relation de travail sont prises en compte. La notion de finalité suit-elle un traitement juridique identique selon le RGPD et le droit du travail alors même qu'elle n'est définie ni par le RGPD ni par le Code du travail ?

402. Si le RGPD ne définit pas la notion de finalité, le G29 indique qu'elle peut être comprise comme « la raison spécifique pour laquelle les données sont traitées : le but ou l'intention de leur traitement »¹⁰²⁰. Autrement dit, la finalité d'un traitement renseigne sur la raison de la collecte des données.

En droit du travail la notion de finalité n'est pas non plus définie. Dans le Code du travail, le terme est principalement associé au qualificatif « professionnel » ; la finalité professionnelle étant majoritairement mentionnée dans le cadre de la formation professionnelle. En croisant les occurrences respectives des termes « information » et « finalité », l'association de ces deux termes apparaît en partie législative du Code du travail aux articles L.1221-6 relatif au recrutement, L.1222-2 relatif à l'exécution du contrat de travail, et en partie réglementaire aux articles R.5151-3 relatif au système d'information du compte personnel d'activité, R.5312-38 relatif au système d'information concernant les demandeurs d'emploi et les salariés.

403. Cette appréhension variable, selon que la lecture qui en est faite est travailliste ou gestionnaire, se retrouve également au niveau de leur mise en œuvre.

Aux termes du RGPD, la validité d'une finalité est subordonnée à la satisfaction de trois critères : elle doit être déterminée, explicite et légitime. Si ces différents critères ne sont pas définis, l'article 12 du RGPD¹⁰²¹ fournit des indications quant à la qualité de l'information délivrée par le responsable du traitement.

Ainsi, apparaîtra explicite l'information délivrée sur la finalité, rédigée dans des termes simples et clairs, de sorte à être facilement compréhensible et à ne pas apparaître obscure.

¹⁰²⁰ G29, Avis 06/2014 sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE, (WP 217), adopté le 9 avril 2014, p. 26.

¹⁰²¹ Article 12.1 du RGPD, « Le responsable du traitement prend des mesures appropriées pour fournir toute information [...] d'une façon concise, transparente, compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples [...].

Concernant l'exigence de légitimité, « la doctrine [...] y voit un renvoi aux dispositions des articles 7 de la loi *Informatique et libertés*¹⁰²² et 6.1 du RGPD qui donnent une liste de six fondements sur lesquels doit s'appuyer tout traitement »¹⁰²³. Un argument plaide en faveur de cette approche. Les dispositions de l'article 6 du RGPD qui énumèrent les conditions de licéité du traitement sont rédigées comme suit : le traitement n'est licite que si le traitement est « nécessaire à ». Cette expression peut en effet renvoyer à la notion de finalité. La finalité serait alors légitime dès lors que le traitement est licite. La lecture de l'article 5 sème néanmoins le doute puisqu'il mentionne au paragraphe 1.a) le principe de traitement licite des données et au paragraphe 1.b) le principe des finalités légitimes. Un doute demeure quant à l'autonomie ou l'identité de ces deux notions¹⁰²⁴.

404. En l'absence de définition précise, la CNIL, au fil des délibérations, a apporté des précisions quant aux finalités admises en fonction de la nature de traitement. Elle a adopté un certain nombre de délibérations énumérant de façon restrictive les finalités pouvant être retenues au regard des dispositifs de contrôle et de surveillance de l'activité des salariés mis en œuvre par l'employeur.

La CNIL est intervenue en matière de géolocalisation, dans une délibération du 4 juin 2015¹⁰²⁵, pour énumérer les finalités pour lesquelles des données peuvent être traitées. Elles se classent en trois catégories. D'abord, elles peuvent viser la collecte de données permettant le respect d'une obligation légale en raison du type de transport ou de la nature des biens transportés. Elles peuvent, ensuite, concerner la gestion des véhicules par le suivi et la facturation d'une prestation de transport de personnes ou de marchandises ou par une meilleure allocation des moyens pour des prestations à accomplir en des lieux dispersés, notamment pour des interventions d'urgence, par la sécurité et la sûreté des marchandises ou véhicules, en particulier la lutte contre le vol du véhicule. Elles peuvent, enfin, concerner le salarié conducteur au regard de sa sûreté, sa sécurité ou du contrôle du respect des règles d'utilisation

¹⁰²² L'article 7 de la loi *Informatique et libertés* est devenu l'article 6 depuis la modification par l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018.

¹⁰²³ M. BOURGEOIS, *Droit de la donnée, Principes théoriques et approches pratiques*, LexisNexis, 2017, p. 59.

¹⁰²⁴ Sur le lien ambivalent entre le principe de licéité du traitement et le caractère légitime d'une finalité, v., O. TAMBOU, *op. cit.*, p. 114.

¹⁰²⁵ CNIL, Délibération n° 2015-165 du 4 juin 2015 portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics ou privés destinés à géolocaliser les véhicules utilisés par leurs employés (norme simplifiée n° 51), JO n° 138 du 17 juin 2015, texte n° 89.

du véhicule définies par le responsable de traitement, sous réserve de ne pas collecter une donnée de localisation en dehors du temps de travail du conducteur.

Outre ces finalités principales, la CNIL admet qu'un traitement à partir de données de géolocalisation « peut avoir pour finalité accessoire le suivi du temps de travail, lorsque ce suivi ne peut être réalisé par un autre moyen, sous réserve notamment de ne pas collecter ou traiter de données de localisation en dehors du temps de travail des employés concernés. » Une fonction de désactivation doit être prévue « en particulier à l'issue de leur temps de travail ou pendant leurs temps de pause, le responsable de traitement pouvant, le cas échéant, demander des explications en cas de désactivations trop fréquentes ou trop longues du dispositif ».

Ces finalités mêlent gestion du véhicule, outil de travail fourni par l'employeur et contrôle de l'activité du salarié. La délibération vise le Code du travail mais seuls sont cités les articles du Code portant sur l'information du dispositif¹⁰²⁶, sans visa de l'article L. 1121-1. En matière de finalités permettant de recourir à un système de géolocalisation, le Conseil d'État et la Cour de cassation pose une limite stricte à l'utilisation de ce type de dispositif pour suivre le temps de travail. Au double visa de la loi *Informatique et libertés* et de l'article L.1121-1 du Code du travail, le Conseil d'État indique qu'« il résulte de ces dispositions que l'utilisation par un employeur d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail de ses salariés n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut être fait par un autre moyen, fût-il moins efficace que la géolocalisation »¹⁰²⁷. La juridiction administrative pose ainsi « un principe de subsidiarité »¹⁰²⁸ visant à réserver l'usage de la géolocalisation aux seuls cas où il ne peut pas être procédé d'une autre manière. Ce raisonnement est également repris par la Cour de cassation qui censure, au visa de l'article L.1121-1 du Code du travail, la Cour d'appel pour n'avoir pas « caractériser que le système de géolocalisation était le seul moyen permettant d'assurer le contrôle de la durée du travail des salariés »¹⁰²⁹.

La CNIL est également intervenue concernant l'usage de la biométrie sur le lieu de travail. Elle a pris une délibération le 10 janvier 2019¹⁰³⁰ visant à limiter la mise en place de dispositifs biométriques aux seules finalités de contrôle d'accès à l'entrée et dans les locaux limitativement

¹⁰²⁶ Vu le Code du travail, notamment ses articles L.1222-4, L.2143-22, L.2315-5, L.2323-13 et suivants, L.2323-32, L.2325-11 et L.8113-4 et suivants.

¹⁰²⁷ CE 15 décembre 2017, n° 403776, *société Odeolis*, Lebon ; *AJDA* 2018. 402, concl. A. Bretonneau ; *ibid.* 2017. 2501 ; *D.* 2018. 1033, obs. B. Fauvarque-Cosson et W. Maxwell.

¹⁰²⁸ M. VERICEL, « Contrôler la durée du travail par géolocalisation », *RDT*, 2019, p. 644.

¹⁰²⁹ Cass. soc., 19 décembre 2018, arrêt précité.

¹⁰³⁰ CNIL, Délibération n° 2019-001 du 10 janvier 2019 précitée.

identifiés comme devant faire l'objet d'une restriction de circulation, et à l'accès à des appareils et applications informatiques professionnels. Dans cette délibération, le visa du Code du travail et des droits des personnes¹⁰³¹ a disparu par rapport à la précédente délibération portant sur la biométrie.

405. En droit du travail, la finalité limite les informations pouvant être demandées au salarié à la seule appréciation de ses capacités professionnelles. Dans le cadre de l'exécution du contrat de travail, « les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, à un salarié ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier ses aptitudes professionnelles ».

406. En résumé, la légitimité d'une finalité selon le RGPD s'apprécie au regard de l'activité de l'entreprise ; tandis qu'en droit du travail, la seule finalité admise est celle qui permet d'apprécier les capacités professionnelles du salarié. Pour autant, la multiplicité des traitements ouvre la porte à une très grande variété de finalités que la CNIL a énuméré dans le nouveau référentiel adopté suite à l'entrée en vigueur du RGPD¹⁰³². La logique gestionnaire du personnel est gourmande en données alors que la logique travailliste minimise les informations pouvant être utilisées.

Le RGPD prévoit en outre que les données ne peuvent être « traitées ultérieurement de manière incompatible » avec les finalités pour lesquelles celles-ci ont été collectées. Cette limite posée n'est cependant effective qu'à la condition d'être rigoureusement respectée par les employeurs, malgré la tentation de réutilisation qui peut être grande, ou le cas échéant, rigoureusement contrôlée par les juges.

¹⁰³¹ « Face au développement du recours aux dispositifs biométriques aux fins de contrôle d'accès, la commission doit veiller, conformément à l'article 1er de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, à ce que ces traitements restent au service du citoyen et ne "portent atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques" », CNIL, Délibération n° 2016-186 du 30 juin 2016 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs ayant pour finalité le contrôle d'accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail et garantissant la maîtrise par la personne concernée sur son gabarit biométrique (AU-052), JO n° 225 du 27 septembre 2016, texte n° 53.

¹⁰³² « Le traitement de gestion du personnel peut être mise en œuvre pour les finalités suivantes : a) recrutement ; b) gestion administrative des personnels ; c) gestion des rémunérations et accomplissement des formalités administratives afférentes ; d) mise à disposition du personnel d'outils professionnels ; e) organisation du travail ; f) suivi des carrières et de la mobilité ; g) formation ; h) tenue des registres obligatoires, rapports avec les instances administratives du personnel ; i) communication interne ; j) gestion des aides sociales ; k) réalisation des audits, gestion du contentieux et du précontentieux. », CNIL, Délibération n° 2019-160 du 21 novembre 2019 portant adoption d'un référentiel relatif aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre aux fins de gestion du personnel, JO n° 92 du 15 avril 2020, texte n° 47.

2 – Une réutilisation limitée en discussion

407. Tout traitement ultérieur mis en œuvre en violation de cette limite constitue un détournement de finalité puni par l'article 226-21 du Code pénal. Cette interdiction de principe laisse cependant la porte ouverte à une réutilisation compatible à la finalité initiale.

Avant toute réutilisation, le responsable du traitement doit effectuer un « test de compatibilité » fondé notamment sur le degré de proximité des finalités initiales et ultérieures, la nature des données collectées, les garanties prévues et les conséquences de ce traitement ultérieur sur les personnes concernées.

Le considérant (50) du RGPD fournit des éléments d'appréciation relatif à ce « test de compatibilité » précisant que pour « établir si les finalités d'un traitement ultérieur sont compatibles avec celles pour lesquelles les données à caractère personnel ont été collectées initialement, le responsable du traitement, après avoir respecté toutes les exigences liées à la licéité du traitement initial, devrait tenir compte, entre autres : de tout lien entre ces finalités et les finalités du traitement ultérieur prévu ; du contexte dans lequel les données à caractère personnel ont été collectées, en particulier les attentes raisonnables des personnes concernées, en fonction de leur relation avec le responsable du traitement, quant à l'utilisation ultérieure desdites données ; la nature des données à caractère personnel ; les conséquences pour les personnes concernées du traitement ultérieur prévu ; et l'existence de garanties appropriées à la fois dans le cadre du traitement initial et du traitement ultérieur prévu ». Il faut non seulement que le traitement initial soit licite, c'est-à-dire respectueux des exigences posées par le RGPD, mais il faut également prendre en considération la personne concernée par la réutilisation de ses données, en matière d'attentes, de conséquences et de garanties.

408. La Cour de cassation a eu à connaître des litiges portant sur la réutilisation de données à des fins détournées. Dans un arrêt du 3 novembre 2011, la Cour de cassation, après avoir sanctionné l'utilisation d'un dispositif de géolocalisation en vertu de l'article L.1121-1 du Code du travail, ajoute « qu'un système de géolocalisation ne peut être utilisé par l'employeur pour d'autres finalités que celles qui ont été déclarées auprès de la CNIL, et portées à la connaissance des salariés »¹⁰³³. Les données collectées ne peuvent être utilisées pour d'autres finalités que celles pour lesquelles elles font l'objet d'un traitement initial. Dès lors, l'obligation de

¹⁰³³ Cass. soc., 3 novembre 2011, arrêt précité.

déterminer précisément les finalités permet en outre de sanctionner un éventuel détournement de finalité.

Dans l'arrêt du 15 novembre 2017¹⁰³⁴, la Chambre sociale de la Cour de cassation a été interrogée précisément sur le détournement de finalité. En l'espèce, un salarié s'estimait victime de discrimination, à la suite de la décision prise par l'employeur de déclassement de sa candidature à un changement de poste en interne. Le salarié reprochait à l'employeur de l'avoir écarté de la procédure de sélection aux fonctions d'instructeur en se fondant sur des données collectées dans une application dénommée « main courante » ayant pour finalités, déclarées à la CNIL, de permettre « un suivi de l'activité journalière » et « d'informer les cadres sur les événements liés à l'exploitation et les demandes particulières des pilotes ». Il ajoutait que ces événements ne figurant pas dans son dossier professionnel, ils ne pouvaient pas lui être opposés. Ainsi alors même que les données collectées par cette application informatique qui n'avaient pas été versées au dossier professionnel, pouvait-elles être réutilisées à des fins autres que celles déclarées à la CNIL ? La Cour rejette le pourvoi formé par le salarié et valide le raisonnement de la Cour d'appel qui relève que la procédure de sélection ne se limitait pas aux seuls éléments contenus dans le dossier professionnel et « faisant ressortir que les événements liés à l'exploitation pouvaient être pris en compte dans le cadre du processus de sélection des instructeurs ». La Cour d'appel pouvait donc en déduire que « l'extrait de l'application “main courante”, dont le fonctionnement avait été porté à la connaissance des pilotes, pouvait être utilisé dans ce cadre ».

Par cette décision, La Cour de cassation ouvre la porte à une utilisation très large des données collectées. Le respect des finalités représente pourtant la seule option pour limiter la réutilisation des données. Il est d'ailleurs curieux que la Cour mentionne le fait que le fonctionnement de l'application avait été porté à la connaissance des salariés alors même que les finalités réelles sont différentes des finalités affichées.

Si le double cadre juridique ne favorise pas la lisibilité du droit applicable en matière de finalités, ce constat vaut également pour les principes applicables à la licéité des traitements.

¹⁰³⁴ Cass. soc., 15 novembre 2017, n° 15-21.188, inédit.

B – La licéité du traitement à l'épreuve du droit du travail et du RGPD

409. La licéité des traitements est subordonnée à l'existence d'une base juridique qui exprime le but poursuivi par le responsable de traitement. À cet effet, le RGPD énumère une série de fondements susceptibles de servir de base au traitement des données. En dehors de ces hypothèses, le consentement de la personne concernée est requis. En d'autres termes, le traitement qui répond à une base juridique énoncée par le RGPD dispense le responsable du traitement du recueil du consentement de la personne concernée par la collecte. En entreprise, il apparaît que la variété des bases juridiques prévue par le RGPD dispense en large partie l'employeur du recueil du consentement du salarié ; consentement dont le caractère libre et éclairé semble peu pertinent dans un contexte de travail (1).

410. En outre, l'entrée en vigueur du RGPD a été l'occasion d'un changement de logique remplaçant le contrôle *a priori* du traitement par un contrôle *a posteriori*. Ce passage d'un régime déclaratif à un régime de responsabilité illustre un droit souple basé sur un régime incitatif à intégrer les règles applicables (2).

1 – La variété des fondements appliquée à la relation de travail

411. En application de l'article 5.1.a) du RGPD, l'employeur doit traiter les données à caractère personnel des salariés de manière licite, loyale et transparente. En application de l'article 6 du RGPD, le traitement n'est licite que s'il répond à une des bases juridiques énumérées par l'article. Plusieurs fondements mentionnés à l'article 6 sont applicables à la relation de travail (a). Le consentement de la personne concernée par la collecte peut également servir de fondement au traitement (b).

a – Les bases juridiques légitimant le traitement des données du salarié par l'employeur

412. Aux termes de l'article 6 du RGPD, outre le consentement, le traitement n'est licite que s'il est nécessaire à l'exécution d'un contrat, au respect d'une obligation légale, à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée, à l'exécution d'une mission d'intérêt public, ou enfin, s'il est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement. Certaines bases juridiques, telle que le respect d'une obligation légale, sont

suffisamment explicites et n'appellent que peu de commentaires. D'autres, au contraire, telles que l'exécution d'un contrat ou la poursuite des intérêts légitimes, appellent des précisions et soulignent les particularités de la relation de travail.

413. Le contrat de travail offre une première base juridique pour traiter licitement les données du salarié. Pour être licite, ce traitement doit être « nécessaire à l'exécution d'un contrat ». Le considérant (44) utilise également l'expression « nécessaire dans le cadre du contrat » sans donner d'indication quant au sens du terme « nécessaire ». Son interprétation est faite par le G29 qui indique que ce terme s'apprécie par référence à la CJUE et à la CEDH¹⁰³⁵.

La CJUE a considéré que la notion de nécessité telle qu'elle résulte de la directive 95/46/CE vise à délimiter les hypothèses de licéité des traitements. « Eu égard à l'objectif consistant à assurer un niveau de protection équivalent dans tous les États membres, la notion de nécessité [...] ne saurait avoir un contenu variable en fonction des États membres. Partant, il s'agit d'une notion autonome du droit communautaire qui doit recevoir une interprétation de nature à répondre pleinement à l'objectif de la directive tel que défini à l'article 1^{er}, paragraphe 1 de celle-ci. »¹⁰³⁶ L'article 1^{er}, paragraphe 1 affirme que les États membres assurent la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Le terme nécessaire s'apprécie donc au regard de ces objectifs de protection.

La CEDH fournit également des éléments de compréhension. À propos de l'expression « nécessaire à une société démocratique », elle indique que « l'adjectif “nécessaire”, n'est pas synonyme d'“indispensable”, mais n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'“admissible”, “normal”, “utile” ou “opportun” [...] »¹⁰³⁷.

L'interprétation du terme « nécessaire » est déterminante, puisqu'elle conditionne l'étendue de cette base juridique. Les traitements qui n'apparaissent « nécessaires » à l'exécution du contrat de travail sont soumis à une autre base juridique.

414. La satisfaction d'une obligation légale constitue la deuxième base juridique conditionnant la licéité du traitement. Dans le cadre de la gestion administrative et sociale du salarié, l'employeur est soumis à un grand nombre d'obligations légales. Il peut s'agir de données à

¹⁰³⁵ G29, Avis 06/2014 précité, p. 12.

¹⁰³⁶ CJUE, 16 décembre 2008, *Heinz Huber*, aff. C-524/06, Rec. 2008, p. 9705, §52.

¹⁰³⁷ CEDH, 25 mars 1983, req. n° 7136/75, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, §97.

transmettre aux organismes sociaux ou à l'administration fiscale. Faut-il en déduire que l'existence d'une obligation suffit à garantir la licéité du traitement ? Sur ce point, le G29 apporte plusieurs précisions¹⁰³⁸. La source de l'obligation doit être légale ; ce qui exclut les accords tels qu'une convention collective ou tout type d'accord d'entreprise. L'obligation doit s'imposer au responsable du traitement ; ce qui exclut les engagements volontaires allant au-delà de ce que prescrit la loi. De surcroît, l'obligation légale doit mentionner explicitement la nature et l'objet du traitement.

415. Ces deux bases juridiques (exécution du contrat et respect d'une obligation légale) constituent sans doute la majeure partie des traitements de données concernant les salariés. Une troisième base juridique est cependant envisageable : le traitement aux fins des intérêts légitimes du responsable du traitement. Cette base juridique est porteuse de nombreuses questions¹⁰³⁹.

Le G29, dans sa fonction d'interprète, fournit à nouveau à guide de lecture. En premier lieu, il distingue intérêt et finalité ; la finalité étant « la raison spécifique pour laquelle les données sont traitées »¹⁰⁴⁰ tandis que l'intérêt est « l'enjeu plus large poursuivi par le responsable du traitement ou le bénéfice qu'il tire – ou que la société pourrait tirer – du traitement »¹⁰⁴¹. Le G29 prend comme exemple une société œuvrant dans le domaine nucléaire dont la préservation de la santé et la sécurité constitue un intérêt et qui, pour ce faire, traite des données dont la finalité porte sur le contrôle des accès. Le considérant (47) du RGPD évoque le traitement de données à des fins de prospection comme pouvant être réalisé pour répondre à un intérêt légitime. Ces deux exemples démontrent la variété des intérêts légitimes pouvant être mis en avant. En second lieu, le G29 précise le caractère légitime. L'intérêt est dit légitime lorsqu'il « est acceptable au regard du droit »¹⁰⁴² incluant les « coutumes, les codes de conduite, les codes de déontologie, les accords contractuels, ainsi que les circonstances et le contexte général »¹⁰⁴³. En dernier lieu, le G29 indique que le traitement des données à caractère

¹⁰³⁸ G29, Avis 06/2014 précité, pp. 21-22.

¹⁰³⁹ « Cette base juridique est sans doute la plus complexe et celle qui a fait l'objet de plus de discussion tant dans son régime antérieur que lors de la négociation du RGPD. », O. TAMBOU, *op. cit.*, p. 148.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, p. 26.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*

¹⁰⁴² *Ibid.*, p. 28.

¹⁰⁴³ *Ibid.*

personnel doit être « nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime ce qui suppose un lien entre le traitement et l'intérêt légitime »¹⁰⁴⁴.

La définition de l'intérêt légitime n'est que la première étape de cette base juridique puisque leur prise en compte n'est pas systématique. L'article 6.1.f) du RGPD envisage en effet l'hypothèse où prévaudraient « les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel ». Dès lors, l'employeur qui s'appuie sur un intérêt légitime à traiter les données à caractère personnel des salariés devra mettre ceux-ci en balance au regard des intérêts et des droits du salarié concerné par le traitement. Le considérant (47) apporte une précision quant à la prévalence des droits de la personne faisant l'objet de la collecte sur les intérêts légitimes du responsable du traitement : « Les intérêts et les droits fondamentaux de la personne concernée pourraient, en particulier, prévaloir sur l'intérêt du responsable du traitement lorsque des données à caractère personnel sont traitées dans des circonstances où les personnes concernées ne s'attendent raisonnablement pas à un traitement ultérieur ». Autrement dit, l'éventualité d'une réutilisation des données ferait prévaloir les droits des personnes concernées.

Transposé dans le domaine du travail, est-il envisageable de mobiliser l'article L.1121-1 du Code du travail pour déterminer les règles de prévalence ? L'intérêt légitime de l'entreprise peut s'illustrer dans la recherche d'efficacité. Les gains de temps liés à la facilité de mise en œuvre, le moindre coût de certains procédés peuvent conduire à des choix stratégiques qui ne sont pas nécessairement en accord avec les intérêts des salariés. Il est alors assez aisé de comprendre les tensions à l'œuvre.

416. Quels sont alors les traitements de données du salarié, qui, sans résulter de la mise en œuvre d'une obligation légale, sont nécessaires aux intérêts légitimes de l'employeur, tout en sortant du cadre du contrat de travail ? Sans surprise, la CNIL, lors de l'adoption du référentiel relatif aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre aux fins de gestion du personnel,¹⁰⁴⁵ indique que les bases juridiques les plus fréquemment mobilisables sont le respect d'une obligation légale et l'exécution d'un contrat. Concernant les traitements répondant à un intérêt légitime, elle précise qu'il s'agit principalement de ceux correspondant à la mise à disposition d'outils informatiques ou d'équipements, à l'organisation du travail, au suivi des carrières, à la gestion des aides sociales et à l'organisation des sessions de formation

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*

¹⁰⁴⁵ CNIL, Délibération n° 2019-160 du 21 novembre 2019 précitée.

et l'évaluation des connaissances. Dans cette liste à la Prévert, certaines finalités telles que la formation professionnelle ou les évaluations, pourrait relever de l'exécution du contrat. Il faut alors en déduire que la CNIL fait une lecture restrictive de cette base juridique.

Si le traitement ne satisfait pas à l'une des bases juridiques requises au paragraphe 1 de l'article 6 du RGPD, il reste néanmoins licite à condition que la personne concernée y a consenti.

b – Le consentement du salarié au traitement des données le concernant

417. Le consentement de la personne concernée par le traitement n'est requis que si une autre base juridique ne peut être invoquée. Or, l'employeur peut fonder le traitement des données à caractère personnel du salarié sur trois autres fondements : l'exécution du contrat de travail, le respect d'obligations légales imposé par le droit du travail ou l'intérêt légitime dont l'employeur se prévaut. Il pourra donc se dispenser du consentement du salarié dans les cas où il satisfait au moins à une des bases juridiques énumérées à l'article 6 du RGPD. Il est donc possible de conclure que le consentement du salarié sera rarement requis du fait de la présence d'autres bases juridiques légitimant le traitement des données du salarié.

418. Néanmoins, dans les cas où le consentement est requis, pour être valable, il doit être libre et éclairé. Or le lien de subordination dans la relation de travail est une entrave à l'exercice libre du consentement. Conscient de cette difficulté, le G29 conclut que « dans la majorité des cas de traitement de données relatives aux employés la base juridique de ce traitement ne peut et ne doit pas être le consentement des employés. Une base juridique différente est nécessaire »¹⁰⁴⁶. En l'absence de dispositions spécifiques à la relation de travail, le consentement est une base juridique sans effectivité pour le salarié. Dès lors, elle ne concourt pas au rééquilibrage des pouvoirs visé par le principe d'autodétermination informationnelle.

En résumé, alors que, abstraction faite des difficultés propres au consentement pris comme base juridique, l'employeur pourra facilement légitimer le traitement des données à caractère personnel du salarié, l'entrée en vigueur du RGPD a introduit un changement de logique dans le contrôle.

¹⁰⁴⁶ G29, Avis 2/2017 précité, p. 7.

2 – Le changement de logique induit par le contrôle « par défaut » du traitement

419. En application de l'article 25 du RGPD, « le responsable du traitement met en œuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées pour garantir que, par défaut, seules les données à caractère personnel qui sont nécessaires au regard de chaque finalité spécifique du traitement sont traitées ». Le contrôle est intériorisé au traitement, intégré dès sa conception (a).

En outre, l'article 30 du RGPD prévoit la création d'un nouveau registre comportant une liste d'informations relatives à chaque traitement (b).

a – Un changement de logique : de la déclaration des traitements à l'analyse d'impact

420. Initialement, la loi *Informatique et libertés* avait instauré un système de contrôle préalable au traitement allant de la déclaration simplifiée à l'autorisation. Cette gradation, liée au caractère plus ou moins intrusif de la collecte et aux risques plus ou moins élevés d'atteinte à la vie privée, a disparu à partir du 25 mai 2018 date d'entrée en vigueur du RGPD. En effet, le règlement européen marque un tournant dans le régime juridique applicable aux données à caractère personnel en instaurant un régime basé sur la responsabilité également appelé *privacy by design* remplaçant le contrôle *a priori*, basé sur les régimes de déclaration et d'autorisation préalables, par un contrôle *a posteriori*, fondé sur l'analyse par le responsable de traitement des risques inhérents au traitement mis en œuvre.

L'article 35 du RGPD prévoit que « lorsqu'un type de traitement, en particulier par le recours à de nouvelles technologies, et compte tenu de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement, est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques, le responsable du traitement effectue, avant le traitement, une analyse de l'impact des opérations de traitement envisagées sur la protection des données à caractère personnel ». Le responsable du traitement des données ne sollicite l'avis de la CNIL que s'il s'avère que des risques restent élevés pour la protection du droit des personnes ou si les mesures de sécurité s'avèrent insuffisantes au regard des risques encourus.

421. L'abandon de la logique déclarative au profit d'une logique de responsabilisation des acteurs se justifie par l'ampleur du développement des fichiers. À ce titre, le rapport d'activité 2016 de la CNIL énonce des chiffres assez significatifs : 102 629 dossiers de formalités déclaratives (dont 14 734 déclarations pour des systèmes de vidéosurveillance et 7 370

déclarations pour des dispositifs de géolocalisation). Néanmoins, ce dispositif avait le mérite d’astreindre le responsable du traitement des données à une analyse fine au travers du formulaire de déclaration ; il permettait également un contrôle des finalités.

422. À partir de lignes directrices rédigées par le G29¹⁰⁴⁷, la CNIL a identifié les traitements pour lesquels une analyse d’impact est requise et ceux pour lesquels elle ne l’est pas. Les traitements non visés par l’une des deux hypothèses constituent une zone grise à l’intérieure de laquelle l’analyse est laissée à l’initiative du responsable. Dans les entreprises qui emploient moins de 250 salariés, l’étude d’impact n’est pas requise pour les traitements aux fins de gestion du personnel sauf s’ils mettent en œuvre des techniques de profilage ou biométriques¹⁰⁴⁸. La réalisation de traitements visant à établir des profils ou visant à surveiller de manière constante l’activité des salariés requiert une étude d’impact indépendamment de la taille de l’entreprise¹⁰⁴⁹.

423. Ce changement de logique a des conséquences tant sur la jurisprudence de la Cour de cassation que sur la politique de contrôle de la CNIL.

Dans un arrêt en date du 8 octobre 2014¹⁰⁵⁰, la Chambre sociale avait considéré que « constitue un moyen de preuve illicite les informations collectées par un système de traitement automatisé de données personnelles avant sa déclaration à la CNIL ». Ainsi les informations traitées par le biais d’un dispositif sont inopposables au salarié en l’absence de déclaration à la CNIL. Avec l’entrée en vigueur du règlement européen, cette protection perd toute sa pertinence et comme le souligne Patrice Adam, c’est une « solution “en sursis”. Sa mort est déjà programmée »¹⁰⁵¹. Cet arrêt de mort a été effectivement signé par l’arrêt *Manfrini*¹⁰⁵² dans lequel la Cour de cassation admet que le défaut de déclaration à la CNIL d’un

¹⁰⁴⁷ G29, Lignes directrices concernant l’analyse d’impact relatives à la protection des données (AIPD) et la manière de déterminer si le traitement est « susceptible d’engendrer un risque élevé » aux fins du règlement (UE) 2016/679, (WP 248 rév.01), adopté le 4 avril 2017.

¹⁰⁴⁸ CNIL, Délibération n° 2019-118 du 12 septembre 2019 portant adoption de la liste des types d’opérations de traitement pour lesquels une analyse d’impact relative à la protection des données n’est pas requise, JO n° 246 du 22 octobre 2019, texte n° 90.

¹⁰⁴⁹ CNIL, Délibération n° 2018-327 du 11 octobre 2018 portant adoption de la liste des types d’opérations de traitement pour lesquels une analyse d’impact relative à la protection des données est requise, JO n° 256 du 6 novembre 2018, texte n° 82.

¹⁰⁵⁰ Cass. soc., 8 octobre 2014, arrêt précité.

¹⁰⁵¹ P. ADAM, « Absence de déclaration (simplifiée) à la CNIL et recevabilité de la preuve », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 602.

¹⁰⁵² Cass. soc., 25 novembre 2020, arrêt précité.

traitement n'entraîne pas nécessairement le rejet d'un élément de preuve obtenu en contravention de cette obligation.

La logique de responsabilisation des responsables du traitement des données se retrouve également dans la politique de contrôle de la CNIL. Elle transparaît dans les chiffres de son rapport d'activité. En 2019, la CNIL a reçu 14 137 plaintes dont 10 % concernent le secteur « travail/ressources humaines » alors qu'elle n'a effectué que 300 contrôles et prononcé 42 mises en demeure, 7 sanctions financières, 5 injonctions sous astreinte et 2 avertissements. La CNIL explique cette différence par le fait qu'une intervention auprès du responsable du traitement est souvent suffisante pour corriger les manquements. Les plaintes ne sont transmises au service des contrôles qu'en l'absence de coopération de la part du responsable.

424. Cette responsabilisation des responsables illustre une politique de droit souple qui peut surprendre s'agissant d'un droit fondamental. Cette contradiction entre droit fondamental et souplesse dans l'application des garanties qui peut correspondre à la logique d'une autorité de régulation est encore plus surprenante quand elle est à l'œuvre au sein de la Cour de cassation. Ainsi, la Chambre sociale a été saisie par le syndicat des pilotes d'Air France d'une demande de cessation d'utilisation d'une application informatique dénommée « Main courante des vols » permettant d'assurer le suivi du personnel navigant technique¹⁰⁵³. Parmi les griefs le syndicat relevait que pour deux commandants de bord leur statut de gréviste avait été mentionné dans l'application faisant valoir au support de leur demande que le dispositif permettait la collecte la collecte de données sensibles, interdite par l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. La Cour de cassation écarte cette branche du moyen au motif que « les deux cas relatés de mention de la qualité de gréviste étaient isolés, ancien pour l'un d'eux, rectifiés et résultaient d'erreurs commises par les utilisateurs que l'entreprise s'efforçait d'éviter en leur diffusant une liste de termes génériques ». La logique à l'œuvre dans les contrôles de la CNIL, à savoir pas de sanction si rectification des manquements, se retrouve appliquée par la Cour de cassation. Or s'agissant d'un droit fondamental le raisonnement juridique visant à mettre en balance, d'une part, le droit à la protection des données et le droit au respect de la vie privée du salarié et la liberté d'entreprendre de la société d'autre part, aurait dû être respecté.

¹⁰⁵³ Cass. soc., 13 juin 2018, n° 16-25.301, Bull. civ. V, n° 113, D. 2018. 1316 ; RDT 2018. 680, chron. Y. Basire et J. Sabbah.

b – Un nouveau registre : le registre des activités de traitement

425. La mise en œuvre du RGPD a créé à la charge du responsable du traitement l'obligation de réaliser et tenir à jour un registre des activités de traitement¹⁰⁵⁴. L'article 30 du RGPD précise que ce document n'est obligatoire que pour les entreprises comptant plus de 250 salariés ou réalisant certains traitements notamment susceptibles de comporter des risques pour les libertés des personnes concernées par le traitement et qu'il est à la disposition de l'autorité de contrôle en l'espèce la CNIL.

426. Cette mise à disposition concerne-elle l'inspecteur du travail dès lors qu'un traitement portant sur les données à caractère personnel des salariés est mis en œuvre ? L'article L.8113-4 du Code du travail dispose que « les agents de contrôle de l'inspection du travail peuvent se faire présenter au cours de leur visite l'ensemble des livres, registres et documents rendus obligatoires par le présent code ou par une disposition légale relative au régime du travail ». Il s'agit principalement du registre unique du personnel, du registre des accidents bénins non déclarés, du document unique d'évaluation des risques et du registre du comité social et économique. Le registre des activités de traitement ne figurant pas parmi les registres obligatoires soumis au contrôle de l'inspecteur du travail, il est assez douteux que l'inspecteur y ait un droit d'accès lors d'un contrôle.

Le règlement intérieur, la convention collective, le document unique d'évaluation des risques sont les documents qui doivent être mis à la disposition du salarié par tout moyen. Même s'il contient des traitements de données concernant les salariés, aucune disposition n'impose à l'employeur que ce registre soit mis à la disposition des salariés. Ce constat est également valable pour les représentations du Comité social et économique qui n'en sont pas destinataires.

427. L'étude générale démontre les limites d'un double cadre juridique dans la prise en compte des spécificités de la relation de travail lors du traitement des données concernant le salarié ; l'étude particulière des évaluations mises en œuvre par traitements de données renforce cette démonstration.

¹⁰⁵⁴ Article 30 du RGPD.

§2 – Le cas particulier des évaluations à l'épreuve du droit du travail et du RGPD

428. Pour reprendre les termes d'Antoine Lyon-Caen, « partout fleurit l'évaluation »¹⁰⁵⁵. La gestion prévisionnelle couvre la dimension stratégique des ressources humaines. « Gérer c'est prévoir dit-on »¹⁰⁵⁶ et prévoir suppose de décider pour l'avenir nécessite de disposer d'éléments de connaissance sur lesquels fonder une décision. La gestion prévisionnelle conduit donc à évaluer. Dans le cadre de la gestion du personnel, le volet prévisionnel cherche à confronter les compétences et la performance des salariés aux objectifs de l'entreprise. Visant à anticiper au mieux les évolutions, elle passe par une étape d'évaluation des salariés. La prévision est un exercice stratégique ; les enjeux de réussite sont élevés et les risques d'erreur ne sont pas négligeables. Dans ce contexte, les outils informatiques d'aides à la décision fournissent une justification rassurante. Les règles prévues par le RGPD relatives au profilage et aux décisions automatisées sont-elles transposables à la relation de travail ? Quelle articulation avec les règles relatives au Code du travail en matière d'évaluation ?

429. Attribut du pouvoir de direction, elle s'impose au salarié. Selon les procédés choisis par l'employeur pour sa mise en œuvre, l'évaluation peut donner lieu à la collecte de données à caractère personnel. Quels sont les procédés licites (A) et quelles sont les informations pouvant être utilisées tant sous l'angle du RGPD que du Code du travail (B) ?

A – L'évaluation numérique : le libre choix du procédé

430. Les évaluations peuvent déterminer les augmentations de salaires en fonction d'un classement. Elles peuvent participer à l'identification des compétences et des capacités de chaque salarié en cas de restructuration, de mobilité ou de formation. Leurs mises en œuvre résultent du pouvoir de direction de l'employeur (1).

431. Face aux risques d'erreurs inhérentes à l'évaluation, le profilage et l'utilisation de décisions automatisées constituent des méthodes et des procédés permettant de sécuriser les décisions. L'article 4 du RGPD spécifie la possibilité d'opérer un profilage permettant

¹⁰⁵⁵ A. LYON-CAEN, « L'évaluation des salariés », *D.*, 2009, p. 1124.

¹⁰⁵⁶ A. DIETRICH, F. PIGEYRE, *La gestion des ressources humaines*, La Découverte, 2016, p. 57.

notamment d'« analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail ». Les employeurs peuvent être tentés d'utiliser de telles techniques afin d'évaluer le salarié tout au long de l'exécution de son contrat de travail. Algorithmes, *Big Data* et intelligence artificielle appliqués à la gestion des ressources humaines comportent des risques pour les droits et les libertés des salariés, notamment un risque de discrimination algorithmique. Le RGPD n'interdit pas le recours au profilage et aux décisions automatisées, toutefois il l'encadre (2).

1 – Une liberté de choix soumise à une double appréciation

432. La Cour de cassation l'a rappelée, l'évaluation d'un salarié relève du pouvoir de direction¹⁰⁵⁷. L'employeur est libre d'évaluer les salariés et il a le choix du procédé d'évaluation. En effet, le Code du travail n'intervient pas dans ce choix. Selon les politiques d'entreprise, l'évaluation peut prendre des formes très variées. Si l'entretien individuel demeure la méthode la plus employée, d'autres formes se sont répandues telles que le classement des salariés entre eux en fonction de leur performance (*ranking*), l'auto-évaluation ou l'évaluation par les pairs, par la hiérarchie (également appelée évaluation 180° ou 360°). Se développent également des évaluations réalisées à partir du retour de l'expérience client. Lorsqu'elle est réalisée par les pairs ou dans le cadre d'une relation client, un doute existe sur la légitimité de l'évaluateur dont le jugement peut être altéré par d'autres critères que ceux propres à apprécier les capacités professionnelles.

433. La liberté de choisir le procédé d'évaluation n'est cependant pas absolue. Elle est soumise au respect du Code du travail qui dispose que le procédé choisi doit être pertinent « au regard des finalités »¹⁰⁵⁸. Or, aux termes de l'article L.1222-2 du Code du travail, la seule finalité licite est celle qui permet « d'apprécier ses aptitudes professionnelles ».

434. Cette liberté de choix est également susceptible d'être sanctionnée à l'occasion d'un litige. Il en a été jugé ainsi du *benchmark* dont l'usage, à la suite d'un contentieux à rebondissements a été caractérisé d' attentatoire à la santé et à la sécurité des salariés.

¹⁰⁵⁷ « Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants, alors que, sous réserve de ne pas mettre en œuvre un dispositif d'évaluation qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés, l'employeur tient de son pouvoir de direction né du contrat de travail le droit d'évaluer le travail de ses salariés, la cour d'appel a violé les textes susvisés », Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-42.368, inédit.

¹⁰⁵⁸ Article L.1222-3 al.3 du Code du travail.

Mis en place à la Caisse d'épargne Rhône-Alpes, cet outil informatique destiné au suivi de l'activité commerciale des salariés de la banque a d'abord été jugé illicite par le TGI de Lyon. Par une mise en concurrence excessive des salariés, le TGI avait décidé qu'il compromettrait gravement la santé des salariés¹⁰⁵⁹. Le jugement est invalidé par la Cour d'appel de Lyon qui décide que « le procédé n'est pas en soi attentatoire à la santé des salariés mais l'usage qui en fait par l'employeur et notamment la possibilité pour chaque employé de connaître les résultats personnels des autres employés afin de constituer un classement entre eux et une compétition permanente sans que n'aient jamais été clairement définis les objectifs à atteindre »¹⁰⁶⁰.

Un deuxième contentieux arrive devant la Cour d'appel de Grenoble¹⁰⁶¹ concernant la même entreprise pour le même procédé. Le directeur adjoint de région avait été victime d'un « infarctus du myocarde compliqué d'un arrêt cardio-respiratoire et d'un accident vasculaire ischémique, responsable d'une hémiplégie gauche » sur le lieu et pendant le temps de travail. Pris en charge au titre d'un accident du travail, la question s'est posée de la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur. La Cour d'appel de Grenoble confirme la décision du tribunal des affaires de la sécurité sociale en retenant qu'« eu égard aux nombreux rapports sur les effets de la politique de performance appliquée par l'intermédiaire du *benchmark* concernant les salariés de la caisse d'épargne Rhône-Alpes et aux signalements, l'employeur avait nécessairement conscience des risques psycho-sociaux engendrés parmi les salariés et notamment sur ses cadres chargés de la faire appliquer » et que « par conséquent au vu des éléments susvisés, il y a lieu de considérer que la Caisse d'épargne Rhône-Alpes n'a pas utilement pris la mesure des conséquences de la mise en place d'objectifs grâce notamment à l'outil de performance *benchmark* en termes de facteurs de risques pour la santé et la sécurité de ses salariés, dont les membres de l'encadrement chargés de faire respecter les dits objectifs parfois ressentis comme inatteignables, et qui subissaient à la fois la pression du respect des objectifs en lien avec leur rémunération variable mais également par ricochet le stress des commerciaux et directeurs d'agence à qui ils devaient imposer des progressions ». La Cour d'appel interrogée sur la faute inexcusable de l'employeur n'a pas eu à se prononcer sur le caractère illicite du procédé mais sur son usage délétère.

¹⁰⁵⁹ TGI Lyon, 4 septembre 2012, n° 11/05300, *D.* 2013. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *Dr. soc.* 2013. 42, étude Petit.

¹⁰⁶⁰ CA Lyon, 21 février 2014, n° 12/06988, *D.* 2014. 1115, obs. P. Lokiec et J. Porta.

¹⁰⁶¹ CA Grenoble, 25 septembre 2018, n° 16/04373.

435. Dans ce contentieux, un lien est noué entre la santé et les méthodes d'évaluation. Il s'établit au stade des conséquences délétères de ce choix sur la santé des salariés. L'approche juridique est fondée sur la liberté dont le corollaire est la responsabilité. Une autre approche est envisageable ; celle visant à intégrer les procédés d'évaluation au stade de la prévention primaire.

Lorsqu'il est mis en œuvre par un traitement de données, le procédé d'évaluation est soumis au respect du RGPD. Le profilage et des décisions automatiques sont assimilables à des méthodes et des procédés participant à l'évaluation des salariés. Ainsi les évaluations des salariés peuvent s'appuyer sur les procédés algorithmiques utilisant les données des salariés.

2 – L'évaluation par profilage et décisions automatisées

436. Parmi la variété des procédés d'évaluation mis en œuvre, le profilage et les décisions automatisées présentent des particularités telles qu'il convient de les isoler pour leur appliquer un traitement juridique particulier. Le profilage en ce qu'il permet de dresser le portrait d'une personne présente un caractère plus intrusif que d'autres traitements plus classiques. La prise de décisions à partir de traitements automatisés en ce qu'elle présente les traits séduisants de l'objectivité incite à une approche critique.

437. Le profilage est défini à l'article 4.4) du RGPD comme « toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique ». Le profilage consiste donc à modéliser des données permettant de prévoir les comportements, d'anticiper les évolutions ou de réduire les risques. Appliqué aux salariés le RGPD prévoit la possibilité d'évaluer la performance à partir du profilage.

438. Contrairement au profilage, le RGPD ne définit pas une décision automatisée mais il vise une catégorie particulière de décision automatisée qui requiert des garanties plus importantes. Il s'agit d'une « décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé produisant des

effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire »¹⁰⁶². Concernant le caractère exclusivement automatisé du traitement, le G29 précise qu'il s'agit d'une décision obtenue au moyen d'un procédé technologique excluant l'intervention de l'homme¹⁰⁶³.

Il faut donc distinguer les traitements « exclusivement » automatisés et ceux qui ne le sont que partiellement. Dans ce deuxième cas, le résultat du traitement partiellement automatisé constituerait un élément de décision parmi d'autres laissant une place à l'appréciation humaine qui peut décider de s'en écarter. Antoinette Rouvroy souligne néanmoins « la force normative »¹⁰⁶⁴ de résultat du traitement automatisé de données servant d'aide à la décision notant qu'il existe un risque certain pour le décideur à s'écarter d'une recommandation automatique¹⁰⁶⁵.

Outre le caractère exclusif, le deuxième critère, cumulatif, porte sur les effets de cette décision. Pour être soumise à l'article 22 du RGPD, il faut non seulement que la décision soit prise sans aucune intervention humaine mais également qu'elle produise des effets juridiques ou qu'elle affecte la personne concernée de manière significative de façon similaire. Les effets juridiques supposent que la décision affecte les droits ou les obligations juridiques de la personne concernée.

L'expression « de façon similaire » a été ajoutée par rapport à la directive 46/95/CE. Le G29 précise le sens de cet ajout. Le seuil pour être affecté de manière significative doit être similaire peu importe que la décision ait des effets juridiques ou non¹⁰⁶⁶. Il n'est d'ailleurs pas certain

¹⁰⁶² Article 22 du RGPD.

¹⁰⁶³ G29, Lignes directrices relatives à la prise de décisions individuelles automatisées et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, (WP 251rev.01), version révisée et adoptée le 6 février 2018, p. 23.

¹⁰⁶⁴ A. ROUVROY, « Des données et des hommes. Droits et libertés fondamentales dans un monde de données massives », Rapport précité, p. 44.

¹⁰⁶⁵ « Ainsi peut-on imaginer qu'il soit difficile, dans un certain nombre de cas, à l'agent humain de s'écarter de la recommandation automatique, dans la mesure où cet écart, d'une part, risquerait de faire baisser son niveau de productivité, et, d'autre part, le contraindrait à assumer personnellement la décision et ses conséquences, et à s'en justifier en cas de conséquence défavorable, alors qu'une décision conforme à la recommandation lui eût permis de reporter la responsabilité sur le système informatique », *ibid.*

¹⁰⁶⁶ « Même s'il n'y a pas de changement dans ses droits ou obligations juridiques, la personne concernée pourrait quand même être suffisamment affectée pour exiger les protections prévues par cette disposition. Le RGPD ajoute l'expression de "façon similaire" à l'expression "l'affectant de manière significative". Par conséquent le niveau d'importance doit être similaire à celui d'une décision produisant un effet juridique », G29, Lignes directrices, (WP251rev.01), précitée, p. 24.

que cette expression déjà assez obscure y ait gagné en lisibilité. Cet ajout n'a pas été repris par la loi *Informatique et libertés*¹⁰⁶⁷.

439. Dans le cadre d'une relation de travail, il est possible d'envisager l'usage de traitement automatisé n'ayant pas de conséquences juridiques. Ainsi certaines techniques de profilage permettent la réorganisation des équipes en fonction de la personnalité de chacun. Cette décision n'a pas nécessairement de conséquence juridique. Les conséquences sont ailleurs : la perte de créativité, ou risque d'enfermement dû au manque d'altérité ou encore la réduction des personnes à « un corps statistique »¹⁰⁶⁸ uniquement construit en termes de « risques ou d'opportunité »¹⁰⁶⁹ à l'exclusion de la singularité des personnes¹⁰⁷⁰. Ces conséquences n'intéressent pas le droit sauf à ressurgir sous forme de risques psycho-sociaux ou d'atteinte aux droits des personnes.

440. En outre, il faut relever une différence de terminologie entre le RGPD et la loi *Informatique et libertés*. Tandis l'article 22 du RGPD fixe un droit pour la personne concernée « de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage », l'article 47 de la loi *Informatique et libertés* pose, quant à lui, une interdiction. L'article 22 du RGPD renvoie à un droit d'opposition pour la personne concernée ; ce qui signifie non plus une interdiction mais une permission à laquelle il est possible de s'opposer¹⁰⁷¹. Les précisions apportées par le G29 permettent de lever ces apparentes incohérences. Le G29

¹⁰⁶⁷ Article 47, alinéa 2 de la Loi n° 78/17, en vigueur depuis le 1^{er} juin 2019, dans sa version actuelle, « Aucune décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ou l'affectant de manière significative ne peut être prise sur le fondement d'un traitement automatisé de caractère de données à caractère personnel, y compris le profilage ».

¹⁰⁶⁸ A. ROUVROY, « Des données sans personne : le fétichisme de la donnée à caractère personnel à l'épreuve de l'idéologie des *big data* », in Conseil d'État, rapport précité, p. 408.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, p. 409.

¹⁰⁷⁰ « D'ailleurs, qui nous sommes singulièrement, quelle est notre histoire, quels sont nos rêves, quels sont nos projets – ces dimensions autobiographiques de nos personnes inaccessibles dans l'actualité pure de l'immédiateté – tout cela intéresse sans doute, dans des proportions variables, nos “amis” des réseaux dits sociaux, mais cela n'intéresse pas fondamentalement ni *Google*, ni *Facebook*, ni la NSA, ni *Amazon*, ni aucun de ceux qui nous “gouvernent”. Nous n'intéressons plus tous ceux-là, et d'autres encore, qu'en tant qu'agrégats temporaires de données exploitables en masse, à l'échelle industrielle, purifiées de tout ce qui aurait pu les rattacher à ce qui fait la singularité d'une vie », *ibid.*

¹⁰⁷¹ Sur la dualité des textes en matière de profilage et la confusion qui en résulte : N. MARTIAL-BRAZ, « L'abus de texte peut-il nuire à l'efficacité du droit ? », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 459.

s'appuie sur le considérant (71) pour dire que le terme « droit » dans l'expression « avoir le droit de ne pas faire l'objet » doit être comprise comme une « interdiction générale »¹⁰⁷².

441. Cette interdiction peut être levée dans deux cas énoncés à l'article 22.2.a) et c) du RGPD. Il s'agit de l'hypothèse où la personne concernée consent au traitement automatisé et celle où la décision est nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et le responsable du traitement. Dans ces deux hypothèses la possibilité pour une personne de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé ne s'applique pas. Concernant le caractère nécessaire le G29 précise qu'il doit être interprété de manière stricte et renvoie à l'avis 6/2014 sur la notion d'intérêt légitime¹⁰⁷³.

442. En résumé, à la lecture du RGPD, lorsqu'une décision exclusivement fondée sur un traitement automatique est nécessaire à l'exécution du contrat de travail, le salarié ne peut s'opposer à son recours. Si le salarié a donné son consentement, il ne peut pas non plus s'y opposer. Dans le cadre de la relation de travail, il faut rappeler que le G29 a mis en doute la pertinence du consentement du fait de l'existence du lien de subordination. Dans ces deux hypothèses, le RGPD précise que l'employeur, responsable du traitement, devra mettre en œuvre des mesures appropriées permettant notamment au salarié d'obtenir une intervention humaine, d'exprimer son point de vue et de contester la décision. Le G29 précise que le responsable du traitement ne peut pas contourner ces garanties « en créant une intervention humaine de toutes pièces ». L'intervention humaine suppose un contrôle par une personne ayant le pouvoir de modifier la décision et ne doit pas simplement constituer « un geste symbolique »¹⁰⁷⁴.

443. Dans la pratique, la volonté de rendre encore plus objectivable les décisions issues de l'évaluation des salariés peut inciter les employeurs à avoir recours à des technologies telles que le profilage ou les décisions automatisées. Ces deux procédés ont comme dénominateur commun l'usage de calculs algorithmiques. L'objectif poursuivi est d'obtenir par le calcul algorithmique un outil de mesure sur lequel l'employeur peut prendre appui pour prendre une décision. Certains algorithmes ont été conçus de sorte que leur comportement évolue dans le

¹⁰⁷² G29, Lignes directrices, (WP251rev.01), précitée, p. 21.

¹⁰⁷³ *Ibid.*, p. 14.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, p. 23.

temps, en fonction des données qui leur ont été fournies. Ils sont dits « auto-apprenants » et « relèvent du domaine de recherche des systèmes experts et de l’“intelligence artificielle” »¹⁰⁷⁵. Ils sont présents dans tous les secteurs d’activité¹⁰⁷⁶. Appliquer à la gestion du personnel, ils vont servir à déterminer les profils de compétences en accord avec les objectifs de l’entreprise.

Plusieurs risques émergent de cette pratique. Le premier risque découle de la croyance dans un monde entièrement calculable, « un monde plat et sans mystère »¹⁰⁷⁷, où « le gouvernement par les lois cède la place au gouvernement par les nombres »¹⁰⁷⁸. La gouvernance par les nombres décrite par Alain Supiot repose sur une normativité fondée sur le calcul et visant à agir sur les comportements¹⁰⁷⁹. Cette norme calculée bénéficie d’une illusion de neutralité due au fait que la décision résulte d’un calcul mathématique. Cette apparente neutralité occulte le fait que « les “données” ne sont jamais “données”, mais résultent toujours de processus de production (nos données d’identité elles-mêmes sont produites par l’État civil) »¹⁰⁸⁰. Pour autant, la croyance inconditionnelle de la société dans le résultat mathématique, entrave toute remise en question de ce résultat.

À la confiance dans le résultat calculé s’ajoute un risque portant sur l’opacité du fonctionnement des algorithmes. En informatique, les algorithmes « auto-apprenants » sont dits « évolutifs ». L’algorithme calcule un résultat en fonction d’opérateurs de sélection qui entraînent une redéfinition des données d’entrée¹⁰⁸¹. Face à un algorithme auto-apprenant, il peut s’avérer impossible de reconstituer l’arbre de décisions ayant conduit au résultat puisque celui-ci est par nature évolutif. Cette opacité peut également conduire à des décisions discriminatoires du fait de biais¹⁰⁸² qui peuvent apparaître au moment de la conception de l’algorithme et pour lesquels l’identification peut s’avérer très complexe.

¹⁰⁷⁵ P. ADAM, article précité.

¹⁰⁷⁶ En ce sens : P. ADAM, M. LE FRIANT, Y. TARASEWICZ (dir.), *op. cit.*, pp. 1-10.

¹⁰⁷⁷ A. SUPIOT, *L’esprit de Philadelphie, La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, p. 77.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*

¹⁰⁷⁹ « Les premières applications du calcul des probabilités n’ont pas en effet seulement visé à établir certains faits, mais aussi à décider de la règle qui doit les régir. Le calcul des probabilités déborde alors le domaine de l’être pour investir celui du devoir-être. Il ne sert plus seulement à décrire mais à prescrire », A. SUPIOT, *La Gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 208.

¹⁰⁸⁰ A. ROUVROY, rapport précité, p. 414.

¹⁰⁸¹ « L’algorithme d’apprentissage aboutit, une fois l’entraînement achevé, à une représentation interne du problème et de sa solution : un modèle final appris des données, de manière empirique, dont la règle émergente n’est pas, directement, en tant que telle, le fait de l’homme », J.-M. DELTORN, « La protection des données personnelles face aux algorithmes prédictifs », *RDLF* [en ligne], 2017, chron. n° 12, [consulté le 19 octobre 2018].

¹⁰⁸² Sur les biais, v., M. PEYRONNET, « L’usage des algorithmes et de l’IA dans le recrutement : une occasion de (ne) plus discriminer ? », in P. ADAM, M. LE FRIANT, Y. TARASEWICZ (dir.), *op. cit.*, pp. 148-154.

Alors que le salarié en quête de reconnaissance est demandeur d'évaluation juste¹⁰⁸³ l'employeur croit légitimer ses décisions par des évaluations fondées sur des procédés dont l'objectivité est discutable. Le profilage et les décisions automatisées par la relativité de leur transparence ne peuvent constituer une réponse à ce besoin d'objectivité. Au choix du procédé d'évaluation s'ajoute le choix des critères d'évaluation et les données collectées limités par le principe de minimisation des données.

B – La minimisation des données collectées aux fins d'évaluation

444. La volonté de minimiser la collecte des données ressort du cadre juridique en place. Il s'agit alors d'une part, de minimiser la collecte des données au strict nécessaire au regard des finalités affichées et d'autre part, de circonscrire cette collecte à l'appréciation des aptitudes professionnelles (1). Cependant dans la pratique, certains traitements de données amènent à s'interroger sur la pertinence des données choisies pour être traitées dans ce cadre-là faisant douter de l'objet de l'évaluation (2).

1 - La volonté de minimisation des données en droit

445. Le principe de minimisation suppose que les données collectées soient exactes, adéquates, pertinentes et limitées au regard des finalités.

En vertu du RGPD, l'adéquation entre données et finalité permet de s'assurer qu'il n'y a pas de contradiction entre les données collectées et les finalités affichées ; elle permet ainsi de vérifier s'il n'y a pas de finalités sous-jacentes. Le principe de pertinence dans le choix des données cherche à établir que les données sont cohérentes au regard des finalités.

En application du Code du travail, l'article L.1222-2 du Code du travail dispose que « les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, à un salarié ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier ses aptitudes professionnelles » précisant que « ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'évaluation de ses aptitudes ».

Autrement dit la logique travailliste est beaucoup plus restrictive que celle du RGPD puisque seules les informations qui présentent un lien direct avec l'évaluation des aptitudes professionnelles du salarié peuvent être traitées.

¹⁰⁸³ En ce sens : « L'attente d'une évaluation juste traduit le besoin fondamental de reconnaissance individuelle des salariés, de la part de la hiérarchie proche comme de l'entreprise. », J.-C. SCIBERRAS, N. SANDRET, « À quoi sert l'évaluation des salariés ? », *RDT*, 2008, p. 498.

Le rapport explicatif à la Convention 108 modifiée indique que ne sont pas excessives les données limitées à ce qui est nécessaire par rapport aux finalités. Le rapport ajoute que « cette disposition vise aussi bien les aspects quantitatifs que qualitatifs »¹⁰⁸⁴. À la lumière de ces indications, les données présentant un niveau de qualité satisfaisant sont celles présentant un lien nécessaire avec l'évaluation.

446. La CNIL a recensé les données nécessaires pour l'évaluation professionnelle d'un salarié. Il s'agit des « dates des entretiens d'évaluation, identité de l'évaluateur, compétences professionnelles de l'employé, objectifs assignés, résultats obtenus, appréciation des aptitudes professionnelles sur la base de critères objectifs et présentant un lien direct et nécessaire avec l'emploi occupé, observations et souhaits formulés par l'employé, prévisions d'évolution de carrière ». La CNIL reprend la formulation du Code du travail pour déterminer les données pouvant être collectées aux fins d'évaluation.

Au surplus, les critères retenus par l'employeur pour mesurer l'aptitude professionnelle doivent être objectifs¹⁰⁸⁵.

2 – La délicate minimisation des données en pratique

447. Au travers des informations permettant d'apprécier les aptitudes professionnelles, les employeurs cherchent à mesurer la performance et l'engagement du salarié¹⁰⁸⁶. La performance est un concept qui peut sembler simple à appréhender, quantifiable de manière objective. Bien que très utilisée en sciences de gestion « les auteurs qui se sont efforcés d'en clarifier la

¹⁰⁸⁴ Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif de la Convention 108*, (STE 223), 10 octobre 2018.

¹⁰⁸⁵ « Mais attendu qu'il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au salarié qui a soumis au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de rémunération, d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; et attendu qu'après avoir constaté la différence de traitement entre le salarié et un autre salarié exerçant les mêmes fonctions aux mêmes conditions et au même grade depuis le 1^{er} septembre 1991, la cour d'appel qui a relevé, sans encourir les griefs du moyen, que l'employeur n'établissait pas que la distinction opérée entre les deux salariés était fondée sur des critères objectifs a légalement justifié sa décision [...] », Cass. soc., 9 avril 2002, n° 99-44.534, inédit.

¹⁰⁸⁶ En ce sens : « À partir de l'analyse de la littérature, Fiol distingue quatre modes qui se sont succédés chronologiquement : le contrôle par les règlements et procédures, le contrôle par les facteurs de satisfaction, le contrôle de gestion par les résultats, le contrôle par l'adhésion à des valeurs communes. », P. GILBERT, J. YALENIOS, *L'évaluation de la performance individuelle*, La Découverte, 2017, p. 26.

définition concluent à l'absence de consensus »¹⁰⁸⁷. Dans le Code du travail, le terme cité vingt-cinq fois peut être classé dans trois catégories. La première occurrence concerne la performance de l'entreprise avec les accords de performance collective relatifs aux aménagements des conditions de travail¹⁰⁸⁸ et l'intéressement dont l'objet est d'associer notamment les salariés à la performance de l'entreprise¹⁰⁸⁹. En partie réglementaire, la performance est associée aux règles techniques des machines en matière d'hygiène et de sécurité et aux équipements de sécurité¹⁰⁹⁰. Enfin, la dernière occurrence concerne les relations entre l'État et les institutions publiques ; la performance est alors un outil d'évaluation de leur action¹⁰⁹¹. Il faut relever ici l'absence de définition et la polysémie du terme. Le terme est utilisé comme s'il était d'évidence alors que la performance est à contenu variable et dépend des critères qui lui sont assignés pour la mesurer.

448. La quête d'objectivité qui semble légitimer la performance n'est-elle pas alors un leurre quand seule une partie des auteurs en sociologie s'accorde pour dire que la performance est un fait objectivable tandis qu'une autre partie considère qu'elle est le fruit d'un construit social¹⁰⁹² ? En matière d'évaluation, la Cour d'appel de Toulouse a jugé que si « défendre la position de l'employeur devant des tiers, appliquer des consignes, agir en fonction d'orientations relève d'une exigence légitime de l'employeur » validant cette finalité comme

¹⁰⁸⁷ « Ainsi Annick Bourguignon a-t-elle identifié trois sens principaux : 1) la performance est succès. De ce point de vue, un jugement de valeur positif est émis même si chaque entreprise se concentre sur sa propre représentation de la réussite. La performance n'existe pas en soi et elle sera distincte d'une organisation à une autre, mais également d'un groupe d'acteurs à un autre au sein d'une même entreprise ; 2) la performance est le résultat de l'action. On peut la résumer au degré d'accomplissement des buts, des objectifs et des programmes qu'une entreprise s'est donnés. D'après le *Dictionnaire de la langue française* de Littré, cette acception du terme a été empruntée à l'anglais où elle désignait le “tableau des épreuves subies dans l'hippodrome par un cheval de course” ; 3) la performance est action. Dans ce sens, plus rare en français qu'en anglais, la performance est un processus et non un résultat qui apparaît à un moment dans le temps. Elle est la mise en actes d'une compétence qui n'est qu'une potentialité. », *ibid.*, pp. 12-13.

¹⁰⁸⁸ Article L.2254-2 Code du Travail.

¹⁰⁸⁹ Article L.3312-1 Code du Travail ; article L.3114-2 Code du Travail ; article L.3114-3 Code du Travail.

¹⁰⁹⁰ Article R.4312-1 Code du Travail ; Article R.4312-6 Code du Travail ; article R.4323-97 Code du Travail.

¹⁰⁹¹ Notamment, article L.5312-3 Code du Travail ; article L.6123-11 Code du Travail.

¹⁰⁹² En ce sens : « Le questionnement sur la performance débouche vite sur l'évaluation, car les deux termes sont intimement liés. [...] Le sens premier du mot “évaluation” est d'évidence économique. Ainsi Littré définit-il d'abord le verbe “évaluer” comme “l'estimation de la valeur, le prix d'une chose”. Évalué signifie “dont le prix est fixé à”. Suit l'exemple “Un cheval évalué à mille francs”. [...] Ici, deux grandes conceptions s'affrontent, l'une qui conçoit la valeur comme une grandeur objective, un fait d'observation — elle est plutôt portée par les théories normatives, [...] —, et l'autre qui affirme que la valeur est déterminée socialement, soit parce qu'elle est le produit d'une structure sociale, de ce que celle-ci cherche à être, faire ou devenir — selon l'hypothèse soutenue par les théories critiques [...] —, soit parce qu'elle est la résultante d'échanges sociaux, perspective retenue par les théories institutionnalistes, [...] », P. GILBERT, J. YALENIOS, *op. cit.*, p. 15.

étant pertinente ; « en revanche, “adhérer ou partager” relève de l’intime, de l’être, et ne peut être exigé du salarié sauf à attenter à sa liberté et réclamer de lui plus qu’il n’est nécessaire eu égard au but recherché ». Il apparaît donc que certaines finalités ne sont pas licites. Dès lors « les injonctions morales (“agir avec courage”, “être transparent”, être intègre”, “être honnête” etc.), l’obligation d’adhérer à des valeurs “Société”, à une “culture globale, unique, mondiale”, l’obligation de “partager la vision” constituent une obligation d’adhésion à une idéologie qui s’accommode mal avec le respect de la liberté d’être des salariés d’Airbus »¹⁰⁹³. À cet égard, Pierre-Yves Verkindt souligne qu’« une évaluation n’a de valeur que rapportée à la légitimité de sa finalité »¹⁰⁹⁴. Ce contrôle de pertinence des informations au regard des finalités appartient aux juges du fond qui doivent vérifier « si la méthode d’évaluation repose sur des critères précis, objectifs et pertinents au regard de la finalité poursuivie »¹⁰⁹⁵.

Les juridictions du fond ont pu valider l’évaluation des certains critères comportementaux dès lors qu’ils étaient en lien avec le travail et que le comportement professionnel faisait partie des aptitudes professionnelles. Il en a été jugé ainsi de la clairvoyance et de l’imagination¹⁰⁹⁶, ou encore des qualités de communication d’un salarié au poste de cadre¹⁰⁹⁷.

Bien que le Code du travail limite l’évaluation aux seules informations révélant les aptitudes professionnelles, les entreprises mesurent aussi la performance des salariés¹⁰⁹⁸ au travers de critères comportementaux, que la jurisprudence accepte avec plus ou moins de souplesse.

449. L’utilisation du profilage fondé sur les calculs algorithmiques va tendre à renforcer la crédibilité du caractère objectif des critères choisis. L’utilisation de dispositifs algorithmiques met en tension le principe de minimisation des données qui impose de ne traiter que des données « adéquates, pertinentes et limitées » au regard des finalités. Dégager un profil à partir de calcul algorithmique nécessite en effet non seulement un volume important de données mais

¹⁰⁹³ CA Toulouse, 21 septembre 2011, n° 11/00604, *RDT* 2011. 705, obs, P. Adam.

¹⁰⁹⁴ P.-Y. VERKINDT, « La collectivité de travail ou “la belle inconnue” », *Dr. soc.*, 2009, p. 48.

¹⁰⁹⁵ Cass. soc., 14 décembre 2015, n° 14-17.152, inédit.

¹⁰⁹⁶ CA Versailles, 2 octobre 2021, n° 12/00276.

¹⁰⁹⁷ TGI Nanterre, 20 novembre 2009, n° 09/09717.

¹⁰⁹⁸ En ce sens : « Les ouvrages spécialisés en GRH avancent une distinction entre la performance individuelle et d’autres notions, en particulier la compétence et le potentiel. La compétence est une hypothèse. Son intérêt est de contribuer à expliquer, et éventuellement à modifier par des actions adéquates (en particulier la formation), les conduites des individus conduisant à une performance. Quant au potentiel, il est en quelque sorte une virtualité : la capacité à acquérir des compétences nouvelles. Ces deux notions sont à la fois en amont et en aval de la performance. [...] Dans une organisation, toutes les pratiques d’évaluation individuelle, que ce soit dans un contexte de recrutement, de formation, de promotion ou de rémunération, revendiquent un rapport avec la performance. », P. GILBERT, J. YALENIOS, *op. cit.*, pp. 14-15.

également une indétermination des données puisque « l'intérêt porte sur la capacité [des algorithmes d'apprentissage] à détecter des tendances et des corrélations potentiellement existantes [...], qui ne seraient pas visibles à partir d'une base de données réduite »¹⁰⁹⁹.

450. À la mesure de la performance s'ajoute l'engagement des salariés dans leur travail qui est un autre aspect évalué par l'employeur. Or, l'engagement relève de l'intime ; il suppose une condition de liberté qui est illusoire dans le cadre d'une relation de travail subordonnée. L'évaluation de cet engagement grâce à des critères comportementaux a d'ailleurs été sanctionnée par la Cour d'appel dès lors qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une appréciation mesurable et objective¹¹⁰⁰. Mesurer l'engagement montre le passage d'un jugement sur le travail à un jugement sur la personne au travail. Selon J.-C. Sciberras et N. Sandret ce glissement contient un potentiel destructeur car « dès lors, est en jeu dans l'évaluation, non plus un ensemble de critères objectifs concernant le travail lui-même, mais "l'être" au travail, et ce glissement de l'évaluation du faire à celle de l'être expose le salarié à l'arbitraire de l'évaluateur »¹¹⁰¹. Pour les auteurs, « ce jugement de "l'être", qui se prétend jugement du travail sous couvert de critères dits objectifs voire scientifiques, est potentiellement destructeur »¹¹⁰². Ils soulignent que cette situation est d'autant perturbante « qu'avec le culte de la performance nous sommes chaque jour tenus de prouver que nous sommes quelque chose »¹¹⁰³. Pour sa part, Danièle Linhart note chez les managers la volonté de mobiliser les qualités humaines tandis que les savoirs professionnels et les expériences métier sont renvoyés hors champ apparaissant comme des obstacles¹¹⁰⁴. Elle ajoute que « c'est l'entièreté de la personne qui est livrée au jugement des supérieurs hiérarchiques »¹¹⁰⁵ et l'éventuel échec

¹⁰⁹⁹ M.-F. MAZARS, W. EL BOUJEMAOU, « Algorithmes, une utilisation à l'épreuve du droit de la protection des données personnelles », in P. ADAM, M. LE FRIANT, Y. TARASEWICZ (dir.), *op. cit.*, p. 175.

¹¹⁰⁰ « Si certains comportements pourraient être objectivement appréciés dès lors qu'ils seraient formalisés, individualisés, ramenés à la situation concrète du salarié, à ses tâches précises, à ses fonctions réelles, d'autres (agir avec courage) ne peuvent pas être mesurés et ne peuvent faire l'objet que d'une appréciation subjective », CA Toulouse, arrêt précité.

¹¹⁰¹ J.-C. SCIBERRAS, N. SANDRET, article précité.

¹¹⁰² *Ibid.*

¹¹⁰³ *Ibid.*

¹¹⁰⁴ Danièle Linhart illustre ce propos par « l'attaque en règle d'un responsable de haut niveau de la SNCF contre l'expérience et la professionnalité des agents : "Le problème, chez nous, c'est que n'importe quel cheminot est sûr qu'il sait mieux que ses responsables ce qu'est son métier, et comment il doit travailler !", avait-il lâché, déclenchant chez ses collègues décideurs quelques ricanements, des soupirs approbateurs, des airs entendus », D. LINHART, *La comédie humaine du travail, De la déshumanisation taylorienne à la sur-humanisation managériale*, Érès, 2015, p. 38.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 145.

professionnel devient un échec personnel. Cette évaluation de la personne même du travailleur « met fin à la césure du sujet contractant et de l'objet "travail" »¹¹⁰⁶ telle que le contrat de travail l'organise au travers du détachement du travailleur et du travail.

451. Le cadre juridique limite la collecte des données aux seules informations pertinentes au regard des aptitudes professionnelles et encadre le choix des procédés aux seuls procédés dont la finalité est l'appréciation de l'aptitude professionnelle. Pour respecter cette double limite, la recherche d'objectivité sert de guide à l'employeur. Pour autant, cette objectivité est très relative, d'une part du fait que la jurisprudence admet l'utilisation de certains critères comportementaux et, d'autre part, du fait de la tentation forte d'utiliser des algorithmes d'aides à la décision.

Conclusion de la Section 1

452. Au terme de cette étude, il ressort que dans le cadre de la gestion administrative du personnel de nombreux traitements de données sont mis en œuvre. Les dispositions prévues par le RGPD démontrent une volonté de responsabiliser le responsable du traitement des données par la détermination des finalités et l'identification d'une base légale préalablement à la mise en œuvre du traitement. Dans un certain nombre de traitements où l'intérêt légitime servira de base légale il appartiendra au responsable du traitement - à savoir l'employeur - de déterminer si les droits de la personne faisant l'objet de la collecte - le salarié en l'occurrence - devront prévaloir. Face à ces enjeux, le Code du travail est bien peu appareillé. Le large éventail de finalités et la grande variété des bases légales laissent cependant augurer d'importantes mises en œuvre de traitements de données concernant le salarié. Au-delà, l'accent doit surtout être mis sur le choix des données collectées au regard de l'énoncé des finalités puisque ces dispositions ont vocation à minimiser le champ de la collecte des données aux seules données strictement nécessaires et à limiter les possibilités de réutilisation relèvent de la responsabilité de l'employeur.

453. En matière de gestion prévisionnelle, l'employeur peut choisir de mettre en œuvre les évaluations professionnelles par le biais de traitements de données. Ces dispositifs peuvent intégrer des algorithmes d'aides à la décision. Alors « drapés du voile de l'objectivité de l'outil

¹¹⁰⁶ A. SUPIOT, *op. cit.*, p. 354.

mathématique »¹¹⁰⁷, ils offrent l'apparence de la neutralité. Face aux risques élevés d'opacité liés au fonctionnement des algorithmes auto-apprenants et de biais cognitifs, « il est indispensable de préserver le principe selon lequel la décision doit être imputée à un être humain »¹¹⁰⁸ car il ne faut pas oublier que derrière les données, un individu existe dont la subjectivité ne se réduit pas à un calcul.

Les possibilités de recueillir des données concernant les salariés sont aujourd'hui déjà immenses et vont aller croissantes. Dans la société de l'information, tout individu baigne dans un environnement numérique constitué d'échanges de données. À ce propos, Antoinette Rouvroy parle de « digitalisation de la vie »¹¹⁰⁹ reposant sur l'enregistrement massif et systématique de données assorti de *data mining* ou profilage. Cette production d'informations sur l'individu est source de savoir et produit un nouveau type de pouvoir basé sur la connaissance prédictive des comportements. Or, la prédiction opérée par les procédés algorithmiques n'est pertinente qu'à condition de disposer d'une grande quantité de données concernant un individu¹¹¹⁰. Lorsqu'elle est mise en œuvre au sein de l'entreprise, il se crée une asymétrie de savoir et de pouvoir proportionnelle à l'étendue des données collectées. Se pose dès lors la question des droits des salariés quant à cette collecte.

¹¹⁰⁷ L. MALFETTES, « Gestion du personnel par algorithmes et droits du salarié », *Dr. soc.*, 2019, p. 591.

¹¹⁰⁸ B. BOSSU, « Gestion par algorithme du personnel et exigence de loyauté et de transparence », in P. ADAM, M. LE FRIANT, Y. TARASEWICZ (dir.), *op. cit.*, p. 129.

¹¹⁰⁹ « Par “digitalisation de la vie même” nous entendons non seulement la banalisation de l'enregistrement de données biométriques, mais encore, et plus largement, l'enregistrement systématique, sous forme de « traces » digitales, des comportements humains individuels ou collectifs, y compris parmi les plus triviaux (ceux qui passent même inaperçus de la part de ceux qui les adoptent, et qui précisément n'“intéressent” personne, n'étant pas en eux-mêmes tenus pour signifiants). », A. ROUVROY, Th. BERNS, « Le nouveau pouvoir statistique, Ou quand le contrôle s'exerce sur un réel normé, docile et sans événement car constitué de corps “numériques”... », article précité.

¹¹¹⁰ En ce sens : A. ROUVROY et Th. BERNS notent que « la disponibilité de cette très grande quantité de données brutes, pouvant souvent rester anonymes, annonciatrice d'une « mémoire digitale totale » distribuée dans quantité de banques de données constamment enrichies et actualisées, est une condition préalable au fonctionnement du gouvernement algorithmique dans la mesure où ce n'est qu'à condition de disposer de ces très grandes quantités de données que les opérations de “data mining” sont concevables. », *ibid.*

Section 2 – Les principes dérivant du traitement des données concernant le salarié

454. En réponse à l'intensification des traitements et aux nouveaux enjeux qui pèsent sur la collecte des données, renforcer la maîtrise informationnelle des individus sur les données les concernant et réduire l'asymétrie figurent parmi les objectifs du RGPD. Le droit dont dispose toute personne de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant, énoncé au deuxième alinéa de l'article 1^{er} de la loi *Informatique et libertés* trouve sa concrétisation dans l'énoncé des droits de la personne faisant l'objet d'un traitement, prévus au chapitre III du RGPD. Également dénommé « droit à l'autodétermination », ce droit pourrait-il en fournir « la matrice »¹¹¹¹ ?

455. Dans cet énoncé, le principe de transparence occupe la première place. La délivrance de l'information « d'une façon concise, transparente, compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples »¹¹¹² détermine l'accès aux autres droits. En effet, « décider et contrôler les usages » impose de disposer d'informations de qualité permettant à chaque personne concernée d'être suffisamment avisée pour comprendre les enjeux et être en mesure d'exercer les droits en lien avec la collecte (§1).

456. À côté l'exigence de transparence, le RGPD a repris les droits déjà existants (le droit d'accès, le droit de rectification, le droit d'opposition) auxquels s'ajoutent le droit à l'effacement, le droit à la limitation des traitements, le droit à la portabilité des données. Le renforcement de cet éventail de droits démontre la volonté de garantir à chacun un pouvoir de contrôle effectif sur ses données. Au sein de l'entreprise, ces droits énoncés par le RGPD s'avèrent pourtant difficiles à mettre en œuvre car peu compatibles avec le lien de subordination (§2).

¹¹¹¹ Cette interrogation est soulevée par Pauline TÜRK, « L'autodétermination informationnelle : un droit fondamental émergent ? », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 616.

¹¹¹² Article 12 du RGPD.

§1 – Le droit à l’information : facteur de transparence

457. Dès 1975, le rapport Tricot insiste sur l’importance de l’accès à l’information¹¹¹³. Concernant le salarié, le droit à l’information résulte du RGPD et du Code du travail. Primant sur les autres droits, il convient d’y porter une attention toute particulière. Facteur de transparence d’une part, source d’autodétermination d’autre part, l’information apparaît donc centrale dans la protection. Est-ce le cas pour le salarié ? La volonté du législateur de faire de l’information une garantie de transparence est-elle effective pour le salarié ? La dualité des sources (RGPD et Code du travail) n’est-elle pas une entrave à l’effectivité de ce principe (A) ? L’information peut-elle concourir à l’autodétermination du salarié (B) ?

A – La dualité des sources : une entrave au principe de transparence ?

458. Garantir la transparence suppose un cadre juridique cohérent. Or, à l’analyse, il ressort que les deux sources (RGPD et Code du travail) traitent bien du même objet « l’information » mais ce terme ne porte pas le même sens. L’information au sens du RGPD porte sur la délivrance de certaines informations tandis que l’obligation d’information au sens du Code du travail est celle d’être informé. L’éparpillement des sources fait ainsi douter de la lisibilité des règles et l’efficacité de cette garantie (1). En outre, la différence de recours résultant de cette dualité des sources n’est pas non plus source de cohérence (2).

¹¹¹³ Les conclusions du rapport « Tricot » déposé en 1975 mettent l’accent sur le droit d’accès individuel aux informations nominatives qui « implique que soit organisée la possibilité pour le titulaire de ce droit de savoir qu’il figure dans un fichier donné. Ce droit est antérieur au droit d’accès proprement dit et il le commande. On peut imaginer qu’une personne sache qu’elle figure sur un fichier sans pouvoir obtenir communication des informations. En revanche, le droit d’accès demeurerait fictif si la personne ignorait jusqu’à l’existence du fichier qui la concerne. », B. TRICOT, *Rapport de la Commission informatique et libertés*, La Documentation française, Paris, 1975, p. 37.

1 – L'éparpillement des sources : un frein au droit à l'information

459. En plaçant l'information sous l'égide du principe de transparence et en tête du chapitre consacré aux droits des personnes, le législateur européen démontre sa volonté de faire de la délivrance de l'information une exigence de première importance au sein du RGPD¹¹¹⁴.

Cette volonté est également présente au plan national dans le Code du travail qui prévoit l'obligation de porter à la connaissance du salarié tout dispositif collectant des informations le concernant¹¹¹⁵ et de l'informer « préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'évaluation professionnelle mises en œuvre à son égard »¹¹¹⁶. Le salarié doit être informé des dispositifs, méthodes et techniques le concernant. Dès lors, l'information apparaît comme une volonté de garantir la transparence des traitements.

460. Le règlement européen pose des critères qualitatifs et quantitatifs relatifs à l'information devant être fournie à la personne concernée par le responsable.

Le législateur européen a précisé au considérant (58) les critères qualitatifs que l'information doit respecter pour garantir l'effectivité du principe de transparence. Pour satisfaire à cette exigence de qualité, l'information doit être concise, formulée en des termes clairs et simples afin d'en faciliter la compréhension. Elle doit être aisément accessible et peut être fournie sous forme électronique.

La liste des informations à délivrer est énumérée aux articles 13 et 14 du RGPD. La personne concernée par la collecte doit être informée de l'identité du responsable du traitement et le cas échéant de celle du DPD, de la finalité du traitement et le cas échéant des intérêts légitimes poursuivis par le responsable, les destinataires et le cas échéant le transfert des données vers un pays tiers. En outre, le responsable fournit des informations complémentaires nécessaires pour

¹¹¹⁴ « La transparence est une caractéristique bien ancrée dans le droit de l'Union européenne. Son objectif premier est de susciter la confiance dans les processus applicables aux citoyens en leur permettant de comprendre et, au besoin, de contester lesdits processus. C'est également une expression du principe d'équité à l'égard du traitement des données à caractère personnel énoncé à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Conformément au RGPD [article 5, paragraphe 1, point a)], outre l'obligation de traiter les données de manière licite et loyale, la transparence constitue désormais un aspect fondamental des principes relatifs au traitement. La transparence est intrinsèquement liée à l'équité et au nouveau principe de responsabilité au titre du RGPD. », G29, Lignes directrices sur la transparence au sens du règlement (UE)2016/679, (WP260 rev.01), version révisée et adoptée le 11 avril 2018, p. 5.

¹¹¹⁵ Article L.1222-4 du Code du travail, « Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ».

¹¹¹⁶ Article L.1222-3 al.1^{er} du Code du travail.

garantir un traitement équitable et transparent telles que la durée de conservation des données. La personne concernée est informée de ses droits et de la possibilité de saisir la CNIL ; du caractère obligatoire de la collecte de certaines données ayant un caractère réglementaire ou contractuel ; elle est également informée de l'existence de décision automatisée la concernant. Enfin, elle est avisée de l'utilisation de ses données pour une autre finalité. De manière théorique, il est possible de conclure que les exigences qualitatives associées à la liste d'informations à fournir concourent au principe de transparence.

461. Le Code du travail démontre une autre vision de l'information. Les articles L.1222-3 et L.1222-4 prévoient la nécessité pour le salarié d'être informé de l'existence et de la mise en œuvre de dispositifs, méthodes ou techniques le concernant. Il ne s'agit pas de délivrer des informations sur les données traitées comme en dispose le RGPD il s'agit de l'informer de l'existence d'un traitement de ses données.

462. Il apparaît que pour garantir un principe de transparence, il convient de faire une lecture combinée des dispositions du RGPD et de celles du Code de travail. Autrement dit, pour garantir le principe de transparence, il faut d'une part que le salarié soit informé de l'existence de dispositifs collectant des données le concernant et il faut d'autre part que les informations énumérées au RGPD lui soient transmises.

L'éparpillement des sources dans des textes très différents n'offre pas un gage de lisibilité du droit applicable et cette dualité a des effets sur les recours et les sanctions.

2 – De la dualité des sources à la dualité des recours

463. Face à cette dualité des sources, il est possible de saisir soit la CNIL soit le Conseil des Prud'hommes. En vertu des articles 57 et 58 du RGPD, la CNIL dispose du pouvoir de « procéder ou de faire procéder par les agents de ses services à des vérifications portant sur tous les traitements ». Elle dispose d'un large pouvoir de demander communication des documents utiles au contrôle. À côté de ce pouvoir de contrôle, la CNIL dispose d'un pouvoir de sanction administrative qui vient se superposer au volet juridictionnel.

464. La CNIL vérifie le respect des obligations propres au droit à la protection des données. Parmi ces vérifications, elle s'assure que l'ensemble des informations est bien transmis à la personne concernée. L'article 45 de la loi *Informatique et libertés* prévoit une échelle de

sanctions allant de l'avertissement à l'amende financière. Des mesures de la limitation temporaire ou définitive du traitement sont également envisageables.

Ainsi le Conseil d'État a eu l'occasion de valider une sanction pécuniaire prononcée par la CNIL à l'encontre d'une société n'ayant pas porté à la connaissance du salarié l'ensemble des informations énoncées à l'article 32 de la loi *Informatique et libertés*¹¹¹⁷. Il a considéré que « ni le document intitulé "charte informatique" qui, s'il indique que l'employeur se réserve le droit d'accéder à la messagerie informatique des salariés, ne comporte aucune des informations requises par les dispositions précitées, ni les stipulations des contrats de travail qu'elle conclut avec ses employés, aux termes desquelles le salarié "accepte que ses données personnelles soient traitées par Centrapel" et "dispose d'un droit d'accès et de rectification sur les informations nominatives le concernant en écrivant à la Direction des ressources humaines", ne permettent de porter à la connaissance des salariés dont les données personnelles sont conservées par la SOCIETE CENTRAPEL, l'intégralité des informations qu'elle est tenue de leur donner en application des dispositions précitées de l'article 32 ». En d'autres termes, le fait de porter à la connaissance du salarié la possibilité d'accéder à sa messagerie par le biais de la charte informatique ajouté au fait de recueillir le consentement du salarié et de l'informer de ses droits par le biais du contrat de travail ne dispensent pas l'employeur de fournir au salarié les informations énoncées à l'article 32.

La sanction administrative qui est ainsi validée n'a cependant pas pour conséquence de priver d'effet les traitements au plan du droit du travail ; la CNIL n'en a pas la compétence¹¹¹⁸.

465. La Cour de cassation en revanche peut priver d'effet un dispositif mis en place en contravention des obligations d'information. Pour autant, elle n'utilise pas l'arsenal juridique à sa disposition. L'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 6 avril 2004¹¹¹⁹

¹¹¹⁷ CE 20 octobre 2010, n° 327916, *Société Centrapel*, Lebon.

¹¹¹⁸ « En règle générale, on peut observer que, hormis les cas où elle est saisie par une organisation syndicale, les plaintes reçues par la Commission dans le secteur du travail s'inscrivent souvent dans le cadre d'un litige déjà existant entre le requérant et son employeur ou son employeur potentiel (rupture du contrat de travail ou procédure de licenciement en cours, candidat à un emploi qui n'a pas obtenu le poste). [...] Dès lors, il convient d'emblée de souligner que l'instruction de ces plaintes, alors qu'un contexte conflictuel entre le requérant et l'organisme mis en cause existe déjà lorsque la CNIL est saisie, apportera difficilement une réponse de nature à satisfaire pleinement le plaignant dont les principales difficultés relèvent plus du droit du travail que de la protection des données personnelles. Très concrètement, si l'intervention de la Commission permettra la régularisation d'une situation, souvent irrégulière au regard des règles protectrices des données personnelles, elle n'aura pas pour effet, en revanche, de stopper une procédure de licenciement ou d'interférer dans l'octroi d'un emploi. », CNIL, *Rapport d'activité 2003*, La Documentation française, 2004, p. 222.

¹¹¹⁹ Cass. Soc., 6 avril 2004, n° 01-45.227, Bull. civ. V, n° 103, D. 2004, 2736.

en est l'illustration. Dans cette espèce, l'employeur avait mis en œuvre un système de badges géré par des moyens automatisés et permettant d'identifier les salariés à leur entrée et à leur sortie des locaux de l'entreprise, mais n'avait pas déclaré le traitement automatisé aboutissant à la mise en place de ce système à la CNIL que le 17 juillet 2000. Une disposition du règlement intérieur de la société, portée à la connaissance de tous les salariés, leur faisait obligation d'utiliser le badge. Or, M. X..., salarié de la société depuis 1993, avait refusé à 19 reprises entre février et avril 1998 d'utiliser son badge à la sortie de l'entreprise. La société l'avait licencié le 30 avril 1998 en raison de ce refus. La Cour d'appel de Nancy le 25 juin 2001 avait jugé le licenciement sans cause réelle et sérieuse pour défaut de déclaration du traitement à la CNIL. La Cour de cassation valide le raisonnement de la Cour d'appel et bien qu'il s'agisse d'un arrêt de rejet, elle prend la peine de rappeler les fondements juridiques au soutien de la décision. Elle indique « qu'il résulte de l'application combinée des articles 16, 27 et 34 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, 226-16 du Code pénal, L.121-8 et L.432-2-1 du Code du travail, qu'à défaut de déclaration à la CNIL d'un traitement automatisé d'informations nominatives concernant un salarié, son refus de déférer à une exigence de son employeur impliquant la mise en œuvre d'un tel traitement ne peut lui être reproché ». L'employeur relève au soutien de son moyen que le salarié « ne contestait pas avoir eu connaissance de ce mode de contrôle des entrées et sorties du personnel » ; démontrant ainsi le respect de l'obligation d'informer posée par le Code du travail.

Suivant l'analyse de René de Quenaudon¹¹²⁰, il est permis de supposer que l'information portant sur l'obligation d'utiliser le badge prévu au règlement intérieur est probablement la seule qui ait été faite en l'espèce. L'arsenal juridique rappelé au fondement du dispositif permet de penser que l'employeur avait commis un certain nombre de manquements en matière d'information tant vis-à-vis du salarié que des instances représentatives du personnel ; ce que la Cour d'appel n'a sans doute pas recherché, se focalisant sur le défaut de déclaration. Cette solution est d'autant plus discutable que l'employeur est dispensé de cette déclaration depuis l'entrée en vigueur du RGPD et que la Cour de cassation a commencé le détricotage de sa jurisprudence relative à l'obligation de déclaration et ses conséquences en matière de preuve¹¹²¹.

¹¹²⁰ R. de QUENAUDON, « L'insubordination qui ne peut être reprochée au salarié », *D.*, 2004, p. 2736.

¹¹²¹ V., Cass. soc., 25 novembre 2020, *Manfrini*, *supra* n° 104.

466. Cette dualité des sources et des recours du droit à l'information du salarié ne participe pas à l'effectivité du principe de transparence. La qualité de l'information est un autre élément permettant d'atteindre cet objectif de transparence.

B – La nécessaire qualité de l'information

467. Le droit à la libre disposition de ses données personnelles instauré par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique et introduit à l'article 1^{er} de la loi *Informatique et libertés* présuppose que les informations délivrées soient suffisamment précises pour en garantir l'exercice. La qualité matérielle de l'information délivrée renforce le pouvoir de décision des personnes concernées par un traitement de données.

En matière de pouvoir de décision, le G29 souligne que « la notion de consentement est traditionnellement associée à l'idée que la personne concernée doit pouvoir contrôler l'utilisation qui est faite de ces données »¹¹²². Il ajoute que « le consentement est lié à la notion de libre choix en matière d'information »¹¹²³. Cela interroge sur l'étendue de la maîtrise informationnelle des données à caractère personnel du salarié au sein de l'entreprise (1).

468. L'amélioration de la qualité du contenu s'accompagne de clarification quant au moment de la transmission de l'information. La délivrance de l'information ne participe à la maîtrise informationnelle que dans la mesure où elle est délivrée en temps utile. La détermination du moment utile participe alors à la logique de renforcement du droit à l'information portée par le RGPD (2).

¹¹²² G29, Avis 15/2011 sur la définition du consentement, (WP 187), adopté le 13 juillet 2011, p. 9 ; sur la notion de consentement v., G29, Lignes directrices sur le consentement au titre du règlement (UE) 2016/679 (WP 259rev.01), adoptées le 10 avril 2018 ; CEPD, Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679, adoptées le 4 mai 2020.

¹¹²³ *Ibid.*

1 – La qualité matérielle de l'information au service de la maîtrise informationnelle

469. Afin de répondre à l'objectif de maîtrise informationnelle, le RGPD a ajouté de nouvelles informations devant être portées à la connaissance des personnes concernées. Il s'agit notamment de la base juridique, des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement lorsque celui-ci est fondé sur l'article 6.1.f)¹¹²⁴, des décisions individuelles automatisées. Ces compléments d'informations ont vocation à garantir un droit de regard sur la base juridique du traitement (a) ainsi que sur les décisions individuelles automatisées (b).

a – Un droit de regard sur la base juridique du traitement

470. Un traitement de données n'est licite qu'à la condition d'être fondé sur une base juridique prévue par l'article 6 du RGPD¹¹²⁵. Dès lors, en avoir connaissance est une information déterminante pour la maîtrise informationnelle.

Vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel concernant le salarié, les principaux fondements invoqués par l'employeur seront sans doute la collecte de données nécessaires à l'exécution du contrat de travail ou le respect d'une obligation légale.

Si la collecte n'entre pas dans une de ces deux catégories alors, l'employeur pourra invoquer l'intérêt légitime, à moins que ne prévalent les intérêts ou des libertés et droits fondamentaux du salarié. S'il résulte de cette mise en balance que l'intérêt des salariés prédomine sur l'intérêt légitime de l'employeur, celui-ci ne pourra pas se prévaloir de cette base juridique.

Dans l'hypothèse d'un traitement ayant pour base juridique l'intérêt légitime, quelles sont alors les informations à délivrer au salarié ? La seule délivrance de l'information portant sur l'intérêt légitime ou l'ensemble du processus ? Le G29 préconise d'indiquer aux personnes concernées par la collecte la possibilité de demander au responsable du traitement la communication sur simple demande des informations relatives à la mise en balance¹¹²⁶. En d'autres termes, l'information relative à l'intérêt légitime est portée de plein droit à la connaissance du salarié mais l'information sur la mise en balance avec les intérêts ou les libertés

¹¹²⁴ Cette distinction est surprenante puisque l'article 6, paragraphe 1 énumère les bases juridiques garantissant la licéité d'un traitement. Or, l'intérêt légitime étant mentionné à l'article 6, paragraphe 1, il devrait, en bonne logique, constituer une base juridique.

¹¹²⁵ Sur la licéité des traitements, v., *supra* n° 409 s.

¹¹²⁶ G29, Lignes directrices (WP260rev.01) précitées, p. 43.

ou droits du salarié ne lui est fournie qu'à sa demande. Or, alors même que cet élément est prépondérant pour la compréhension de cette base juridique, il est peu probable que le salarié exerce individuellement cette faculté.

Si le traitement ne répond pas à une obligation légale, n'est pas nécessaire à l'exécution du contrat de travail et ne revêt pas un intérêt légitime prévalant sur les intérêts ou les libertés et droits du salarié alors le consentement de ce dernier sera nécessaire. L'information la plus complète est donc déterminante pour concourir à garantir au salarié la maîtrise informationnelle de ses données à caractère personnel. Cette exigence est également valable pour les décisions individuelles automatisées

b – Un droit de regard sur les décisions individuelles automatisées

471. L'article 13.2 du RGPD impose la délivrance d'informations complémentaires dans un certain nombre de traitements particuliers. Ainsi, le responsable du traitement informe la personne concernée de l'existence d'une décision « fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire »¹¹²⁷.

Le salarié peut être concerné par ces dispositions dès lors que les évaluations constituent des décisions fondées exclusivement sur un traitement automatisé. Dans ce cas, l'employeur devra informer le salarié de l'existence d'un traitement automatisé le concernant. Dans les cas où une décision n'est que partiellement automatisée, l'employeur ne devra pas informer le salarié de son existence. Cette situation est en contradiction avec le Code du travail qui prévoit la nécessité pour le salarié d'être informé de l'existence et de la mise en œuvre de dispositifs, méthodes ou techniques le concernant et souligne la pertinence d'une harmonisation de la réglementation applicable aux données à caractère personnel du salarié.

472. Le responsable du traitement informe également la personne concernée de la logique sous-jacente à une décision automatisée. Cette information revêt un haut niveau de pertinence puisqu'elle devrait permettre de comprendre le processus qui conduit à la décision. À cet effet le G29 recommande qu'« au lieu de fournir une explication mathématique complexe sur le fonctionnement des algorithmes ou de l'apprentissage automatique, le responsable du

¹¹²⁷ Il s'agit des décisions visées à l'article 22.1 du RGPD.

traitement devrait envisager d'utiliser des moyens clairs et complets pour fournir les informations à la personne concernée »¹¹²⁸.

La délivrance de cette information pourtant très utile n'est pas systématique. Seules sont concernées par cette disposition, les décisions automatisées visées à l'article 22.1. Dans les autres hypothèses, l'employeur sera dispensé de la fourniture des informations utiles concernant la logique sous-jacente.

Il est intéressant de noter que des travailleurs de l'entreprise Uber ont récemment saisi le tribunal d'Amsterdam en vue d'obtenir la communication des données sur lesquels se fondent les algorithmes de calcul de l'entreprise pour réaliser des profils afin d'attribuer les courses aux chauffeurs et d'évaluer leur activité¹¹²⁹.

Détenir une information la plus complète possible, la plus compréhensible, est une nécessité pour garantir le principe de maîtrise informationnelle. Avoir la maîtrise des données suppose également de porter à la connaissance des personnes concernées ces informations. Le moment où les informations sont délivrées est donc également un élément déterminant.

2 – L'importance du moment de la délivrance de l'information

473. Le considérant (61) et l'article 13 du RGPD précisent que les informations sur le traitement des données à caractère personnel relatives à la personne concernée lui sont délivrées au moment où ces données sont collectées auprès d'elle.

474. La Cour de cassation a eu l'occasion de s'interroger sur cette question. La société Air France a mis en place en 2005 un outil informatique permettant la collecte et le traitement d'évènements susceptibles d'avoir des répercussions sur la gestion du personnel navigant.

Le syndicat des pilotes d'Air France, à l'initiative du pourvoi soutenait dans la deuxième branche du moyen que « pour respecter l'obligation de loyauté de la collecte des informations posée par les dispositions de l'article 6, 1° de la loi du 6 janvier 1978, il appartient au responsable du traitement de données à caractère personnel d'informer la personne concernée par ces informations de l'existence de la collecte de ces données au moment même où cette collecte a lieu et de lui permettre d'y accéder et d'en obtenir la rectification avant que

¹¹²⁸ G29, Lignes directrices (WP251rev.01), précitées, p. 35.

¹¹²⁹ A. VITARD, « Des chauffeurs réclament un droit d'accès aux algorithmes de planification de course utilisés par Uber », *L'Usine Nouvelle*, [en ligne], le 20 juillet 2020, [consulté le 21 août 2020].

l'information figurant dans le traitement de données à caractère personnel ne soit définitivement arrêtée ». En d'autres termes, le principe de loyauté supposait qu'une information soit délivrée de façon systématique et préalable à chaque collecte et non pas de manière globale. Aucune indication dans la rédaction de l'article 6, 1° ne permettait d'exclure ou de retenir cet argument.

La Cour de cassation était donc libre de son interprétation. Elle choisit de faciliter la gestion administrative de la société¹¹³⁰ en validant le raisonnement de la Cour d'appel qui « ayant constaté que les pilotes avaient été informés préalablement de l'existence de ce traitement automatisé des données à caractère personnel, de sa finalité, des destinataires des données collectées et de leurs droits d'accès, de rectification et de suppression depuis sa date de création, par le biais d'un mémo papier adressé les 31 août 2005 et 28 janvier 2013 et disponible de manière constante sur l'intranet qui leur était dédié, et qu'ils pouvaient à tout moment accéder directement à l'événement, lors de sa création et une fois l'événement traité par le "manager", pour y ajouter leurs commentaires, [...] a pu en déduire que l'application "Main Courante" était conforme à l'exigence de loyauté de la collecte posée par l'article 6, 1° de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 »¹¹³¹.

Pour les commentateurs, « la Cour de cassation opère un choix judicieux et empreint de bon sens » car il est selon eux, d'une part, « trop complexe d'imposer au responsable de traitement qu'il se plie, pour chaque donnée collectée aux exigences de l'article 6, 1° » et, d'autre part, trop envahissant pour le salarié qui « noyé sous les alertes constantes du responsable finirait par consentir sans prendre en compte les conséquences d'un tel acte »¹¹³².

Cette analyse appelle deux remarques. En premier lieu, il faut relever que la complexité liée à une information systématique n'est pas d'ordre administrative. Le responsable du traitement n'envoie pas lui-même l'information. La complexité est tout au plus informatique ; il faut automatiser l'envoi de l'information à chaque collecte. Le considérant (62) dispense le responsable de traitement de fournir les informations notamment « lorsque la communication d'informations à la personne concernée se révèle impossible ou exigerait des efforts disproportionnés ». Était-ce vraiment le cas en l'espèce ? En second lieu, s'agissant de soulager

¹¹³⁰ En ce sens : H. CIRAY, « Du contrôle de loyauté d'un système de traitement automatisé de données personnelles », *Dalloz actualité*, 2 juillet 2018 ; Y. BASIRE, J. SABBAH, « Quand les cadres sont encadrés par un traitement automatisé : de l'importance du principe de loyauté et de licéité de la collecte et du traitement », *RDT*, 2018, p. 680.

¹¹³¹ Cass. soc., 13 juin 2018, arrêt précité.

¹¹³² Y. BASIRE, J. SABBAH, article précité.

le salarié afin qu'il ne ploie sous l'information, n'est-ce pas à l'intéressé lui-même d'en décider afin de satisfaire au principe d'autodétermination informationnelle ?

475. Le droit à l'information est un impératif pour permettre à la personne concernée d'exercer la maîtrise des données qui la concernent. À ce titre, l'information est un préalable à l'exercice des autres droits initialement prévus par la loi *Informatique et libertés* et renforcés par le RGPD. L'entrée en vigueur du RGPD a été l'occasion d'un renforcement des droits pour les personnes concernées par le traitement des données ; toutefois, ce renforcement est resté très théorique pour les salariés.

§2 – Les droits du salarié : un exercice peu effectif

476. L'influence des TIC sur les droits peut se déduire du renforcement et de la création de droits nouveaux pour les personnes concernées mais il ne faut pas oublier que ce renforcement est lui-même dicté en réponse à de nouvelles menaces. Il n'en demeure pas moins que l'ensemble de ces droits a pour objectif de renforcer le contrôle que les personnes exercent sur leurs propres données.

L'autodétermination informationnelle ainsi recherchée est mise en œuvre, d'une part, par des droits d'opposition, d'accès et de rectification (A). Elle est renforcée, d'autre part, grâce à de nouveaux droits, illustrant une volonté de rétablir un équilibre entre le responsable du traitement et la personne concernée par le traitement, peu compatible, toutefois, avec le statut du salarié (B).

A – Les droits initiaux en tension

477. L'exercice des droits initialement instaurés par la loi *Informatique et libertés*, s'avère peu effectif par le salarié. Il est possible de les regrouper en deux catégories : consentir et s'opposer (1) offrent à la personne concernée la maîtrise initiale de ses données tandis qu'accéder et rectifier garantissent un contrôle tout au long du traitement (2).

1 – Consentir et s'opposer : des droits peu opérants

478. Alors que l'exercice de ces droits est toutefois peu opérant au regard de la relation de travail, le consentement (a) et le droit d'opposition (b) sont pourtant deux critères déterminants pour la promotion de l'autodétermination informationnelle.

a – Le consentement

479. L'article 4.11 du RGPD définit le consentement comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ». Recueillir le consentement « tend à reconnaître la liberté de la personne en matière d'utilisation de ses données »¹¹³³.

La notion de consentement renvoie à celle d'autodétermination informationnelle, caractérisée par le libre choix. Cette notion trouve sa source dans la jurisprudence allemande. Dans une décision du 15 décembre 1983¹¹³⁴, la Cour constitutionnelle consacre le droit à l'autodétermination informationnelle qu'elle rattache à la dignité de l'être humain et au droit de chacun au libre épanouissement de sa personnalité. Elle rencontre un écho particulier du fait d'une prise de conscience des « déséquilibres de pouvoirs entre la personne concernée et le maître du fichier, engendrés par les capacités de traitement des données à la disposition de ce dernier et l'impact que les traitements peuvent avoir sur les diverses libertés du citoyen »¹¹³⁵.

¹¹³³ Conseil d'État, rapport précité, p. 173.

¹¹³⁴ BVerfGE 65,1, *Volkzählung*, 15 décembre 1983, in P. TÜRK, article précité.

¹¹³⁵ Y. POULLET, J.-M. DIMANT, *L'autodétermination informationnelle à l'ère d'internet, Éléments de réflexion sur la Convention n° 108 destiné au futur Comité consultatif*, Conseil de l'Europe, Rapport sur

L'article 7 du RGPD complété par le considérant (32) fixent les critères de validité du consentement.

480. Pour être valable, la manifestation du consentement doit résulter d'un acte de volonté clair. Elle doit être univoque c'est-à-dire que le consentement ne doit laisser aucun doute. Le consentement doit être donné par déclaration orale ou écrite même de manière électronique. Il peut se faire par le moyen d'une case à cocher mais il doit être matérialisé par un acte positif. En aucun cas, il ne peut se déduire du silence ou d'une case pré cochée. Dans ces deux situations il ne s'agit plus d'un acte positif.

481. Le consentement doit être libre. Cela signifie qu'il est exempt de pression. Il n'est pas libre s'il existe un déséquilibre manifeste entre la personne concernée et le responsable du traitement. L'absence de liberté peut résulter de l'existence « d'un rapport de force susceptible d'influencer la volonté de la personne concernée »¹¹³⁶.

Dans ce sens, le G29 précise que « l'autonomie de la personne concernée est à la fois une condition préalable et une conséquence du consentement »¹¹³⁷. Cette autonomie est une condition préalable à l'effectivité du principe d'autodétermination informationnelle ; elle en conditionne « la capacité de réflexion et d'action des individus »¹¹³⁸.

Le salarié peut-il consentir au traitement des données à caractère personnel qui le concerne ? Autrement dit, le salarié est-il libre quand il donne son consentement pour le traitement par l'employeur des données le concernant ? L'état de subordination fausse le libre arbitre du salarié ; ce dernier ne peut consentir librement que s'il pense n'encourir aucun risque de sanction en cas de refus. L'existence d'un risque préjudiciable réel ou supposé altère nécessairement le consentement du salarié¹¹³⁹. En application de l'article 6 du RGPD,

l'application des principes de protection des données aux réseaux mondiaux de télécommunications, T-PD(2004)04final, 18 novembre 2004, p. 24.

¹¹³⁶ O. TAMBOU, *op. cit.*, p. 131.

¹¹³⁷ G29, Avis 15/2011 sur la définition du consentement, avis précité, p. 9.

¹¹³⁸ P. TÜRK, article cité.

¹¹³⁹ En ce sens : « Dans son avis 8/2001, le G29 a déjà souligné que lorsqu'un employeur doit traiter des données à caractère personnel relatives à ses employés, il est trompeur de partir du principe que le traitement peut être légitimé par le consentement des employés. Dans les cas où un employeur affirme demander le consentement de l'employé et où l'absence de consentement peut entraîner un préjudice réel potentiel pour l'employé (ce qui peut être hautement probable dans le contexte professionnel, surtout lorsque l'employeur surveille le consentement de l'employé au fil du temps), le consentement n'est pas valable puisqu'il n'est pas donné librement. » G29, Avis 2/2017 sur le traitement des données sur le lieu de travail, avis précité, p. 7.

l'employeur n'a pas besoin de recueillir le consentement du salarié au moment de la collecte de ses données lorsqu'il peut justifier d'une base juridique. Ainsi l'exécution d'un contrat, le respect d'une obligation légale constituent des fondements légitimes dispensant l'employeur d'obtenir le consentement du salarié. Alors que la place du consentement est centrale pour l'exercice d'un pouvoir de contrôle effectif ; cette obligation ne s'applique pas au salarié. Dès lors, l'absence de recueil de son consentement prive le salarié du contrôle de ses données au moment de la collecte.

482. Pour être valable, le consentement doit également être spécifique. Il ne doit pas être noyé au milieu d'autres questions. Il doit être éclairé. À cet effet, il faut que la personne concernée ait au moins le nom du responsable du traitement et les finalités du traitement auxquelles sont destinées les données collectées.

b – Le droit d'opposition

483. Le droit d'opposition, prévu à l'article 21 du RGPD, s'applique au traitement fondé sur l'article 6.1.e) ou f). Sont ainsi visés les traitements nécessaires à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'autorité publique et les traitements nécessaires aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement. Dans cette seconde hypothèse en cas d'exercice de droit d'opposition, le responsable du traitement s'y soumet sauf à démontrer l'existence de « motifs légitimes et impérieux pour le traitement qui prévalent sur les intérêts et les droits et libertés de la personnes concernée »¹¹⁴⁰.

484. La CNIL précise que « le droit d'opposition n'existe pas lorsque le traitement répond à une obligation légale, s'il est nécessaire à l'exécution d'un contrat ou est, exceptionnellement, fondé sur le consentement du salarié (dans la mesure où dans ce dernier cas la personne concernée pourra retirer le consentement au traitement de ses données) »¹¹⁴¹. Elle ajoute en revanche qu'il « pourra être exercé, à charge pour la personne d'invoquer des raisons tenant à sa situation particulière, lorsque le traitement est mis en œuvre sur la base de l'intérêt

¹¹⁴⁰ Article 21.1 du RGPD.

¹¹⁴¹ CNIL, délibération n° 2019-160 du 12 septembre 2019 précitée.

légitime »¹¹⁴². Cette distinction met à nouveau en exergue l'importance donnée à la détermination de la base juridique.

En conclusion, le droit d'opposition est donc conditionné à la base juridique de traitement. Outre le droit d'opposition, il est possible de faire valoir un droit d'accès et de rectification.

2 - Accéder et rectifier : de la difficulté d'exercice

485. Le droit d'accès, prévu à l'article 15 du RGPD, donne à « la personne concernée [...] le droit d'obtenir du responsable du traitement la confirmation que des données à caractère personnel la concernant sont ou ne sont pas traitées et, lorsqu'elles le sont, l'accès aux dites données à caractère personnel ainsi que les informations » communiquées lors de la collecte initiale. Ensuite, aux termes de l'article 16 du RGPD, les personnes concernées par la collecte ont le droit d'obtenir du responsable du traitement la rectification de données à caractère personnel inexacts ou la possibilité « d'obtenir que les données à caractère personnel incomplètes soient complétées ». Aucun formalisme n'est requis, la demande peut être formulée par tout moyen.

486. Gratuit et obligatoire, le droit d'accès oblige le responsable du traitement à répondre à la demande d'accès sauf demande manifestement infondée ou excessive¹¹⁴³. Le Conseil d'État a eu l'occasion de valider une sanction financière infligée par la CNIL à une société qui avait refusé de communiquer à un salarié les informations le concernant « au seul motif qu'elle les avait déjà communiquées à son avocat dans le cadre de la procédure de licenciement qu'elle avait engagée à son encontre »¹¹⁴⁴. Le Conseil d'État a considéré « que cette circonstance [n'était] pas de nature à la dispenser de l'obligation de communiquer ces données » ; la demande n'était donc ni infondée ni excessive.

Il faut relever que cette demande d'accès était réalisée à la suite d'une mesure de licenciement. La CNIL souligne également que les plaintes relatives au droit d'accès du salarié à ses données interviennent fréquemment à l'occasion d'un conflit déjà existant. Ces droits, par définition individuels, sont attachés à la personne concernée par le traitement des données. Dès

¹¹⁴² *Ibid.*

¹¹⁴³ Art. 12.5 du RGPD.

¹¹⁴⁴ CE 20 octobre 2010, décision précitée.

lors, il apparaît complexe de les exercer dans le cadre de la relation de travail car le lien de subordination se prête mal à ce type de demande lorsqu'un salarié est encore en poste.

B – Les droits nouveaux en question

487. Afin de garantir un « cadre de protection des données solide »¹¹⁴⁵, le RGPD attribue de nouveaux droits dans le but de permettre « aux personnes physiques [d]’avoir le contrôle des données à caractère personnel les concernant »¹¹⁴⁶ (1). Pour autant sont-ils susceptibles d’être mis en œuvre par le salarié (2) ?

1 – Des droits nouveaux

488. La volonté de renforcer les droits des personnes s’exprime par l’affirmation de nouveaux droits. Il s’agit du droit à l’effacement (a), du droit à la limitation (b) et du droit à la portabilité (c).

a - Le droit à l’effacement

489. Figurant déjà dans la directive européenne 95/46/CE¹¹⁴⁷ et dans la loi *Informatique et libertés*¹¹⁴⁸, le droit à l’effacement était initialement rattaché au droit d’accès. Le RGPD consacre son autonomie. L’effacement n’est pas juridiquement défini. Dans le langage courant le terme effacement se définit comme « le résultat de l’action d’effacer »¹¹⁴⁹. Supprimer consiste à « faire disparaître »¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁵ Considérant (7) du RGPD.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*

¹¹⁴⁷ Rattaché au droit d’accès la personne concernée peut obtenir « selon le cas, la rectification, l’effacement ou le verrouillage des données dont le traitement n’est pas conforme à la présente directive, notamment en raison du caractère incomplet ou inexact des données ; », Article 12.b) 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.

¹¹⁴⁸ Article 36 al.1 « Le titulaire du droit d’accès peut exiger que soient rectifiées, complétées, clarifiées, mises à jour ou effacées les informations le concernant qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées ou dont la collecte, ou l’utilisation, la communication ou la conservation est interdite. [...] ».

¹¹⁴⁹ « Effacement », Trésor de la langue français, [en ligne], [consulté le 13 mai 2020].

¹¹⁵⁰ *Ibid.*

490. L'effacement peut prendre plusieurs formes. Il peut porter sur la suppression d'une donnée ; il peut aussi se matérialiser par la suppression des liens hypertextes qui permettent l'accès à l'information. Cette forme d'effacement a été mise en lumière par la CJUE dans l'arrêt *Google Spain*¹¹⁵¹ qui a admis que les liens affichés dans un moteur de recherche menant vers des informations à caractère personnel pouvaient être visés par ce droit. Dans cette affaire, un justiciable espagnol souhaite obtenir l'effacement d'informations personnelles présentes sur le site d'un grand quotidien espagnol (*La Vanguardia*) et la suppression des liens vers ces pages dans le moteur de recherche de Google. Par décision du 30 juillet 2010, l'Agencia Espanola de proteccion de datos (AEPD) rejette la réclamation visant *La Vanguardia*, mais accueille celle dirigée contre *Google Spain* et *Google Inc.* Celles-ci introduisent deux recours séparés contre ladite décision devant l'Audiencia Nacional, conduisant cette juridiction à saisir la CJUE de questions préjudicielles. La CJUE dispose que le droit à l'effacement s'impose à « l'exploitant d'un moteur de recherche [qui] est obligé de supprimer de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, des liens vers des pages web, publiées par des tiers et contenant des informations relatives à cette personne ».

491. Ayant gagné en force par cette décision, sa consécration paraissait assez logique. Pour autant, ce droit fait l'objet de controverse entre les partisans de la liberté d'expression et le devoir de mémoire et ceux qui plaident pour le droit à l'oubli, condition nécessaire au bonheur. L'article 17 est le fruit de cette recherche d'équilibre. Il n'est prévu que dans des cas limitativement énumérés et exclus dans d'autres cas.

La personne concernée a notamment le droit d'obtenir du responsable du traitement l'effacement, lorsque les données à caractère personnel ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées, lorsque la personne concernée retire son consentement ou qu'elle s'oppose au traitement. Le droit à l'effacement est en revanche exclu lorsque le traitement est nécessaire à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information ou nécessaire au respect d'une obligation légale.

¹¹⁵¹ CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain c/ Costeja*, aff. C-131/12, *AJDA* 2014. 1147, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *D.* 2014. 1476, note V.-L. Benabou et J. Rochfeld ; *ibid.* 1481, note N. Martial-Braz et J. Rochfeld ; *ibid.* 2317, obs. J. Larieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; *AJCT* 2014. 502, obs. O. Tambou.

b – Le droit à la limitation

492. Le droit à la limitation prévu à l'article 18 du RGPD est une mesure technique qui repose sur des « méthodes visant à limiter le traitement de données à caractère personnel pouvant consister, entre autres, à déplacer temporairement les données sélectionnées vers un autre système de traitement, à rendre les données à caractère personnel sélectionnées inaccessibles aux utilisateurs, ou à retirer temporairement les données publiées d'un site internet »¹¹⁵². Les données d'un traitement soumises à une demande de limitation doivent être conservées mais ne peuvent plus être traitées sauf consentement de la personne concernée ou pour des cas prévus au paragraphe 2. Cette notion bien que nouvelle peut être rapprochée du droit d'exiger le verrouillage des données prévu à l'article 40 de la loi *Informatique et libertés*¹¹⁵³.

c – Le droit à la portabilité

493. Le droit à la portabilité des données prévu à l'article 20 est une innovation du RGPD. Il offre aux personnes la possibilité de recevoir les données qu'elles ont fournies dans un format exploitable et de les transmettre éventuellement à un autre responsable de traitement. Ce droit s'applique notamment aux traitements fondés sur le consentement ou sur un contrat et lorsque le traitement est effectué à l'aide de procédés automatisés. La portabilité pourrait-elle supposer que les données concernant un salarié soient transmises d'un employeur à l'autre ?

¹¹⁵² Considérant (67) du RGPD.

¹¹⁵³ « Cette notion de verrouillage n'était pas définie par la loi, et la CNIL n'avait jamais été saisie à ce sujet », F. MATTATIA, *op. cit.*, p. 70.

2 – Quels nouveaux droits pour le salarié ?

494. Le salarié pourra-t-il exercer son droit à l’effacement ? Plusieurs cas permettent au salarié de demander l’effacement des données le concernant lorsque le contrat de travail est en cours d’exécution. Il peut d’abord s’agir de la situation où l’exactitude des données est contestée. Cette faculté suppose que le salarié ait préalablement exercé son droit d’accès.

Il peut ensuite s’agir d’hypothèses de demande de retrait du consentement quand celui-ci a servi de base juridique au traitement, ou de demande d’opposition du salarié en l’absence de motif légitime impérieux pour le traitement.

Concernant le retrait du consentement, il faut alors qu’un traitement concernant un salarié ait comme base juridique le consentement ; or cette hypothèse est elle-même peu probable puisque d’autres bases juridiques, telle que l’exécution du contrat de travail, peuvent être avancées pour légitimer le traitement.

Concernant la demande d’opposition du salarié, l’employeur peut refuser en cas de motif légitime « impérieux ». Autrement dit, pour refuser la demande d’opposition du salarié, l’employeur doit mettre en avant le caractère impérieux du motif de traitement. Cette épithète renvoie à un traitement qui s’impose à l’employeur comme une nécessité absolue. Il suppose que l’employeur devra invoquer de très sérieux motifs pour refuser la demande du salarié. Ce faisant, il apparaît clairement que le législateur a souhaité renforcer le droit à l’effacement en limitant pour le responsable du traitement les possibilités d’y échapper. Cette volonté pour être effective suppose une certaine liberté d’action de la part du salarié. Ce point-là précisément laisse douter de la probabilité de mise en œuvre de telles prérogatives.

À la fin du contrat de travail, il peut s’avérer pertinent pour le salarié de demander l’effacement des données le concernant. Seules celles soumises à une obligation légale de conservation, tels que les bulletins de paie, en seront alors exclues.

495. Les cas d’ouverture au droit à la limitation des données sont similaires à ceux prévus pour le droit à l’effacement : la contestation de l’exactitude des données et l’opposition. En cas de contestation de l’exactitude des données le salarié peut obtenir la limitation de leur traitement pendant une durée permettant au responsable du traitement d’en vérifier l’exactitude. Une fois de plus il faut admettre que l’exercice de ce droit n’est souverain que dans la mesure où la personne concernée est libre de ses choix.

496. Le droit à la portabilité vise les cas où les personnes ont un intérêt au transfert de leurs données vers un autre responsable. Ce droit peut s'exercer lorsqu'il s'agit d'un traitement automatisé qui est fondé sur un contrat. Le salarié sur la base des traitements automatisés qui le concernent réalisés dans le cadre du contrat de travail sera donc éligible à ce droit. La question se pose alors de savoir à qui il peut transférer ces informations portables ? Vers un autre employeur ? Ce nouveau droit conçu pour faciliter la circulation des données ne constitue-t-il pas un risque pour le salarié ?

Alors que les droits nouveaux sont supposés renforcer le contrôle des données, le contexte professionnel rend l'exercice de ces droits nouveaux peu effectif.

Conclusion de la Section 2

497. La volonté de renforcer l'autonomie informationnelle des personnes concernées par un traitement de données ressort des droits qui lui sont conférés. Toutefois s'agissant de prérogatives individuelles, « proclamer des droits au profit des salariés n'est [...] pas suffisant si ceux-ci ne sont pas mis en mesure de les exercer utilement »¹¹⁵⁴.

Conclusion du Chapitre 2

498. En réponse au déploiement des TIC dans la société, le législateur européen a fait évoluer le cadre juridique de la protection des données à caractère personnel afin de renforcer les obligations pesant sur le responsable du traitement et les droits de la personne faisant l'objet du traitement. Pour autant ces règles n'apparaissent pas suffisantes pour prendre en compte les spécificités de la relation de travail. Dès lors, le renforcement des droits et des obligations prévus par le règlement européen visant à rééquilibrer l'asymétrie existante entre le responsable du traitement et la personne concernée ne se vérifie pas en entreprise.

499. La persistance de l'asymétrie provient du fait que l'employeur est de plus en plus tenté d'utiliser les TIC dans tous les domaines de la gestion du personnel. Elle résulte également du fait que d'une part, l'employeur bénéficie d'une large base juridique pour le traitement des

¹¹⁵⁴ L. MALFETTES, article précité.

données du salarié et que d'autre part, alors que le consentement a une place centrale dans la maîtrise du traitement des données ; le G29 relève que l'état de subordination qui caractérise la relation de travail vicie le consentement du salarié. Elle découle enfin du fait que les droits garantissant à la personne concernée le contrôle de ses données sont peu compatibles avec le statut juridique du salarié.

500. Par ailleurs, le défaut d'harmonisation entre le RGPD et le droit du travail entrave la lisibilité et la cohérence des règles. À l'instar de la Grèce ayant mobilisé la clause d'ouverture de l'article 88 du RGPD qui donne aux États la possibilité de prévoir des règles plus spécifiques pour assurer la protection des droits et libertés en ce qui concerne le traitement des données dans le cadre des relations de travail¹¹⁵⁵, il apparaît pertinent d'adapter les garanties aux spécificités de la relation de travail. Pour ce faire, l'accent doit être mis sur l'exigence de minimisation des données qui permet de limiter la collecte des données et d'en garantir la pertinence au regard des finalités. La transparence est également un principe déterminant notamment en présence de dispositifs d'aide à la décision. En ce sens, l'article 88 paragraphe 2 énonce que pour garantir la dignité humaine, des mesures appropriées et spécifiques accordent une attention particulière à la transparence du traitement. Enfin, le droit du travail mêle relations individuelles et collectives. Renforcer la dimension collective dans l'exercice des droits individuels est alors une voie à explorer.

¹¹⁵⁵ En ce sens : C. PAPANIMITRIOU, « L'intelligence artificielle et le droit du travail : quelles relations ? quelles conséquences ?, quel avenir ? Le cas du droit grec », in P. ADAM, M. LE FRIANT, Y. TARASEWICZ (dir.), *op. cit.*, pp. 225-241.

Conclusion du Titre 2

501. Le traitement des données offre une connaissance fine de chaque individu. Il constitue à ce titre, une opportunité d'optimiser la gestion des ressources humaines. L'agrégation de ces données dessine une logique probabiliste qui vise à produire des connaissances, modéliser les comportements et finalement réduire les incertitudes à partir des données produites. La maîtrise des données constitue à la fois une source de la connaissance ainsi qu'un enjeu de pouvoir. En effet, dans cette logique prédictive la donnée confère un pouvoir d'anticipation qui constitue un autre volet du pouvoir disciplinaire décrit par Michel Foucault. S'appuyant sur la collective massive des données, ce pouvoir est principalement détenu par des entreprises privées. Alors que Michel Foucault décrit la construction du pouvoir disciplinaire dans un premier temps par « essaimage »¹¹⁵⁶ des techniques, suivi d'un second temps par leur « étatisation »¹¹⁵⁷, le troisième temps de cette édification est sa privatisation.

Outre ce changement de titulaire dans l'exercice du pouvoir, son caractère prédictif opère un déplacement de logique : il ne s'agit plus de chercher des relations de causalité pour comprendre le monde¹¹⁵⁸ ; il s'agit de réduire l'incertitude par le calcul. La croyance que le résultat d'un calcul est le reflet d'une vérité irréfutable fascine et inquiète. À ce titre, Antoinette Rouvroy souligne le risque d'enfermement de l'individu qui en résulte¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁶ M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 246.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 248.

¹¹⁵⁸ Antoinette Rouvroy explique ce changement de logique : « A dire vrai, *Big Data* signifie surtout le franchissement d'un seuil à partir duquel nous serions contraints (par la quantité, la complexité, la rapidité de prolifération des données) d'abandonner les ambitions de la rationalité moderne consistant à relier les phénomènes à leurs causes, au profit d'une rationalité que l'on pourrait dire post-moderne, indifférente à la causalité, purement statistique, inductive, se bornant à repérer des patterns, c'est-à-dire des motifs formés par les corrélations observées non dans le monde physique mais entre des données numériques, indépendamment de toute explication causale. », A. ROUVROY, « Des données sans personne : le fétichisme de la donnée à caractère personnel à l'épreuve de l'idéologie des *Big data* », Conseil d'État, rapport précité, p. 407.

¹¹⁵⁹ « Nous voulons soutenir que l'une des conditions nécessaires à l'épanouissement de l'autonomie individuelle est, pour l'individu, la possibilité d'envisager son existence non pas comme la confirmation ou la répétition de ses propres traces, mais comme la possibilité de changer de route, d'explorer des modes de vie et façons d'être nouveaux, en un mot, d'aller là où on ne l'attend pas, voir même là où il ne s'attend pas lui-même », A. ROUVROY, « Réinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la société de l'information », in S. LACOUR (dir.), *La sécurité de l'individu numérisé, Réflexions prospectives et internationales*, L'Harmattan, 2009, p. 255.

502. Dans le cadre du travail, les dispositifs technologiques destinés à faciliter la gestion du personnel n'ont cessé de prendre de l'ampleur. L'automatisation des tâches grâce à la collecte informatique des données des salariés a pour objectif de rationaliser les procédures et les outils d'aides à la prise de décision visent à réduire l'incertitude par le calcul. En réponse à la montée en puissance des traitements de données du salarié qui apparaît inéluctable, le règlement européen de la protection des données instaure une logique de protection fondée sur le renforcement de la responsabilisation des responsables du traitement des données et sur l'autodétermination informationnelle de la personne concernée par la collecte.

À l'analyse « il est davantage question d'accompagner sans tuer dans l'œuf par trop de restrictions un phénomène dont on mesure les potentialités pour l'avenir de la GRH »¹¹⁶⁰.

Pour autant, « ce souci de ne pas casser une dynamique en pleine ascension doit toutefois s'accompagner de solides garanties pour les salariés »¹¹⁶¹. Or, malgré les recommandations internationales, ce cadre législatif n'a pas fait l'objet d'une réglementation sectorielle propre au monde du travail. Le droit à la protection des données est conçu comme un droit individuel permettant l'exercice de prérogatives visant au contrôle des données. Or, pour le salarié, la maîtrise des données qui le concernent est entravée par l'existence du lien de subordination. Ainsi, l'absence de réglementation sectorielle pose la question de la garantie d'un droit fondamental.

¹¹⁶⁰ L. MALFETTES, article précité.

¹¹⁶¹ *Ibid.*

Conclusion de la Partie 1

503. L'individu, le travail et la technique forment un entrelacs complexe. L'emprise de la technique sur le monde modifie autant nos représentations que nos usages. Nos imaginaires sont influencés par l'univers technique dans lequel nous évoluons modifiant nos représentations du travail, de la vie et des relations sociales. La société a évolué d'un système technique industrielle à un autre système technique, celui de l'information et de la communication. Les TIC occupent aujourd'hui une place centrale dans la vie des individus. Les données circulent librement, la vie en est enrichie ; le travail en est facilité ; la santé s'en trouve mieux prise en compte. Si tout cela est vrai à bien des égards, vouloir regarder l'envers du décor c'est vouloir souligner l'ambivalence de la technique.

504. Le droit et la technique sont deux systèmes qui entendent régir les individus, produire des normes de comportement. Le parallèle entre la société industrielle et la société de l'information et de la communication montre que la construction des objets juridiques suit les défis techniques. Partir des défis posés par les TIC permet alors de l'interroger sur l'effectivité des objets juridiques. En d'autres termes, la réponse juridique est-elle à la hauteur du changement de système technique ?

505. Les défis posés par les TIC au monde du travail s'expriment à plusieurs niveaux.

D'abord, par le double jeu de la pénétration de la vie privée dans le travail et de l'immixtion du travail dans la vie privée, les TIC marquent la fin de la frontière entre vie privée et vie professionnelle et remettent en question les fondements historiques qui ont servi à la construction de l'individu.

Ensuite, par la numérisation des vies, les TIC remettent également en cause la capacité de l'individu à être singulier c'est-à-dire à exercer son individualité. Le développement des calculs algorithmiques visant à réduire l'aléa et à sécuriser les décisions par la prédiction des comportements agit sur l'individu et le prive d'un futur à écrire en réduisant le champ des possibles.

Enfin, face à l'essor de l'informatique qui a permis la mise en données de la vie, le droit à la protection des données est apparu comme la réponse à la nécessité de protéger la vie numérique des citoyens. Or, le cadre juridique prévu pour protéger les données à caractère personnel n'est

pas adapté aux spécificités de la relation de travail. Dès lors, le risque de désillusion est élevé face à un droit fondamental proclamé et des garanties ineffectives pour le salarié.

506. L'ensemble de ces constats interroge sur l'effectivité de la protection du salarié et pose les questions suivantes : De quelle manière le système juridique peut-il garantir un rééquilibrage des droits du salarié face aux TIC ? Faut-il laisser aux entreprises le soin de s'autoréguler ? Faut-il envisager une loi *Informatique et libertés* spécifique aux relations de travail ? Le salarié est un individu indépendant et responsable. Artisan de son projet professionnel, il en porte la responsabilité de la réussite ou de l'échec¹¹⁶². Cette indépendance est source d'« angoisse de ne pas parvenir à réaliser son “projet existentiel”, de ne pas être à la hauteur de l'idéal de soi-même »¹¹⁶³. Dans la société contemporaine, l'individu est libre, autonome, indépendant mais il ne flotte pas pour autant, au-dessus de la société, libéré des normes sociales. Ces contraintes ont évolué mais elles n'ont pas disparu. Dès lors, les sociologues relèvent qu'accéder à la condition d'individu suppose de disposer « d'un certain nombre de statut de base, qui protègent les êtres des nouvelles tutelles pesant sur eux »¹¹⁶⁴. Parmi ces protections figure notamment « la propriété d'un ensemble de droits liés au travail, activité centrale des sociétés modernes »¹¹⁶⁵. Alors que la société salariale avait réalisé « un fragile équilibre entre promotion de l'individu et appartenance à des collectifs protecteurs »¹¹⁶⁶, il faut se demander avec Robert Castel « que peut signifier aujourd'hui “être protégé” ? »¹¹⁶⁷. Durkheim l'affirme : « le seul individualisme viable pour des sociétés différenciées est celui qui mise autant sur les valeurs du collectif (solidarité et égalité) que sur celle de l'individu (la valeur sacrée de la personne et ses droits inaliénables) »¹¹⁶⁸. C'est alors à cette question sociale que le droit doit répondre.

¹¹⁶² « [...] on trouve un individu “flexible” chargé de diversifier ses engagements professionnels pour nourrir son “projet personnel” et tenu personnellement responsable de ses échecs. », F. TARRAGONI, *op. cit.*, p. 93.

¹¹⁶³ *Ibid.*, p. 81.

¹¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 92.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*

¹¹⁶⁶ R. CASTEL, *op. cit.*, p. 750.

¹¹⁶⁷ *Ibid.*

¹¹⁶⁸ F. TARRAGONI, *op. cit.*, p. 41.

Partie 2

Le renforcement nécessaire des droits fondamentaux du salarié face à l'essor des TIC dans l'entreprise

507. Dans son ouvrage *Sociologies de l'individu*, Federico Tarragoni dresse un portrait de l'individu contemporain à la fois tourné vers soi-même dans une quête d'épanouissement personnel et « travaillé par une inquiétude existentielle et une angoisse personnelle permanentes »¹¹⁶⁹ de ne pas y parvenir. Les transformations du travail et des organisations érodent le modèle social, issu de l'ère industriel et fondé sur la triple unité de temps de lieu et d'action, et délitent la fonction structurante du statut salarial. Dès lors « l'individu intégré par le travail, protégé par les droits sociaux et sécurisé par les “marchés internes” d'entreprise, s'effrite désormais sous nos yeux »¹¹⁷⁰ laissant place à l'individu autonome et responsable soumis au diktat de réussir sa vie.

À cette injonction s'ajoute celle d'être authentique, transparent. Livrer son intimité au regard public annihile la valeur de refuge de la vie privée dans sa dimension psychique, propice au développement du for intérieur. Ce faisant, « les individus sont d'emblée fragilisés dans leur quête d'autonomie et de singularité »¹¹⁷¹. Ces mutations s'inscrivent dans la société de l'information et de la communication. Elles sont favorisées par les TIC qui servent de vecteur et d'accélérateur dans cette dynamique de changement.

508. Dans ce contexte, « [la] fonction singulière » du droit dans l'histoire des techniques, soulignée par Alain Supiot, qui est « celle d'un outil d'humanisation des techniques »¹¹⁷² prend toute sa valeur. Destiné à organiser la vie en société, le droit a pour finalité d'assurer l'ordre social, garantissant les besoins de stabilité et de sécurité des individus. Face à la présence

¹¹⁶⁹ F. TARRAGONI, *op. cit.*, p. 81.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 93.

¹¹⁷¹ *Ibid.*, p. 95.

¹¹⁷² A. SUPIOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit, op. cit.*, p. 203.

grandissante des TIC, le droit doit permettre d'humaniser la relation homme/machine, garantie de paix sociale.

Pour atteindre cet objectif, les droits fondamentaux « sont devenus, dans un contexte de libéralisation du marché du travail et d'émergence d'un ordre public de l'actionnaire, avec le recours aux normes internationales, un instrument essentiel pour résister au reflux législatif de ces vingt dernières années »¹¹⁷³. Ainsi, les droits fondamentaux du salarié auraient vocation à constituer un garde-fou permettant d'humaniser les TIC. Garantir leur effectivité revient aussi garantir un équilibre au sein de l'entreprise entre droits du salarié et ceux de l'employeur.

Répondre à cet enjeu appelle à redéfinir un cadre juridique, renforçant la place des droits fondamentaux, qui peut se déployer tant au plan individuel (Titre 1) qu'au plan collectif (Titre 2).

¹¹⁷³ H. TOURNIQUET, « Les droits fondamentaux au secours des salariés », *Dr. soc.*, 2019, p. 512.

Titre 1

Les droits fondamentaux du salarié : une protection à redéfinir

509. Les transformations à l'œuvre dans la société suscitent une série d'interrogations relatives à l'effectivité de la protection du salarié. De quelle manière l'effectivité des droits fondamentaux du salarié peut-elle être garantie ? À quel niveau situer l'influence des droits fondamentaux sur les TIC ? Au niveau de leur proclamation, c'est à dire au regard de leur place dans l'ordre juridique ? Au niveau de leur exercice, c'est-à-dire au regard des prérogatives dont disposent les salariés pour les exercer ? Au niveau des garanties c'est-à-dire au regard de leur invocabilité devant le juge ? L'ensemble de ces interrogations renvoie à la problématique générale de l'équilibre des pouvoirs au sein de l'entreprise.

510. Cette problématique amène à réfléchir à la protection de l'individu-salarié, saisi par le système technique, en tant que personne, c'est-à-dire en tant que sujet de droit, titulaire de droits fondamentaux. Elle invite à reprendre à nouveaux frais l'idée de justice sociale telle qu'elle a été affirmée lors de la Déclaration de Philadelphie en 1944.

En affirmant, d'une part, que la justice sociale suppose le droit pour tous les êtres humains, « de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales » et, d'autre part, que cet objectif est le but central auxquels les intérêts économiques et financiers sont subordonnés, la Déclaration de Philadelphie a entendu tirer les leçons de la Seconde Guerre mondiale « ayant montré les effets mortifères de la réification de l'être humain »¹¹⁷⁴.

Si cette affirmation s'est diluée dans les lois du marché¹¹⁷⁵, elle conserve toute sa valeur. Son actualité est renouvelée par les récents développements en matière d'intelligence artificielle et de calcul algorithmique. Ne sont-ils pas porteurs de nouveaux risques de faire « de

¹¹⁷⁴ A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie, La justice sociale face au marché total*, op. cit., p. 22.

¹¹⁷⁵ « À l'objectif de justice sociale a été substitué celui de la libre circulation des capitaux et des marchandises, et la hiérarchie des moyens et des fins a été inversée », *ibid.*, p. 24.

l'homme au travail (qui travaille) un Homme artificiel, une personne dépourvue d'humanité et de dignité »¹¹⁷⁶ ?

Aux craintes portées par les sociologues et les philosophes, partagées par les juristes¹¹⁷⁷ s'opposent ses thuriféraires persuadés que le transhumanisme est l'avenir de l'homme. De l'homme-machine du 19^e siècle à l'homme augmenté par la machine du 21^e siècle, le principe de la dignité humaine apparaît en filigrane comme faisant « obstacle à la réification de l'Homme »¹¹⁷⁸. Dès lors, faire des droits fondamentaux le socle de la primauté de l'homme et plus précisément du salarié face aux TIC, instituer les droits fondamentaux en réponse à l'influence des TIC supposent en préalable d'en discuter la place ; d'identifier les ressorts qui favorisent ou entravent leur effectivité (Chapitre 1).

511. Pour Pascal Lokiec il existe un dernier rempart mais rempart incontournable : les droits fondamentaux.¹¹⁷⁹ La traduction en droit positif d'un cadre juridique prenant appui sur les droits fondamentaux vise à renforcer le degré d'effectivité de la protection du salarié en tant que personne. Cette réécriture a vocation *in fine* à restaurer l'équilibre des pouvoirs au sein de l'entreprise tout en évitant l'écueil du discours militant¹¹⁸⁰ (Chapitre 2).

¹¹⁷⁶ P. ADAM, « Intelligence artificielle, dignité et droit du travail », in P. ADAM, M. LE FRIANT, Y. TARASEWICZ (dir.), *op. cit.*, p. 91.

¹¹⁷⁷ En ce sens : *ibid.*, pp. 92-94 ; A. ROUVROY, Th. BERNS, « Gouvernamentalité algorithmique et perspectives d'émancipation, Le disparate comme condition d'individuation par la relation ? », article précité.

¹¹⁷⁸ P. ADAM, « Intelligence artificielle, dignité et droit du travail », in P. ADAM, M. LE FRIANT, Y. TARASEWICZ (dir.), *op. cit.*, p. 95.

¹¹⁷⁹ « La libéralisation du licenciement, la réforme des seuils sociaux ou du repos dominical, la flexibilisation du temps de travail, la mobilité ou les nouvelles technologies sont toutes susceptibles de rencontrer sur leur chemin, à l'occasion d'un procès ou du passage d'une loi devant le Conseil constitutionnel, un ou plusieurs droits fondamentaux, que ce soient le droit à l'emploi, le droit au repos, le droit à la protection de la santé, le principe de participation ou encore le droit au respect de la vie personnelle. », P. LOKIEC, *op. cit.*, p. 154.

¹¹⁸⁰ « Dans ce discours rhétorique, l'expression "droit fondamental" exprime donc le souhait de ceux qui l'emploient à ce que cet intérêt qu'ils défendent soit consacré et/ou protégé par le droit positif, mais sans nécessairement chercher à le rattacher à une catégorie juridique "droit fondamental" dont ils peuvent ignorer l'existence », P. ADAM, « Droits fondamentaux et droit du travail : derrière le brouillard... », *Dr. soc.*, 2019, p. 506.

Chapitre 1

Les droits fondamentaux du salarié : une place à confirmer

512. Au plan lexical, Véronique Champeil-Desplats note que « l'expression "droits fondamentaux" présente la particularité d'abandonner une référence immédiate à l'homme qui apparaît à l'évidence dans l'expression "droit de l'homme" »¹¹⁸¹. Ce constat n'est pas seulement terminologique ; il a pour effet d'attirer dans le champ des droits fondamentaux d'autres personnes que l'homme. À ce titre, l'attribution de la personnalité juridique aux robots auraient pour effet de placer l'homme et la technique sur le même plan juridique.

Mettre sur le même plan la technique et l'individu conduirait à penser leur rapport non plus en termes de primauté mais en termes de conciliation. Dans cet esprit, Edouard Geffray, secrétaire général de la CNIL déclare dans les *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* que « l'enjeu est dès lors de concilier l'innovation et la protection de ces droits fondamentaux qui sont garantis par la Constitution ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »¹¹⁸². Il souligne que « cette conciliation n'est ni impossible, comme on le lit parfois, ni un "mal nécessaire" » et qu'« elle est la condition *sine qua non* pour la création d'un environnement éthique et juridique de confiance ».

513. À la lumière de ces remarques, la primauté de l'homme sur la technique et celle des droits fondamentaux sur la technique, qui peuvent sembler intuitivement acquises, doivent être discutées. Dans l'ordonnement juridique, les droits fondamentaux « ont d'abord un caractère logiquement premier, ce qui sert normalement à identifier la position hiérarchique qui leur est attribuée ou revendiquée par eux »¹¹⁸³. Droits de premier ordre, ils occupent le rang le plus élevé dans la hiérarchie des normes et s'imposent aux normes inférieures qui ne peuvent y déroger. Toutefois, certains auteurs soulignent, au contraire, qu'au-delà de cette place formelle, ils irriguent l'ensemble des normes illustrant ainsi leur caractère fondamental.

¹¹⁸¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations ? Quelles conséquences ? », *Les Cahiers français*, 2010, pp.19-23.

¹¹⁸² E. GEFFRAY, article précité.

¹¹⁸³ A. LYON-CAEN, I. VACARIE, « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Droit syndical et droit de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Mélanges J.-M. VERDIER, Dalloz, 2001, p. 423.

Ces divergences doctrinales quant à la source de la fundamentalité d'un droit amène à discuter l'affirmation de la primauté des droits fondamentaux sur les TIC (Section 1).

514. À cette première discussion, s'ajoute celle de la primauté des droits fondamentaux pour le salarié. « Homme situé » dans un certain cadre, celui de l'entreprise, le salarié voit ses droits mis en balance avec ceux de l'employeur. La question ne résout alors plus en termes de prévalence mais en termes de conciliation (Section 2).

Section 1 – L'affirmation de la primauté des droits fondamentaux sur les TIC en discussion

515. La reconnaissance du caractère fondamental d'un droit oppose deux écoles doctrinales. D'un côté, se trouvent les « essentialistes »¹¹⁸⁴ défendant une conception objective liant les droits fondamentaux à la dignité. Adoptant un point de vue prescriptif, ils considèrent qu'un droit est fondamental en raison d'un accord sur sa valeur. D'un autre côté, se situent les tenants du normativisme définissant les droits fondamentaux comme ceux inscrits au plus haut niveau de la hiérarchie des normes. Leur point de vue est descriptif : le caractère fondamental d'un droit est lié à son rang dans l'ordonnement juridique. Ces deux approches ne sont cependant pas incompatibles et leur complémentarité est soulignée par Gregorio Peces-Barba Matinez¹¹⁸⁵.

Au sens des « essentialistes », le caractère fondamental du droit serait d'abord « considéré comme inhérent à l'humanité »¹¹⁸⁶ ; il ne dérive pas d'une inscription formelle dans l'ordre juridique. À cette conception s'ajoute une approche axiologique, le caractère fondamental transcende la norme ; les droits fondamentaux primerait alors sur les TIC en raison du primat de l'homme. Dans ces deux cas, la source du caractère fondamental s'enracine en dehors de son caractère formel (§1).

Au sens du normativisme, le caractère fondamental se déduit d'une source formelle dérivant de l'inscription d'un droit dans un texte constitutionnel ou international. Ainsi Jean-Jacques

¹¹⁸⁴ M.-J. REDOR-FICHOT, « Droits fondamentaux et légitimité », in L. FONTAINE (dir.), *Droit et légitimité*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 73

¹¹⁸⁵ « Les droits fondamentaux, peuvent comprendre aussi bien des présupposés éthiques que des composants juridiques. Ils signifient l'importance morale d'une idée qui engage la dignité humaine et ses objectifs d'autonomie morale mais aussi l'importance du Droit qui transforme les droits en une règle constitutive fondamentale de l'ordre juridique, moyen nécessaire pour que l'individu puisse développer toutes ses potentialités », G. PECES-BARBA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 35.

¹¹⁸⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS, article précité.

Israël, après avoir distingué les droits fondamentaux et les libertés publiques « afin de mieux en saisir le sens commun »¹¹⁸⁷, retient une définition générale selon laquelle « est fondamentale une liberté reconnue par un principe ou une règle de niveau juridique le plus élevé, soit constitutionnel ou international »¹¹⁸⁸. La fundamentalité qui en découle est alors formelle (§2).

§1 – L’enracinement du caractère fondamental hors du plan formel

516. L’enracinement informel du caractère fondamental est souvent rattaché au concept de dignité de la personne humaine. Muriel Fabre-Magnan note que le principe de dignité de la personne humaine, est « le fondement le plus élevé du droit (c’est-à-dire son horizon le plus élevé) »¹¹⁸⁹. Elle ajoute qu’il est indémontrable. Faisant le parallèle avec les mathématiques pour lesquelles il est admis « qu’il n’y a pas de raisonnement logico-déductif possible sans énoncé initial non démontré et non discuté »¹¹⁹⁰, elle souligne que « le Droit aussi repose sur des vérités indémontrables, c’est-à-dire des croyances fondatrices invérifiables et qui doivent être admises par tous »¹¹⁹¹. De son point de vue, que la dignité soit un principe indémontrable n’est pas un obstacle dirimant ; elle relève d’ailleurs l’identité étymologique du terme dignité et axiome¹¹⁹². Dans cette acception, le principe de dignité participe à instituer l’homme ; il revêt une fonction anthropologique (A).

517. Toutefois cette fonction est susceptible d’être remise en cause par l’importance donnée à la technique, dont la sacralisation est soulignée par certains auteurs. Pierre Musso note qu’au sortir de la Seconde Guerre mondiale, « la cybernétique paraît alors représenter l’acmé d’une conception rationaliste où l’homme est maître de tout grâce à l’ordinateur, super-calculateur et super-horloge dotés d’un algorithme »¹¹⁹³. Des auteurs comme l’historien Arnold

¹¹⁸⁷ J.-J. ISRAËL, *Droit des libertés fondamentales*, L.G.D.J, 1998, p. 37.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*

¹¹⁸⁹ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », *RIEJ*, 2007, vol. 58, n° 1, p. 6.

¹¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 8.

¹¹⁹¹ *Ibid.*

¹¹⁹² « L’origine grecque est plus riche, où l’équivalent du mot “dignité” est axios (“ce qui est convenable, ce qui vaut, ce qui mérite”) et qui a donné également “axiome” », *ibid.*, p. 1.

¹¹⁹³ P. MUSSO, *op. cit.*, p. 688.

J. Toynbee¹¹⁹⁴ ou Jacques Ellul¹¹⁹⁵ observent le caractère sacré acquis par les technologies au sein du gouvernement scientifique des hommes par le calcul. Selon Pierre Musso, la religion industrielle occulte la question du « pourquoi » pour ne s'intéresser qu'à celle du « comment faire » pour gérer rationnellement et efficacement¹¹⁹⁶. La légitimité des TIC est souvent associée au « pouvoir de rationalité scientifique »¹¹⁹⁷ fondé sur le calcul algorithmique. Dans les discours sur l'entreprise, les TIC sont présentées comme les solutions à l'efficacité et la performance. Dès lors, la capacité à asseoir le primat de l'homme face aux TIC par l'ancrage axiologique se heurte souvent à la symbolique du progrès technologique (B).

A – Le dépassement des sources formelles

518. Le principe de dignité servant de socle aux droits fondamentaux est largement débattu en doctrine. Pour certains, il participe à la fonction anthropologique du droit (1). Pour d'autres, au contraire, non seulement il revêt une dimension morale justifiant son bannissement de l'ordre juridique, mais en outre, sa juridicisation porte en germe le risque de lui faire perdre son caractère inhérent à l'humanité (2).

1 – L'affirmation du principe de dignité fondant le primat de l'homme

519. Dans cette affirmation, deux approches s'entremêlent. La première est d'ordre axiologique tandis que la seconde repose sur le critère matériel de la norme.

520. L'axiologie s'entend de la « science des valeurs philosophiques, esthétiques ou morales visant à expliquer et à classer les valeurs »¹¹⁹⁸. Discuter la place des droits fondamentaux au plan axiologique suppose d'admettre de chercher des justifications au primat de l'homme sur des valeurs situées hors champ juridique. À ce titre, les premiers termes du Préambule de la Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne en sont une illustration : « Les peuples

¹¹⁹⁴ « L'historien britannique Arnold J. Toynbee l'observait par exemple au milieu de XX^e siècle : “La technologie a pris la place de la religion comme intérêt suprême et objet d'inspiration” », F. JARRIGE, *op. cit.*, p. 351.

¹¹⁹⁵ « Jacques Ellul creusait la même idée en notant que “ce n'est pas la technique qui nous asservit mais le sacré transféré à la technique” », *ibid.*

¹¹⁹⁶ P. MUSSO, *op. cit.*, p. 633.

¹¹⁹⁷ R. MARTINEAU, Ch. TSONI, « Symbolique et stratégies de déploiement des Technologies de l'Information », *Systèmes d'information & management*, 2019, vol. 24, n° 4, pp. 93-113.

¹¹⁹⁸ « Axiologie », Trésor de la langue française, [en ligne], [consulté le 13 mai 2020].

d'Europe, en établissant entre eux une union sans cesse plus étroite, ont décidé de partager un avenir pacifique fondé sur des valeurs communes ». Le texte se poursuit en ajoutant que la dignité humaine, la liberté, l'égalité et la solidarité sont « les valeurs indivisibles et universelles » qui fondent l'Union.

Les apports philosophiques et religieux ressortent également de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. L'influence du droit naturel se trouve dans l'affirmation de droits « naturels et imprescriptibles de l'homme ». L'influence religieuse qui peut paraître paradoxale replacée dans le contexte historique de la Révolution est toutefois avérée¹¹⁹⁹. Elle est notamment présente par référence à « l'Être suprême ».

À cette première approche fondée sur des valeurs extra-juridiques, s'ajoute la dimension matérielle. Ces deux visions se complètent sans pour autant se confondre.

521. Au principe, la vision matérielle est portée par Étienne Picard. Dans son article sur « l'émergence des droits fondamentaux en France »¹²⁰⁰, il montre que « ce n'est pas le droit formel qui produit les droits fondamentaux ; ce sont bien plutôt les droits fondamentaux qui saisissent le droit et le charpentent en sa structure générale »¹²⁰¹. Il constate que la fundamentalité peut être constitutionnelle ou supranationale ; il en résulte pour Etienne Picard qu'« aucune norme n'a le monopole de la fundamentalité »¹²⁰². Il explique cette relativité formelle par le fait qu'« elle tient à ce que la relativité des droits fondamentaux est elle-même substantielle, en ce que c'est le fond même du droit qui l'impose »¹²⁰³.

Cette analyse l'amène à conclure que « la prééminence de la personne fonde la prééminence des droits »¹²⁰⁴, identifiant dans le principe de dignité humaine la cause de la fundamentalité, la prééminence des droits en étant l'effet. Il rejoint sur cette analyse Bertrand Mathieu qui qualifie le droit à la dignité de « principe matriciel »¹²⁰⁵.

Ce dernier constate que dans des domaines récents comme l'informatique ou la bioéthique, le juge constitutionnel est amené à vérifier la constitutionnalité des lois sans disposer de normes

¹¹⁹⁹ En ce sens : H. OBERDOFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, L.G.D.J, 7^e éd. 2019, 67.

¹²⁰⁰ E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p. 6.

¹²⁰¹ *Ibid.*

¹²⁰² *Ibid.*

¹²⁰³ *Ibid.*

¹²⁰⁴ *Ibid.*

¹²⁰⁵ B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, p. 211.

adéquates. Dans ces cas, il relève que le juge utilise des principes « matriciels »¹²⁰⁶ lui permettant de s'appuyer sur des normes constitutionnelles claires et qui ne font l'objet d'aucune contestation. Il avance l'idée selon laquelle le droit au respect de la vie privée pourrait être un principe « matriciel » permettant la protection des principes posés par la loi *Informatique et libertés* n'ayant pas en eux-mêmes de valeur constitutionnelle.

Le recours au « principe matriciel » de dignité humaine est également avancé par Pierre - Yves Verkindt « pour restituer l'humain dans sa plénitude »¹²⁰⁷. Cette analyse renvoie à la fonction anthropologique du droit consistant à « reconnaître la place du droit dans la construction des identités individuelles et collectives »¹²⁰⁸ ; à reconnaître « que tout le droit n'est pas dans son sens explicite et positif, mais que le droit a aussi une dimension symbolique instituant notre humanité, qui ne doit pas être niée ou minimisée »¹²⁰⁹.

En suivant ces raisonnements, il faut se demander si la dignité peut alors servir de fondement au caractère fondamental d'un droit même en l'absence d'une inscription formelle dans une norme juridique. « Concept évolutif, selon les conceptions changeantes de l'opinion »¹²¹⁰ il est toutefois à manier avec précaution¹²¹¹. Il est également très controversé par une partie de la doctrine.

¹²⁰⁶ *Ibid.*

¹²⁰⁷ P.-Y. VERKINDT, « L'appel aux droits fondamentaux en matière sociale », *Dr. soc.*, 2019, p. 503.

¹²⁰⁸ A. SUPIOT, « L'empire des lois ou les avatars d'une façon de penser », *RIEJ*, 2001, vol. 46, n° 1, cité par G. LHUILLIER, « Les juristes sont-ils des clercs ? Sur la dimension anthropologique du droit », *Esprit*, 2002, n° 289, pp. 183-195.

¹²⁰⁹ *Ibid.*

¹²¹⁰ F. BORELLA, « Le concept de dignité de la personne humaine », in Ph. PEDROT (dir.), *Ethique, droit et dignité de la personne*, Mélanges Ch. BOLZE, Economica, 1999, p. 35.

¹²¹¹ « Le principe de dignité peut en effet justifier tout et son contraire : le port du voile islamique au nom du respect de profondes convictions religieuses ou son retrait au nom de l'épanouissement et de l'autonomie de la femme ; l'interdiction de l'avortement au nom de la dignité de la personne dès sa conception ou sa permission au nom de la dignité et de la liberté personnelle de la femme ; la protection du « sans domicile fixe » ou le respect de sa volonté de rester dans la rue en période de grand froid. », V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Dignité de la personne humaine : peut-on parler d'une exception française ? », *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, 2013, pp.173-180.

2 - La dignité au sens axiologique, un principe controversé

522. Pour ces détracteurs, le principe de dignité est entaché d'une faille dirimante : il ne se démontre pas. Il faut donc admettre qu'il relève de l'axiome¹²¹². Garantir la dignité de la personne humaine serait « l'axiome de base au fondement du système juridique »¹²¹³, il serait le fondement ultime des droits fondamentaux. Étienne Picard avance l'idée selon laquelle les droits fondamentaux constituent une catégorie autonome qui trouve son fondement en son propre sein. S'il est admis que l'origine de la fundamentalité est le principe de dignité humaine, il est alors admis que les droits fondamentaux ne se fondent que sur eux-mêmes car le droit à la dignité humaine n'est pas lui-même fondé en droit¹²¹⁴. Cette conception s'oppose à la théorie du droit de Kelsen, fondée sur le caractère formel des catégories juridiques et épurée de toute dimension morale¹²¹⁵.

523. Les critiques résultent également du fait que le principe de dignité vient heurter la liberté individuelle et l'autonomie de la volonté. La dignité sert alors de fondement à la protection de la personne contre elle-même.

Tel fut notamment le cas dans l'affaire du « lancer de nains » où le Conseil d'État « considérant qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public ; que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine » a interdit cette activité sur le fondement de l'atteinte à la dignité alors même que les personnes concernées y avaient consenti.

¹²¹² « La dignité est structurellement un axiome, c'est à dire une proposition évidente en soi, échappant à toute démonstration, et s'imposant par un principe d'évidence ou de certitude », M. FABRE-MAGNAN, *Introduction au droit*, Presses universitaires de France, 2018, p. 96.

¹²¹³ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », article précité.

¹²¹⁴ E. PICARD, article précité.

¹²¹⁵ La controverse entre ces deux conceptions du droit a connu un point d'orgue au moment de l'arrêt *Perruche*. Cet arrêt a suscité de la part d'Alain Supiot, Muriel Fabre-Magnan, Bernard Mathieu et une trentaine d'autres universitaires la signature d'une pétition en protestation. Favorables à une conception anthropologique du droit, ils ont fait l'objet de vives critiques en retour. L'arrêt *Perruche* a ainsi été l'occasion de mettre en pleine lumière deux conceptions du droit opposant la doctrine ; *Contra* : D. de BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions à propos de la controverse Perruche, sur la figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RDT civ.*, 2002, p. 47.

Le Conseil d'État a considéré que « le respect du principe de la liberté du travail et de celui de la liberté du commerce et de l'industrie ne faisait pas obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir de police municipale interdise une activité même licite si une telle mesure est seule de nature à prévenir ou faire cesser un trouble à l'ordre public »¹²¹⁶.

Cet arrêt cristallise l'opposition entre les deux conceptions de la dignité. Alors que certains auteurs voient dans la dignité un droit subjectif¹²¹⁷, selon lequel l'homme n'est digne que libre, cette liberté fondant l'autodétermination ; pour d'autres, la dignité doit être prise dans un sens objectif admettant ainsi des restrictions aux libertés de la personne dans la mesure où la dignité est une « qualité transcendante attachée à sa nature humaine »¹²¹⁸, transcendant l'homme pour concerner l'humanité¹²¹⁹. Par ailleurs, Gilles Lebreton, dans la note du commentaire de l'arrêt, souligne le glissement de la moralité publique, composante de l'ordre public vers l'ordre moral qui relève du jugement de valeur¹²²⁰.

524. Lorsque le principe de dignité est pris au sens d'un droit subjectif, il ne peut qu'être dévalué car à ce moment-là il est nécessairement mis en balance selon le principe de proportionnalité avec d'autres droits. Il cesse de lier le droit dans une dimension anthropologique pour devenir un droit soumis à interprétation. Ainsi, dans un litige à propos d'un dessin satirique montrant une personne politique, le principe de dignité a été mis en balance avec la liberté d'expression. À cette occasion, la Cour de cassation a considéré que « la dignité ne saurait être érigée en fondement autonome des restrictions à la liberté d'expression »¹²²¹. Soumise au contrôle de proportionnalité, le principe de dignité devient nécessairement relatif.

¹²¹⁶ CE ass., 27 octobre 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Lebon 372 ; *AJDA* 1995. 878, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaud, *Ibid.* 942 ; *RFDA* 1995, 1204, concl. P. Frydman ; *D.* 1995. 257.

¹²¹⁷ D. de BÉCHILLON, « voile intégral : éloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux », *RFDA*, 2010, pp. 467-471.

¹²¹⁸ P. ADAM, « La "dignité du salarié" et le droit du travail », *RDT*, 2014, p. 168.

¹²¹⁹ « La dignité n'est pas un droit, mais un principe qui marque l'appartenance au genre humain. Elle est dès lors inderrogeable et insusceptible d'abus ; et nul ne peut y renoncer, ni pour autrui ni même pour soi-même. », M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 96.

¹²²⁰ « Certes, à titre personnel nous ne sommes guère portés à encourager les spectacles de lancer de nain, que nous trouvons affligeants. Mais dès lors qu'aucune loi ne les interdit, et que les consciences collectives nationales ou locales ne les réprovent pas, peut-on s'arrêter à l'opinion d'un professeur de droit ou d'une poignée de conseillers d'État pour avaliser leur prohibition ? Répondre oui, comme le fait le Conseil d'État, revient à céder à la tentation de l'ordre moral », G. LEBRETON, « Ordre public, ordre moral et lancer de nain », *D.*, 1996, p. 177.

¹²²¹ Cass. Plén., 25 octobre 2019, n° 17-86.605.

Ainsi relativisé, le principe de dignité est également mis à mal par l'importance donnée à la technique en général et aux TIC en particulier.

B - Le principe de dignité déstabilisé par l'importance donnée aux TIC

525. À la suite de la découverte du programme de surveillance de la NSA, le Parlement européen a adopté un certain nombre de résolutions affirmant la primauté des droits fondamentaux au regard des TIC et condamnant avec fermeté les systèmes de surveillance de masse¹²²². À ce titre, le Parlement européen souligne que « le respect de la vie privée n'est pas un droit de luxe »¹²²³ mais qu'il constitue au contraire « la pierre angulaire de toute société libre et démocratique »¹²²⁴. La Charte des droits fondamentaux est l'emblème de la volonté européenne de « placer la personne au cœur de son action »¹²²⁵ au-dessus de la technique.

526. Néanmoins, alors même que le Parlement européen considère que « l'enjeu réside dans d'importants intérêts sociaux, comme la protection des droits fondamentaux, qui ne peuvent être régis par le seul marché et doivent être réglementés »¹²²⁶, cette affirmation résiste mal lorsqu'elle est confrontée aux enjeux économiques liés au numérique. Dans le discours économique, les TIC sont présentées comme la solution à la faiblesse de la croissance (1).

En droit, l'importance de la place acquise par la technologie est illustrée par les débats juridiques portant sur l'attribution de la personnalité juridique aux robots (2).

¹²²² « Condamne le recueil à grande échelle, systémique et aveugle des données à caractère personnel de personnes innocentes, qui comprennent souvent des informations personnelles intimes ; souligne que les systèmes de surveillance de masse sans discernement mis en place par les services de renseignement constituent une grave entrave aux droits fondamentaux des citoyens », Parlement européen, Résolution sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers États membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures, 2013/2188(INI), adoptée le 12 mars 2014, point 10.

¹²²³ *Ibid.*

¹²²⁴ *Ibid.*

¹²²⁵ Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹²²⁶ Parlement européen, *Droits de l'homme et la technologie : incidences des systèmes d'intrusion et de surveillance sur les droits de l'homme dans les pays tiers*, Rapport de la commission des affaires étrangères, 2014/2232(INI), 3 juin 2015, cons. R.

1 - La dimension économique des TIC

527. Les espoirs de développement économique reposent en grande partie sur le numérique¹²²⁷ et l'Union européenne souligne qu'« une économie de la donnée prospère contribuera au bien-être des citoyens ainsi qu'au progrès socio-économique en ouvrant de nouvelles perspectives commerciales et en rendant les services publics plus innovants. Un marché unique numérique européen régi par des règles modernes et innovantes lui permettra de s'épanouir »¹²²⁸.

À ce titre, l'intelligence artificielle représente un enjeu concurrentiel de taille dont le développement nécessite de s'appuyer sur des données « en quantité et en qualité suffisantes pour alimenter des algorithmes qui reposent aussi bien pour les phases d'entraînement que de mise en production, sur des puces électroniques très performantes, capables d'effectuer des milliers d'opérations en parallèle »¹²²⁹.

Très présente dans les secteurs de la santé et l'énergie, utilisée pour détecter, prévoir, anticiper, l'intelligence artificielle est susceptible de se déployer dans de nombreux pans de l'économie permettant de prévoir la demande et d'optimiser ainsi la production¹²³⁰. L'intelligence artificielle est vue comme un enjeu pour l'Europe lui permettant de combler son retard technologique avec la Chine et les États Unis¹²³¹. À ce titre, le Parlement européen souligne que « pour aller de l'avant, l'Europe ne doit plus se contenter d'être seulement dans la

¹²²⁷ « Le passage de l'économie mondiale au numérique s'accélère. Les technologies de l'information et des communications (TIC) ne sont plus un secteur économique parmi d'autres, mais elles constituent désormais la base sur laquelle reposent tous les systèmes économiques novateurs modernes. Au quotidien, au travail et dans notre vie sociale, l'internet et les technologies numériques transforment notre manière de vivre et de travailler en pénétrant tous les secteurs de l'économie et de la société. L'ampleur et la rapidité de ces bouleversements offrent des perspectives extrêmement prometteuses pour l'innovation, la croissance et l'emploi. », Commission européenne, « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe », Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2015)192final, 6 mai 2015.

¹²²⁸ Commission européenne, « Vers une économie prospère de la donnée », Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2014) 442final, 2 juillet 2014.

¹²²⁹ P.-A. HYPOLITE, « Le business de l'IA : perspectives et enjeux pour l'économie », *Pouvoirs*, 2019, n° 170, p. 121.

¹²³⁰ « À cet égard, il ne paraît pas déraisonnable de considérer que toute entreprise utilisera, dans un futur proche, des algorithmes d'apprentissage automatique pour optimiser son système de production. Faut-il pour autant se limiter à une vision de l'intelligence artificielle comme innovation incrémentale amenée à se diffuser progressivement dans l'économie ? L'IA ne serait-elle pas plutôt porteuse d'une transformation structurelle majeure appelée à modifier en profondeur la stratégie des entreprises ? », *ibid.*

¹²³¹ Parlement européen, Résolution sur une politique industrielle européenne globale sur l'intelligence artificielle et la robotique, 2018/2088(INI), adoptée le 19 février 2019, JOUE, C 449, 23 décembre 2020, p. 37, point I.

position du régulateur, mais également assumer un statut d'économie en rattrapage sur le plan des nouvelles technologies »¹²³².

528. Le développement de l'intelligence artificielle suppose un flux massif de données circulant sans entrave. S'exprimant dans les *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, le secrétaire général de la CNIL souligne la tension qui existe entre l'innovation numérique et les droits fondamentaux. Constatant que « l'univers numérique repose entièrement sur les données, et notamment sur les données personnelles »¹²³³, il met en parallèle « l'extraordinaire facteur et potentiel d'innovation que représente le numérique »¹²³⁴ avec « le respect des droits et libertés fondamentaux des personnes »¹²³⁵.

Le traitement des données est au cœur des préoccupations de la Commission européenne qui souligne l'importance de minimiser les restrictions pour favoriser la réutilisation des données « sous réserve que les règles relatives à la protection des données à caractère personnel, le cas échéant, soient respectées »¹²³⁶. « À l'ère du numérique, la course à l'innovation et aux compétences et la pression des marchés contraignent nos pays à anticiper et à s'adapter »¹²³⁷. La tension qui en résulte interroge l'équilibre des pouvoirs. Face au « monde des affaires [...] particulièrement actif concernant Internet, via les initiatives de Microsoft, Google et Yahoo! doit-on pour autant abandonner la protection des droits fondamentaux sur Internet à la seule initiative d'entités privées, qui tendent à n'offrir que des protections compatibles avec leurs intérêts, et qui, en l'absence d'autres initiatives, apparaîtront comme les seules "institutions" capables d'intervenir »¹²³⁸ ? En d'autres termes, alors que « l'Europe est aujourd'hui la région du monde qui reconnaît le plus de droits fondamentaux »¹²³⁹, ceux-ci constituent un contre-pouvoir face aux acteurs privés¹²⁴⁰.

¹²³² *Ibid.*

¹²³³ E. GEFFRAY, article précité.

¹²³⁴ *Ibid.*

¹²³⁵ *Ibid.*

¹²³⁶ Commission européenne, « Vers une économie prospère de la donnée », Com(2014)442 final, précitée.

¹²³⁷ Commission européenne, « Comprendre les politiques de l'Union européenne, Stratégie numérique pour l'Europe », Direction générale de la communication, Information des citoyens, 2014, p. 7.

¹²³⁸ S. RODOTA, « Nouvelles technologies et droits de l'homme : faits, interprétations, perceptives », *Mouvements*, 2010, vol. 62, n° 2, p. 70.

¹²³⁹ *Ibid.*

¹²⁴⁰ « Dans l'espace globalisé contemporain, où disparaissent les souverainetés nationales et émergent des pouvoirs incontrôlables, les droits fondamentaux représentent le seul contre-poids visible dont disposent les citoyens. », *ibid.*, p. 57.

L'essor des technologies fait surgir de nouvelles problématiques juridiques au rang desquelles figure la question de la personnalité juridique des robots.

2 – La personnalité juridique des robots, une fiction en passe de concrétisation ?

529. Les progrès en matière d'intelligence artificielle, le développement des robots de services ou à vocation sociale ont placé sur le devant de la scène les questions relatives à l'attribution de la personnalité juridique aux robots. Cette problématique soulève d'intenses débats juridiques.

530. Au plan des classifications juridiques, le droit opère une *summa divisio* entre les personnes et les choses. Seules les personnes (physiques ou morales) sont sujets de droit. Disposant de la personnalité juridique, elles sont titulaires de droits et d'obligations à valeur patrimoniale et extra-patrimoniale. Juridiquement, les robots même dotés d'intelligence artificielle sont des machines, appartenant à la catégorie des choses.

531. Certains juristes, au premier rang desquels figure l'avocat Alain Bensoussan¹²⁴¹, plaident en faveur de l'attribution de la personnalité juridique aux robots. D'une part, ils font valoir que les interactions entre l'homme et le robot vont devenir de plus en plus fréquentes entraînant le développement des risques d'accidents. D'autre part, ils mettent en avant la singularité de ces « êtres technologiques »¹²⁴² qui allient intelligence artificielle et autonomie décisionnelle.

532. Si cette idée peut sembler séduisante, plusieurs raisons justifient de l'écarter tant du point de vue de la prise en charge des dommages pouvant résulter de la présence accrue des robots, que sur le plan de leur singularité.

Sur le terrain de la responsabilité, il est possible de trouver une réponse juridique, sans avoir recours à la création d'une personne juridique. L'identification du débiteur de l'obligation de réparer n'est pas une difficulté insurmontable. En matière contractuelle, la responsabilité du fait des produits défectueux facilite l'action de la victime qui se retourne contre le vendeur, seul acteur juridique de sa connaissance avec lequel elle a conclu un contrat.

¹²⁴¹ A. BENSSOUSSAN, J. BENSSOUSSAN, *Le droit des robots*, Larcier, 2015.

¹²⁴² J. BENSSOUSSAN, « le droit des robots », Les cafés économiques de Bercy [en ligne], 5 avril. 2016, [consulté le 18 septembre 2020].

L'argument selon lequel les progrès de l'intelligence artificielle confèrent au robot une autonomie décisionnelle justifiant l'attribution de la personnalité juridique peut également être combattu. En matière extra-contractuelle, la responsabilité d'autrui du fait des animaux ou celle du fait des choses ouvrent des pistes de réflexion.

Le Parlement européen a adopté une résolution dans laquelle il relève que « du moins en l'état actuel des choses, la responsabilité doit être imputable à un humain et non à un robot »¹²⁴³. Il demande à la Commission d'envisager toutes les solutions telles que la mise en place d'un régime d'assurance spécifique, la création de fonds de compensation, la création à terme d'une personnalité juridique spécifique au moins pour les robots autonomes en prenant soin d'examiner, d'évaluer et de prendre en compte les conséquences pouvant résulter du futur instrument normatif¹²⁴⁴. Dans une résolution plus récente¹²⁴⁵, le Parlement « estime qu'il n'est pas nécessaire de procéder à une révision complète des régimes de responsabilité, qui fonctionnent bien » mais considère qu'il conviendrait de réviser la directive sur la responsabilité du fait des produits pour l'adapter au monde numérique.

Défendre la personnalité juridique des robots sous l'angle de la responsabilité civile revient à réduire la personnalité juridique à sa dimension patrimoniale (économique) puisque le préjudice de la victime ne peut que se résoudre par l'octroi de dommages et intérêts. Au-delà des questions de responsabilité, importantes mais pas insolubles, une raison devrait prévaloir sur toutes les autres pour écarter l'attribution de la personnalité juridique aux robots. Accorder la personnalité juridique aux robots reviendra à terme à leur reconnaître des droits fondamentaux qu'il appartiendra aux juges de concilier avec ceux des personnes physiques (et personnes morales). L'argument selon lequel le droit l'a déjà fait pour les personnes morales est discutable car les difficultés de la jurisprudence à déterminer l'étendue des droits fondamentaux des personnes morales sont connues¹²⁴⁶.

¹²⁴³ Parlement européen, Résolution sur les règles de droit civil pour la robotique, 2015/2103(INL), adoptée le 16 février 2017, JOUE, C 252, 18 juillet 2018, p. 239, point 56.

¹²⁴⁴ *Ibid.*, point 59.

¹²⁴⁵ Parlement européen, Résolution contenant des recommandations à la Commission sur le régime de responsabilité civile pour l'intelligence artificielle, 2020/2014(INL), adoptée le 20 octobre 2020.

¹²⁴⁶ X. DUPRÉ de BOULOIS, « Les droits fondamentaux des personnes morales – 1ère partie : pourquoi ? », *RDLF*, [en ligne], 2011, chron. n° 15, [consulté le 18 septembre 2020] ; X. DUPRÉ de BOULOIS, « Les droits fondamentaux des personnes morales – partie 2 : comment ? », *RDLF*, [en ligne], 2011, chron. n° 17, [consulté le 18 septembre 2020].

533. S'il est certain que les développements de la robotique renouvellent les défis juridiques, la voie de la personnalité juridique pour y répondre n'est pas appropriée. Les droits fondamentaux ont pour « objet d'éviter qu'une personne perde son statut et soit ravalée au rang de chose »¹²⁴⁷. Dans cette fonction de rempart, les droits fondamentaux doivent, néanmoins, être reconnus au niveau formel. Cette reconnaissance va « leur permettre de se réaliser pleinement »¹²⁴⁸.

§2 - Primauté formelle fondée sur le caractère fondamental du droit

534. Au-delà de la diffusion des droits de l'homme dans les instruments internationaux, « l'idée des droits inhérents à la personne humaine, découlant de la nature universelle et commandés par la raison, intangibles et s'imposant à tous et à tous les titres, souffre avant tout de n'être finalement qu'une idée »¹²⁴⁹. Leur traduction en droit positif constitue alors le passage du stade déclaratoire au stade opératoire. Dans cette dynamique, deux stades chronologiques marquent la juridicisation des droits de l'homme. Les libertés publiques constituent la première étape de leur consécration juridique s'accompagnant d'un régime juridique protégeant les citoyens contre les immixtions de l'État dont la loi est la pierre angulaire¹²⁵⁰. La reconnaissance par le Conseil constitutionnel de l'existence de droits et libertés constitutionnellement garantis marque la deuxième étape¹²⁵¹, incarnant un mouvement de constitutionnalisation¹²⁵².

535. Au sens formel, le caractère fondamental peut résulter de la Constitution (A) mais « le fondamental n'est pas essentiellement réductible au constitutionnel »¹²⁵³ c'est-à-dire que la

¹²⁴⁷ E. DREYER, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.*, 2006, p. 748.

¹²⁴⁸ *Ibid.*

¹²⁴⁹ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et *al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 7^e éd, 2015, p. 48.

¹²⁵⁰ « Le premier trait caractéristique du régime des libertés publiques demeure la place et le rôle de la loi. Selon le principe général exprimé par l'article 4 de la Déclaration de 1789, et qui correspondait à une ancienne revendication libérale, c'est la loi seule qui détermine les conditions d'exercice de la liberté en en fixant exclusivement les limites. La loi, règle générale et impersonnelle selon la définition matérielle longtemps retenue en droit public français, et également applicable à tous selon les principes de 1789, devient ainsi la première des garanties des droits et libertés. », *ibid.*, p. 51.

¹²⁵¹ Cons. const., 16 juillet 1971, n° 71-44 DC, *Rec. cons. const.* 29, *JCP* 1971. 16823 ; *AJDA* 1971. 537, note Rivero ; *D.* 1972. 685.

¹²⁵² « Le terme exprime un phénomène affectant le droit objectif, par lequel se manifeste l'influence de la Constitution ou du Conseil constitutionnel sur une ou plusieurs branches du droit. », N. MOLFESSIS, « La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, Th. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 16^e éd. 2010, p. 79.

¹²⁵³ E. PICARD, article précité.

Constitution n'épuise pas le caractère fondamental. Dans ces deux hypothèses, pour que la primauté d'un droit fondamental soit effective et non pas seulement déclarative, cela implique la justiciabilité du droit. Au-delà de la qualification juridique d'un droit, se posent les questions d'invocabilité et de l'effectivité du droit. Celles-ci sont rendues plus aigües du fait de l'existence d'ordres juridiques distincts et de mécanismes de contrôle variables (B).

A – La fondamentalité dérivant de la Constitution

536. À partir des années 1970, le Conseil constitutionnel va jouer un rôle prépondérant dans la reconnaissance du caractère fondamental des droits. Par décision du 16 juillet 1971¹²⁵⁴, celui-ci intègre le Préambule de la Constitution de 1958 dans son contrôle de conformité de la loi, lui donnant ainsi valeur de droit positif. Ce faisant, le juge constitutionnel tranche la controverse doctrinale relative à la valeur juridique de la déclaration des droits de l'homme de 1789 et du Préambule de la Constitution de 1946¹²⁵⁵.

537. Alors que le Conseil constitutionnel n'avait pas été créé à cet effet¹²⁵⁶, la décision du 16 juillet 1971 le propulse au rang de gardien des droits et libertés et « opère une véritable révolution politique en rompant avec les principes traditionnels du droit français et en particulier la souveraineté de la loi »¹²⁵⁷. Cette décision a une double conséquence. D'une part, elle déplace l'objet du contrôle de la loi, passant d'un contrôle externe de la loi, portant sur l'équilibre des compétences entre le Parlement et le gouvernement en vertu de l'article 34 de la

¹²⁵⁴ Cons. const., 16 juillet 1971, arrêt précité.

¹²⁵⁵ À propos de la controverse doctrinale entre, d'une part, Maurice Hauriou, Léon Duguit admettant la valeur juridique de la déclaration de 1789 et, d'autre part Raymond Carré de Malberg l'écartant, v., H. OBERDOFF, *op. cit.*, p. 96.

¹²⁵⁶ La lecture des propos du commissaire du Gouvernement M. JANOT, montre que le Conseil constitutionnel n'avait pas vocation initiale à contrôler la loi au regard du Préambule de la Constitution de 1958 : « D'après la jurisprudence, le Préambule de 1946 et la Déclaration de 1789 ont valeur législative, dans la mesure où ils contiennent les principes généraux des droits reconnus comme tels par la jurisprudence. Mais ni la Déclaration ni le Préambule n'ont, dans la jurisprudence actuelle, valeur constitutionnelle. Leur donner valeur constitutionnelle aujourd'hui, au moment où on crée un Conseil constitutionnel, c'est aller au-devant de difficultés considérables, et c'est s'orienter dans une très large mesure vers ce Gouvernement des juges, que beaucoup d'entre vous croyaient redoutable. (...) Le Préambule a une valeur juridique, mais n'a pas une valeur constitutionnelle. Il a une certaine valeur législative, il lie le Gouvernement, il ne lie pas le Parlement. », Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Tome II, La Documentation française, 1988, p. 256.

¹²⁵⁷ V., l'analyse de J. BONNET, P.-Y. GAHDOUN, D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, L.G.D.J, 12^e éd., 2020, pp. 34-36.

Constitution, à un contrôle interne du contenu de la loi. D'autre part, ce changement de portée du contrôle a eu pour effet d'accroître l'autorité du Conseil constitutionnel¹²⁵⁸.

Nicolas Molfessis souligne que l'« interprétation souvent audacieuse et constructive de l'ensemble des droits et libertés formellement énoncés dans la Déclaration des droits de l'homme, dans le Préambule de 1946 et dans le corps de la Constitution est de nature à accroître le nombre de normes constitutionnelles protégées par le Conseil constitutionnel »¹²⁵⁹. Ce processus dit de « constitutionnalisation du droit » n'emporte pas l'adhésion de tous les auteurs. Pour certains, ce processus est contraire à la séparation des pouvoirs¹²⁶⁰. Pour d'autres, au contraire, « beaucoup de critiques et de craintes résultent de malentendus ou de prises de position partisans »¹²⁶¹ soulignant que le juge constitutionnel loin de procéder à « un nettoyage complet de l'ordre juridique »¹²⁶² se contente de constitutionnaliser « “le droit vivant” c'est-à-dire les solutions déjà adoptées en droit positif notamment par le juge judiciaire ou administratif »¹²⁶³.

538. La constitutionnalisation du droit du travail et plus précisément des droits du salarié résulte principalement du contrôle abstrait. Ce contrôle de la loi avant promulgation a été l'occasion pour le Conseil constitutionnel d'élaborer une jurisprudence qui est à l'origine de la dynamique constitutionnelle des droits fondamentaux (1). La réforme de 2008, qui instaure un contrôle concret par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité¹²⁶⁴, a soulevé de nombreux espoirs et autant de craintes de voir s'ouvrir la boîte de Pandore. Pourtant, ce contrôle est resté modeste en droit du travail et n'a pas été l'occasion d'une percée des droits fondamentaux (2).

¹²⁵⁸ Pour Madame CHAMPEIL-DESPLATS, ce contrôle de constitutionnalité apparaît comme un instrument de légitimation de l'action du Conseil constitutionnel : « Alors que, comme on l'a rappelé, le Conseil constitutionnel n'avait pas initialement été créé pour cette fonction, la protection des droits et libertés de l'homme s'est progressivement imposée comme la principale source de légitimité de son action. », V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les droits fondamentaux », [en ligne], Sandai, Japon, Janvier 2008, [consulté le 11 octobre 2019].

¹²⁵⁹ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, p. 90.

¹²⁶⁰ « En réalité, son rôle dépasse, et de beaucoup, celui de garant. En interprétant, comme il le fait, la Déclaration des droits de 1789 et le Préambule de 1946, le Conseil constitutionnel dispose aujourd'hui d'un pouvoir discrétionnaire qu'il fait de lui, plutôt qu'un gardien de droits et libertés définis une fois pour toutes, un véritable législateur, capable d'exprimer des préférences politiques. », F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, L.G.D.J., 40^e éd., 2019, pp. 844-845.

¹²⁶¹ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et al, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 16^e éd, 2014, p. 380.

¹²⁶² *Ibid.*

¹²⁶³ *Ibid.*

¹²⁶⁴ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, JORF n° 171 du 24 juillet 2008, texte n° 2.

1 – Le contrôle abstrait : un contrôle créateur

539. En l'absence de définition du caractère fondamental des droits contenus dans le bloc de constitutionnalité, « la seule lecture des dispositions constitutionnelles écrites ne saurait donner une idée exacte de la constitutionnalité des droits sociaux »¹²⁶⁵. Il faut s'attacher à l'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel « tant l'interprétation du juge pèse, en définitive, sur l'affirmation ou non au nombre des règles du droit positif de tel ou tel droit fondamental »¹²⁶⁶. Au sens de la doctrine majoritaire, ils sont classés dans deux grandes catégories : les « droits-libertés » exigeant une abstention de l'État et des « droits créances » pour lesquels une intervention de l'État est requise. Le droit au respect de la vie privée et le droit à la protection des données à caractère personnel entrent sans hésitation dans la première catégorie. Le droit à la santé, au contraire, fait l'objet de débats doctrinaux quant à sa nature¹²⁶⁷. Au-delà des réflexions sur son caractère hybride, il sera principalement appréhendé au sens d'un « droit-créance ».

Cette distinction, droit-créance et droit-liberté, sera donc retenue pour examiner dans quelle mesure la dynamique juridictionnelle du Conseil constitutionnel a profité aux droits relatifs à l'objet de la thèse.

a – Les « droits-libertés » : la vie privée, les données à caractère personnel

540. Le droit au respect de la vie privée a pleinement bénéficié de cette logique créatrice. En effet, ne figurant pas formellement dans la Constitution de 1958 ni dans son Préambule, le caractère fondamental de ce droit n'était pas d'évidence. L'article 22 de la loi du 17 juillet 1970¹²⁶⁸ a consacré dans le Code civil le principe selon lequel « chacun a droit au respect de sa vie privée ». La consécration légale de cette notion juridique a conduit à s'interroger sur sa

¹²⁶⁵ X. PRÉTOT, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Dr. soc.*, 1991, p. 187.

¹²⁶⁶ *Ibid.*

¹²⁶⁷ Entre droit-créance et droit-liberté, les auteurs s'interrogent sur la nature du droit à la santé et en soulignent le caractère mixte. En ce sens : « Si l'on retient le principe de la distinction [droit-créance et droit-liberté], il est certainement un droit-créance. En revanche, il ne peut pas l'être exclusivement. [...] Le droit à la santé paraît bien relever d'une catégorie mixte, qui n'exclut pas une certaine part de liberté, même s'il présente fondamentalement la nature d'un droit-créance. », L. CASAUX-LABRUNÉE, « Le droit à la santé », *in* R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, Th. REVET (dir.), *op. cit.*, p. 814-815 ; également, T. GRÜNDLER, « Le juge et le droit à la protection de la santé », *RDSS*, 2010, p. 835.

¹²⁶⁸ Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels de citoyens, précitée.

valeur¹²⁶⁹. Fruit d'un processus¹²⁷⁰, seule sa constitutionnalisation permettait selon Vincent Mazeaud « d'assurer en pleine lumière l'épanouissement de l'individu dans la sphère intime, à l'abri du regard de l'État et de la société, que le développement des techniques, de la science, de l'informatique, de la presse, de l'Internet, et des moyens de communication menace chaque jour davantage »¹²⁷¹.

541. Deux grandes étapes marquent ce processus de constitutionnalisation. La première étape a consisté pour le Conseil constitutionnel à rattacher le droit au respect de la vie privée à l'article 66 de la Constitution. Interrogé sur la constitutionnalité de la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité et notamment sur le régime d'autorisation et d'installation de système de vidéosurveillance, le Conseil constitutionnel déclare que « la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle »¹²⁷². Dans un premier temps, la liberté individuelle fonde le droit au respect de la vie privée.

La deuxième étape marque un changement de cap dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans une décision du 23 juillet 1999 relative à la constitutionnalité de la loi portant création d'une couverture maladie universelle, le Conseil constitutionnel a pu déclarer « qu'aux termes de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.” ; que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée »¹²⁷³. Le commentaire de la décision publié dans les Cahiers constitutionnels indique que cette « décision a fourni l'occasion au Conseil constitutionnel de préciser sa position quant au fondement constitutionnel du respect de la vie privée »¹²⁷⁴ rattachant ce droit à l'article 2 de la Déclaration des droits de

¹²⁶⁹ Nicolas Molfessis y consacre son travail de thèse et « au terme d'une analyse minutieuse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, [il] concluait ses développements consacrés au droit au respect de la vie privée en relevant qu'il n'était pas certain que ce principe “ait, en lui-même, valeur constitutionnelle”.», N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privée*, L.G.D.J, 1977, in V. MAZEAUD, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Nouv. cah. Cons. const.*, juin 2015, n° 48.

¹²⁷⁰ Certains auteurs parlent de « “l'irrésistible ascension” du droit au respect de la vie privée au sein de la hiérarchie des normes », M.-T. MEULDERS-KLEIN, « L'irrésistible ascension de la vie privée au sein des droits de l'homme », in V. MAZEAUD, article précité.

¹²⁷¹ *Ibid.*

¹²⁷² Cons. const., 18 janvier 1995, n° 94-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, JO du 21 janvier 1995, p. 1054.

¹²⁷³ Cons. const., 23 juillet 1999, arrêt précité, cons. 45

¹²⁷⁴ « Commentaire de la décision n° 99-416 DC du 23 juillet. 1999 », *Cah. const.*, 1999, n° 7.

l'homme¹²⁷⁵. Dès lors, le fondement constitutionnel du droit fondamental au respect de la vie privée est bien établi par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

542. Concernant les données à caractère personnel, ce n'est qu'à partir des années 1990 que le Conseil constitutionnel a été interrogé sur la constitutionnalité de loi tendant à la collecte et au traitement d'informations via la création de fichiers électroniques. Le fondement des décisions constitutionnelles en la matière a suivi une évolution similaire à celle relative au droit au respect de la vie privée. Initialement rattachée à la liberté individuelle ¹²⁷⁶, la protection constitutionnelle se fonde ensuite sur l'article 2 de la Déclaration de 1789¹²⁷⁷ à laquelle « par suite »¹²⁷⁸ sont rattachés « la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel »¹²⁷⁹. Par cette décision le droit au respect de la vie privée se voit enrichi du volet protection des données à caractère personnel. Ce rattachement du droit à la protection des données au droit au respect de la vie privée lui confère une assise formelle.

En outre, pour apprécier la constitutionnalité de loi portant création de fichiers, le Conseil constitutionnel prend en compte la finalité recherchée et contrôle la conciliation, qui ne doit pas être manifestement déséquilibrée entre, d'une part, cette finalité et, d'autre part, le respect de la vie privée ». Lorsqu'il s'agit de fichiers privés, il opère un contrôle accru sur les garanties attendues¹²⁸⁰.

¹²⁷⁵ « Le respect de la vie privée, dans le sens le plus général de cette expression, trouve son fondement dans l'article 2 de la Déclaration de 1789. Il est en effet inséparable de la liberté, que l'article 2 de la Déclaration range parmi les "droits naturels et imprescriptibles de l'homme". Comme la liberté d'aller et venir (cf. n° 99-411 DC du 16 juin 1999, cons. 20), le respect de la vie privée se distingue donc de la liberté individuelle mentionnée à l'article 66 de la Constitution. », *ibid.*

¹²⁷⁶ Cons. const., 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, JO du 22 janvier 1993, p. 1118, cons. 14 ; *Rec. Cons. const.* 29 ; *D.* 1994. 285, obs. H. Maisl.

¹²⁷⁷ Cons. const., 23 juillet 1999, arrêt précité, cons. 45.

¹²⁷⁸ « La liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée. Par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif. », Cons. const., 22 mars 2012, arrêt précité, cons. 8.

¹²⁷⁹ *Ibid.*

¹²⁸⁰ « Qu'en l'espèce et eu égard à la matière concernée, le législateur ne pouvait pas non plus se contenter, ainsi que le prévoit la disposition critiquée éclairée par les débats parlementaires, de poser une règle de principe et d'en renvoyer intégralement les modalités d'application à des lois futures ; que, par suite, le 3° du nouvel article 9 de la loi du 6 janvier 1978 est entaché d'incompétence négative », Cons. const., 29 juillet 2004, DC n° 2004-499, cons. 12.

b – Le « droit-créance » : la protection de la santé

543. Le droit à la santé mérite d’abord une précision terminologique. Pris dans un sens restrictif « la santé » peut être appréhendée comme « la poursuite du processus vital »¹²⁸¹. Dans cette acception, le droit à la santé est un idéal, mais ne peut pas être un principe juridique. Le droit à la « protection de la santé » est la formulation qu’il convient de retenir. Cette approche est d’ailleurs celle retenue par le Conseil constitutionnel.

544. La reconnaissance constitutionnelle du caractère fondamental du droit à la protection de la santé a connu deux principales étapes.

Le Conseil constitutionnel a d’abord affirmé sa valeur constitutionnelle dans une décision du 22 juillet 1980 énonçant que « la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d’apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d’assurer la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens, protection qui, tout comme le droit de grève a le caractère en principe de valeur constitutionnelle »¹²⁸².

Puis il a rattaché ce droit à l’article 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Interrogé sur la constitutionnalité de la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l’alcoolisme et plus précisément sur le moyen tiré de l’atteinte au droit de propriété le Conseil constitutionnel a considéré que le droit de propriété pouvait connaître « des limitations à son exercice exigées au nom de l’intérêt général ; que sont notamment visées de ce chef les mesures destinées à garantir à tous, conformément au onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, “la protection de la santé” »¹²⁸³.

Concernant le droit du travail, la reconnaissance de la protection de la santé est intervenue tardivement. Elle ressort d’une décision du 29 avril 2004¹²⁸⁴ dans laquelle les juges considèrent, aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, que les dispositions de la loi déferée ne permettent pas « de déroger aux règles d’ordre public en matière de santé et de

¹²⁸¹ A. LAUDE, B. MATHIEU, D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, Presses universitaires de France, 2012, p. 3.

¹²⁸² Cons. const., 22 juillet 1980, n° 80-117 DC, *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires*, JO du 24 juillet 1980, p. 1867, cons. 4,

¹²⁸³ Cons. const., 8 janvier 1991, n° 91-283 DC, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l’alcoolisme*, JO du 10 janvier 1991, p. 524, cons. 8.

¹²⁸⁴ Const. cons., 29 avril 2004, n° 2004-494 DC, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et du dialogue social*, JO n° 105 du 5 mai 2004, p. 7998, D. 2004. 3029, obs. X. Prétot et D. Chelle ; *ibid.* 2005. 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; *RFDA* 2005. 409, note L. Dardalhon ; *RTD civ.* 2005. 93, obs. P. Deumier.

sécurité du travail »¹²⁸⁵. Si le moyen de la saisine a été jugé inopérant, il résulte toutefois de la décision que la durée maximale hebdomadaire de travail et la définition du travailleur de nuit relèvent de la santé et de la sécurité au travail visées par l’alinéa 11¹²⁸⁶.

545. Bien que le rattachement du droit à la protection de la santé à l’alinéa 11 du Préambule de 1946 soit désormais clair, sa valeur reste à éclaircir. À ce sujet, le Conseil constitutionnel mentionne d’abord « un principe » à valeur constitutionnelle puis « une exigence » à valeur constitutionnelle. Pris en tant que principe ou en tant qu’« objectif », il ne revêt pas la même force. Un principe renvoie à ce qui est premier, il a une dimension supérieure. Un objectif vise un résultat à atteindre. Tandis que « les principes constitutionnels présentent le caractère de normes directement applicables, les objectifs et les exigences constituent le corollaire des droits et garanties dont ils viennent préciser la finalité et les limites »¹²⁸⁷. Cette distinction est d’importance car de cette valeur dépendra la portée de ce droit¹²⁸⁸.

S’interroger sur la portée des droits sociaux revient à prendre la mesure de leur relativité. Celle-ci s’opère à deux niveaux. Elle résulte, en premier lieu, de leur nature. S’agissant de droits-créances, leur « concrétisation appelle, le plus souvent, une intervention positive de la puissance publique »¹²⁸⁹. Or, en droit du travail, le Conseil constitutionnel admet que le législateur dispose d’un pouvoir d’appréciation étendu¹²⁹⁰. Il a en effet admis « qu’il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et les obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d’application des normes qu’il édicte »¹²⁹¹. Cette faculté reconnue au législateur lui permet d’autoriser « un accord collectif à déroger à une règle d’ordre public qu’il

¹²⁸⁵ *Ibid.*, cons. 18.

¹²⁸⁶ V., en ce sens : L. GAY, « Les droits sociaux constitutionnels en France : particularisme ou “normalisation” », in L. GAY, E. MAZUYER, D. NAZET-ALLOUCHE (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux*, Bruylant, 2006, p. 86.

¹²⁸⁷ X. PRÉTOT, article précité.

¹²⁸⁸ « Or, “le fait de conférer une telle qualification à ces droits a servi à tempérer leur portée, malgré l’affirmation de leur niveau constitutionnel. Ils doivent être considérés comme n’ayant pas un caractère absolu, n’étant pas d’application directe et s’adressant non aux particuliers mais au législateur pour lequel ils constituent des obligations de moyens et non de résultat. En particulier, ils ne sont pas des droits subjectifs, dotés d’une justiciabilité directe” », Ch. RADÉ, « Conseil constitutionnel et droits sociaux : plaider pour un changement de modèle », *Dr. soc.*, 2018, p. 726.

¹²⁸⁹ *Ibid.*

¹²⁹⁰ Sur la compétence du législateur en matière de droit du travail, v., *infra* n° 888 s.

¹²⁹¹ Const. cons., 29 avril 2004, n° 2004-494 DC, cons. 8, arrêt précité.

a lui-même édicté et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public »¹²⁹² à la condition cependant de « définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation »¹²⁹³.

Cette large marge de manœuvre laissée au législateur se double d'une exigence de conciliation avec d'autres droits de même rang. Ainsi, « lorsqu'il adopte des mesures visant à favoriser l'exercice effectif des droits des travailleurs, le législateur ne doit pas porter d'atteinte disproportionnée à d'autres droits de valeur constitutionnelle »¹²⁹⁴. Le caractère relatif résulte donc en second lieu de cette opération de mise en balance. À ce titre, en matière de santé publique, le Conseil constitutionnel a écarté le moyen tiré de la violation de la liberté d'entreprendre lors de l'examen de constitutionnalité de la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme. À ce grief, les juges ont répondu « que la prohibition d'autres formes de publicité ou de propagandes est fondée sur les exigences de la protection de la santé publique, qui ont valeurs constitutionnelles ; qu'il suit de là que l'article 3 de la loi ne porte pas atteinte à la liberté d'entreprendre une atteinte que serait contraire à la Constitution »¹²⁹⁵. Dès lors le droit de propriété et la liberté d'entreprendre sont susceptibles de céder face à la protection de la santé et aux exigences de protection de la santé publique. En matière sociale, le Conseil constitutionnel apparaît toutefois moins ferme. Cette fermeté relative transparait notamment des dispositions légales concernant les conventions de forfait en jours. Interrogés à plusieurs reprises sur leur constitutionnalité¹²⁹⁶, les juges en admettent leur validité alors même que le Comité européen des droits sociaux a conclu, à ce sujet, à la violation de la Charte sociale européenne révisée¹²⁹⁷.

546. Au-delà de cette relativité, la consécration constitutionnelle des droits au respect de la vie privée, à la protection des données à caractère personnel et de la protection de la santé illustre le mouvement de constitutionnalisation du droit du travail. Cette dynamique va fournir à la Chambre sociale « un arsenal normatif dont elle s'est peu à peu servie pour élargir la portée de

¹²⁹² *Ibid.*

¹²⁹³ *Ibid.*

¹²⁹⁴ L. GAY, *op. cit.*, p. 101.

¹²⁹⁵ Cons. const., 8 janvier 1991, n° 91-283 DC, cons. 15, arrêt précité.

¹²⁹⁶ Cons. const., 13 janvier 2000, n° 99-423 DC, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, JO n° 16 du 20 janvier 2000, texte n° 3, cons. 31 ; cons. const. 29 juillet 2005, n° 2005-523 DC, *Loi en faveur des PME*, JO n° 179 du 3 août 2005, texte n° 4, cons. 6.

¹²⁹⁷ *Infra* n° 557.

textes législatifs »¹²⁹⁸ et constituer par voie de conséquence un rempart face aux TIC. Cette dynamique surtout présente dans le contrôle abstrait du Conseil constitutionnel s'est déployée beaucoup plus modérément dans le cadre du contrôle concret.

2 – Le contrôle concret : un contrôle resté modeste

547. Marquée par une volonté de « réconciliation entre l'esprit public et les institutions, entre la société et les pouvoirs publics »¹²⁹⁹ la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République¹³⁰⁰ insère, dans la Constitution, l'article 61-1 qui dispose que « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

Alors que M. Jean-Luc Warsmann, rapporteur au nom de la commission des lois soulignait que « le système français est le seul en Europe à ne pas donner le droit à un citoyen de soulever, dans un procès, le moyen de l'inconstitutionnalité de la loi, tandis que tout juge, en revanche, peut exercer un contrôle de conventionalité de celle-ci et peut, sur ce fondement, en écarter l'application », cette disposition comble cette lacune. À côté du contrôle abstrait, la QPC ouvre la voie à un contrôle concret. Par cette procédure, « la loi est contestée non pas *a priori*, pour des motifs politiques en fonction de son application possible ou probable, mais par un citoyen à qui il en est fait application et qui conteste ses effets réels »¹³⁰¹.

548. Le juge constitutionnel au fil des décisions QPC a admis l'invocabilité des articles de la déclaration de 1789 ainsi que des articles du Préambule de 1946 au rang desquels figurent l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹³⁰² et l'alinéa 11 du Préambule

¹²⁹⁸ A. BUGALA, « Droit constitutionnel appliqué : aperçu sélectif de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Revue française de droit constitutionnel*, 2001, vol. 48, n° 4, p.780.

¹²⁹⁹ J.-L. WARSMANN, Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la V^e République, 15 mai 2008, p. 59.

¹³⁰⁰ Loi constitutionnelle précitée.

¹³⁰¹ O. DUTHEILLET de LAMOTHE, « La QPC en droit du travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 480.

¹³⁰² Sur l'admission de l'invocabilité de l'article 2 de la déclaration de 1789 impliquant le respect de la vie privée au soutien d'une QPC, Cons. const., 16 septembre 2010, n° 2010-25 QPC, JO n° 216 du 17 septembre 2010, p. 16847, cons. 6 ; sur l'admission de l'invocabilité de l'article 2 de la déclaration de 1789 impliquant le respect

de 1946¹³⁰³. Pour autant, alors que la procédure de QPC en droit du travail aurait pu être l'occasion d'une percée constitutionnelle, le bilan est faible tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif.

Christophe Radé souligne que « l'examen des cinq censures constitutionnelles [intervenues entre la mise en œuvre de la procédure et l'année 2015] montre que les dispositions légales concernées ne sont pas nécessairement d'une importance première pour le droit du travail »¹³⁰⁴. Cette analyse est également partagée par Philippe Blachère¹³⁰⁵ qui y voit plusieurs explications. Un premier facteur qu'il identifie, résulte du fait que le moyen d'inconstitutionnalité ne peut être relevé d'office par le juge et doit être soulevé par le justiciable. Or, il est parfois plus judicieux de porter le litige sur le plan de la violation d'une norme conventionnelle d'autant que « les premières décisions ont parfois démontré l'absence d'effet utile de la procédure pour les justiciables »¹³⁰⁶. En effet, dans une décision QPC, le Conseil constitutionnel peut décider de différer l'abrogation d'une disposition légale contraire à la Constitution privant ainsi le requérant du bénéfice de la décision. La décision n° 2020-885 du 26 février 2021 en fournit une illustration topique. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel déclare contraire à la Constitution les dispositions prévues aux articles L. 351-15 du Code de la sécurité sociale et L.3123-1 du Code du travail, en ce qu'elles privent les salariés bénéficiant d'une convention de forfait en jours « de toute possibilité d'accès à la retraite progressive »¹³⁰⁷. Les juges précisent toutefois « qu'il y a lieu de reporter au 1^{er} janvier 2022 la date de cette abrogation. Les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité »¹³⁰⁸.

de la vie privée au soutien d'une QPC et « par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel [qui] doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif. », Cons. const., 21 octobre 2016, n° 2016-591 QPC, *Mme Helen S.*, JO n° 248 du 23 octobre 2016, texte n° 38, cons. 3, *D.* 2016. 2121.

¹³⁰³ Sur l'admission de l'invocabilité de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 à l'appui d'une QPC, Cons. const., 29 avril 2011, n° 2011-123 QPC, *M. Mahamed. T.*, JO n° 101 du 30 avril 2011, p. 7536, cons. 3 ; *D.* 2011. 1224 ; *RFDC* 2011. 833, note L. Gay.

¹³⁰⁴ Ch. RADÉ, « QPC et droit du travail : l'occasion manquée ? », *Dr. soc.*, 2015, p. 497.

¹³⁰⁵ « La QPC n'a pas remis en cause les principes fondamentaux du droit du travail. [...] De plus, la QPC n'a pas conduit – comme en droit pénal – à l'abrogation de disposition majeure du Code du travail », Ph. BLACHER, « Constitution et droit du travail : cinq ans de QPC », *Petites affiches*, 2015, n° 182, p. 4.

¹³⁰⁶ *Ibid.*

¹³⁰⁷ Cons. const., 26 février 2021, n° 2020-885 QPC, *Mme Nadine F.*, JO n° 50 du 27 février 2021, texte n° 88.

¹³⁰⁸ *Ibid.*, cons. 13.

549. L'ensemble de ces éléments conjugué au fait que de nombreux principes fondamentaux de droit du travail ont été consacrés par le contrôle abstrait peuvent expliquer le bilan modeste de la QPC en droit du travail. Il n'en demeure pas moins que la consécration du caractère fondamental de ces droits par le Conseil constitutionnel est à même de représenter un levier d'influence face aux TIC. Ce levier se trouve également dans la reconnaissance du caractère fondamental issue des instruments internationaux ou régionaux.

B – La fundamentalité hors de la Constitution

550. En application de l'article 55 de la Constitution de 1958, les instruments juridiques ratifiés par la France s'inscrivent dans la hiérarchie des normes à un rang supralégal. À partir de la fin de la seconde guerre mondiale, la France a ratifié un certain nombre de déclarations et conventions en matière de protection des droits de l'homme. Ces textes, une fois ratifiés, ont valeur de traité. Toutefois, au-delà de l'autorité supérieure attachée aux traités, quelle est leur force contraignante ? Louis Favoreu souligne que « les Déclarations ou Organisations internationales se trouvent en effet confrontées à l'obstacle des souverainetés nationales susceptible de priver d'effectivité les droits reconnus »¹³⁰⁹ ; le dépassement de l'effet déclaratoire de ces droits suppose alors l'existence de mécanismes de contrôle¹³¹⁰. Si la nature juridique de traité leur confère une place élevée dans la hiérarchie des normes, il convient cependant de relever que les mécanismes de contrôle garantissant la force contraignante de ces déclarations sont d'intensité variable (1).

La possibilité pour les justiciables d'invoquer une violation des droits reconnus par ces instruments est un autre aspect de leur effectivité. Pour autant, leur justiciabilité s'avère très relative (2).

¹³⁰⁹ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et al, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 458.

¹³¹⁰ « Quelques soient l'ampleur de ces Déclarations, les droits proclamés restent dépourvus de sens, à défaut de mécanismes garantissant une application effective au sein de chaque État. », *ibid.*

1 – L'intensité variable des mécanismes de contrôle

551. L'existence d'un contrôle juridictionnel apparaît comme un gage d'effectivité et les instruments juridiques de protection des droits fondamentaux, qui en sont dépourvus, peinent à offrir une pleine garantie d'effectivité.

a – Les mécanismes de contrôle juridictionnel dans des instruments juridiques régionaux de protection des droits fondamentaux

552. Deux traités relatifs aux droits fondamentaux sont dotés d'une juridiction compétente. Il s'agit de la Convention européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe et de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

553. Concernant la CEDH, l'idée d'instituer une juridiction internationale ayant vocation à intervenir dans les situations de violations des droits de l'homme en Europe est évoquée dès les premières réunions du Conseil de l'Europe¹³¹¹. Le dynamisme de la Convention européenne des droits de l'homme est en grande partie assuré par la possibilité pour les justiciables d'exercer un recours individuel. L'article 34 de la Convention ouvre très largement les possibilités de saisine de la Cour européenne.

Les arrêts rendus par la Cour ne sont pas exécutoires de plein droit sur le territoire de l'État ; il appartient à l'État visé par la décision de choisir les moyens pertinents pour s'acquitter de ses obligations¹³¹². Cependant à partir de l'arrêt *Vermeire c/ Belgique*¹³¹³ du 29 novembre 1991, l'État condamné doit modifier la législation incompatible avec la Convention dans un délai raisonnable et les juridictions internes doivent en écarter l'application.

En outre, la procédure dite des arrêts « pilote » permet à la Cour de regrouper des affaires identiques résultant d'un problème identique. Pour ce type d'affaires dites « répétitives », la

¹³¹¹ « Intervenant en tant que représentant du Royaume-Uni, Winston Churchill déclarait ainsi lors de la première session de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, le 17 août 1949 : “Dès que les fondements des droits de l'homme seront déterminés, nous espérons qu'une Cour européenne puisse être instituée, devant laquelle les cas de violation de ces droits, au sein de nos douze nations pourraient être présentés pour jugement devant le monde civilisé...”. », *ibid.*, pp. 488-489.

¹³¹² CEDH, 13 juin 1979, req. n° 6833/74, *Marcks c/ Belgique*.

¹³¹³ CEDH, 29 novembre 1991, req. n° 12849/87, *Vermeire c/ Belgique*, §25, 26, *RFDA*. 1992. 510, obs. V. Berger, C. Giakoumopoulos, H. Labayle et F. Sudre.

Cour peut décider de rendre un arrêt « pilote » c'est-à-dire un arrêt dont les conclusions dégagées dans l'arrêt seront applicables à l'ensemble des situations faisant l'objet d'une requête similaire devant la Cour. Les affaires pendantes sont alors suspendues. Par cette procédure, la CEDH donne à l'État visé la possibilité de modifier sa législation afin d'éviter un grand nombre de condamnations. Il apparaît ainsi nettement que la Cour européenne par ces mécanismes a la volonté de garantir un plein effet aux droits inscrits dans la Convention.

554. Concernant la Charte des droits fondamentaux de l'UE, sa justiciabilité au regard des actes de l'Union européenne est subordonnée à la compétence de la CJUE. Au sein de l'Union Européenne, la Cour de justice a compétence pour contrôler « la légalité des actes législatifs, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen et du Conseil européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers [...] »¹³¹⁴. Dès lors, la Cour de justice est-elle compétente pour connaître d'un recours en annulation contre un acte pris en violation des droits garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ?

En application de l'article 6 paragraphe 1^{er} TFUE, « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 tel qu'adoptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg laquelle a la même valeur juridique que les traités. ». Dès lors, s'il est acquis que la Charte des droits fondamentaux appartient au droit primaire de l'Union, son applicabilité est néanmoins limitée aux actes mettant en œuvre le droit de l'Union. L'expression « mise en œuvre du droit de l'Union » pouvait faire l'objet d'une double interprétation, soit de manière restrictive comme s'agissant « uniquement de mesures nationales d'application d'une réglementation européenne impliquant un strict rapport d'exécution du droit de l'Union »¹³¹⁵, soit de façon large comme concernant « toutes les mesures nationales entrant dans le champ d'application du droit de l'Union »¹³¹⁶. Cette interrogation a été clarifiée par l'arrêt *Akerberg Fransson*¹³¹⁷. Dans cet arrêt, la Cour énonce que « les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à

¹³¹⁴ Article 263 al. 1^{er} TUE.

¹³¹⁵ C. WEISSE-MARCHAL, « L'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les ordres juridiques nationaux », *Rev.UE*, 2013, p. 601.

¹³¹⁶ *Ibid.*

¹³¹⁷ CJUE, 26 février 2013, *Akerberg Fransson*, aff. C-617/10, *RDT eur.*, 2017, p. 360, chron. F. Benoît-Rohmer ; *AJDA*, p.1154, chron. M. Aubert, E. Boussy et H. Cassagnabère ; *AJ pénal* 2013, p. 270, note C. Copain ; *RFDA* 2013, p. 1231, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci ; *RDT civ.* 2014, p. 312, obs. L.

être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union, mais pas en dehors de telles situations ». À cet égard, la Cour rappelle « qu'elle ne peut apprécier, au regard de la Charte, une réglementation nationale qui ne se situe pas dans le cadre du droit de l'Union »¹³¹⁸. Elle précise en revanche, que « dès lors qu'une telle réglementation entre dans le champ d'application de ce droit, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont elle assure le respect »¹³¹⁹. Cette limitation du champ d'application qui résulte de la lecture combinée de l'article 6 paragraphe 1 TUE et de l'article 51 de la Charte démontre la volonté des États de rester souverains dans ce domaine¹³²⁰. Si la Charte n'ouvre pas un nouveau domaine de compétence pour l'Union européenne¹³²¹ ; elle garantit que le droit de l'Union respecte les droits fondamentaux¹³²².

La possibilité pour le justiciable de saisir une instance juridictionnelle tant au niveau de l'Union européenne que du Conseil de l'Europe visant à faire reconnaître une violation d'un droit fondamental participe à son effectivité. À ce titre, l'absence de contrôle juridictionnel est un handicap pour l'effectivité de la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe.

b – Les instruments juridiques régionaux dotés de mécanismes de contrôle non juridictionnel

555. La Charte sociale européenne adoptée le 18 octobre 1961 et révisée le 3 mai 1996 représente l'instrument juridique symétrique de la CEDH en matière de droits sociaux. Pour autant, cette symétrie dans les objectifs, reflétée par le Préambule de la Charte, ne se prolonge pas par la similitude des mécanismes de contrôle. Alors que la Convention européenne des droits de l'homme est adossée à une juridiction, rien de comparable n'est prévu pour la Charte sociale européenne.

Usunier ; *RDT eur.* 2013 p. 267, note D. Ritleng ; *ibid.* 2015 p. 184, obs. F. Benoît-Rohmer ; *ibid.* p. 235, obs. L. d'Ambrosio et D. Voza.

¹³¹⁸ *Ibid.*, §19.

¹³¹⁹ *Ibid.*

¹³²⁰ En ce sens : COUR DE CASSATION, *La Charte des droits fondamentaux : historique et enjeux juridiques*, Observatoire du droit européen, [en ligne], octobre 2010, [consulté le 18 novembre 2019].

¹³²¹ Article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE « [...] 2. La présente Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelle pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les traités ».

¹³²² En ce sens : C. WEISSE-MARCHAL, article précité.

556. La Charte est dotée de mécanismes de suivi de son application dévolus à des organes de contrôle. Chaque année, les États signataires rédigent un rapport¹³²³ permettant au Comité européen des droits sociaux de rendre des conclusions sur la conformité de la situation des États au regard de la Charte¹³²⁴. Ces éléments transmis au Comité gouvernemental composé de représentants des États signataires font l'objet de la rédaction d'un rapport sélectionnant parmi les situations nationales non conformes celles qui méritent de faire l'objet d'une recommandation remis au Comité des ministres. Ce comité composé des ministres des affaires étrangères des États signataires vote les recommandations sur la base du rapport du Comité gouvernemental. Cette procédure des rapports revêt une dimension plus politique que juridique ; elle souligne la relative force contraignante de la Charte.

557. Conscient de cette difficulté, le Conseil de l'Europe a adopté en 1995 la procédure de réclamations collectives¹³²⁵ dont l'objectif affiché est « l'amélioration de la mise en œuvre effective des droits sociaux garantis par la Charte »¹³²⁶.

La procédure de réclamations ouvre aux organisations non gouvernementales dotées du statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe et aux organisations nationales et internationales d'employeurs et de travailleurs, la possibilité de saisir le Comité européen des droits sociaux en vue de faire une réclamation « alléguant une application non satisfaisante de la Charte »¹³²⁷. Grâce à ce mécanisme, le Comité européen des droits sociaux devient un organe quasi-juridictionnel.

La Procédure des réclamations a notamment donné lieu à un contentieux fourni à propos des conventions de forfait en jours. Dès l'instauration de ce dispositif, la question de sa compatibilité à la Charte sociale européenne s'est posée. Le CEDS a conclu à plusieurs reprises à la violation de l'article 2 §1 de la Charte¹³²⁸ en raison de la durée excessive du travail

¹³²³ Article 21 de la Charte sociale européenne repris à l'article C de la Charte sociale européenne révisée.

¹³²⁴ Article 24, al. 2 de la Charte sociale européenne repris à l'article C de la Charte sociale européenne révisée.

¹³²⁵ Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, adopté le 9 novembre 1995 et approuvé par la France le 7 mai 1999, loi n° 99-173 du 10 mars 1999 autorisant l'approbation du protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, JO n° 59, 11 mars 1999, p. 3631.

¹³²⁶ Préambule du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives.

¹³²⁷ Article 1 du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives.

¹³²⁸ CEDS, 26 mars 2002, Résolution CM/ResChS(2002)4, reclam. n° 9/2000, *CFE-CGC* ; 4 mai 2005, Résolution CM/ResChS(2005)7, reclam n° 16/2003, *CFE-CGC* ; 4 mai 2005, Résolution CM/ResChS(2005)8, Reclam. n° 22/2003, *CGT* ; 6 avril 2011, Résolution CM/ResChS(2011)4, Reclam. n° 55/2009, *CGT*.

hebdomadaire autorisée ainsi que l'absence de garanties suffisantes. Le Comité rappelle que pour être jugées conformes à la Charte, les mesures de flexibilité du temps doivent empêcher que la durée de travail journalière ou hebdomadaire ne soit déraisonnable et être assorties de garanties suffisantes.

Instrument de protection des droits sociaux, le CEDS a eu l'occasion d'affirmer sa volonté d'autonomie vis-à-vis de l'Union européenne à propos d'une réclamation exercée par deux syndicats de salariés contre la Suède¹³²⁹. Le Comité indique qu'« au regard du système de valeurs, de principe et de droits fondamentaux que consacre la Charte, le droit de négociation collective et le droit de mener des actions collectives sont primordiaux pour garantir l'autonomie des syndicats et protéger les conditions d'emploi des travailleurs ».¹³³⁰ Le Comité ajoute que « le fait de faciliter la circulation des services par-delà les frontières et de promouvoir la faculté pour un employeur de fournir des services sur le territoire à d'autres États qui sont d'important et précieux facteurs de liberté économique dans le cadre de la législation de l'UE, ne peuvent donc être traitées, du point de vue du système de valeurs, de principe et de droits fondamentaux consacrés par la Charte comme ayant *a priori* une valeur plus grande que les droits essentiels des travailleurs »¹³³¹. Par cette résolution quasi-unanime, le CEDS affirme que la liberté économique n'a pas, de prime abord, la primauté sur les droits essentiels des travailleurs. Prenant l'exact contre-pied des arrêts *Viking*¹³³² et *Laval*¹³³³ rendus par la CJUE, cette distance prise éclaire la diversité des systèmes de valeur présente dans les différents ordres juridiques¹³³⁴. Elle met également en lumière la volonté du CEDS d'être à l'avant-garde de la protection des droits sociaux.

558. Pour autant, lorsque le Comité admet la recevabilité d'une réclamation et qu'il conclut à la violation d'un droit garanti par la Charte, quelle est la portée en droit interne de cette décision ? L'autorité conventionnelle attachée à la Charte exprimée par les termes « chacune

¹³²⁹ CEDS, 27 juin 2012, reclam. n° 85/2012, *Confédération générale du travail et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés*.

¹³³⁰ CEDS, 5 février 2014, Résolution CM/ResChS(2014)1, reclam. n° 85/2012, *Confédération générale du travail et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés*.

¹³³¹ *Ibid.*

¹³³² CJUE, gde ch., 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05, Rec. 2007, p. 10779, *RTD eur.* 2008. 47, P. Rodière ; *RDT* 2008. 80, S. Robin-Olivier et E. Pataut, *Europe*, 2007, comm. 40, obs. D. Simon.

¹³³³ CJUE, gde ch., 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05, Rec. 2007, p. 11767.

¹³³⁴ En ce sens : A. LYON-CAEN, « Deux Europe », *RDT*, 2014, p. 1. ; K. CHATZILAOU, « La réponse du CEDS aux arrêts *Viking* et *Laval* », *RDT*, 2014, p. 160.

des Parties s'engage à se considérer liée »¹³³⁵ démontre la volonté des États à se conformer aux dispositions de la Charte. Faut-il pour autant en déduire que cette autorité s'entend-elle aux décisions du CEDS ? C'est en tout cas ce qu'en conclut le Comité dans une décision sur le bien-fondé d'une réclamation *Confédération des entreprises suédoises c/ Suède*¹³³⁶. Dans cette décision, le Comité affirme que « la volonté des Parties de faire en sorte que la législation interne [...], compte tenu des traditions nationales, ne porte pas atteinte à la liberté des employeurs et des travailleurs de constituer des organisations, implique, qu'en cas de clauses contractuelles comportant un tel risque, [...] les autorités nationales [...] sont tenues d'intervenir pour les faire annuler ou en interdire l'application »¹³³⁷. À cet effet, le CEDS considère « qu'il incombe aux juridictions nationales de se prononcer à ce sujet à la lumière des principes qu'il [le CDSE] a dégagés en la matière et, le cas échéant, au législateur de les mettre à même d'en tirer les conséquences en ce qui concerne la conformité à la Charte et la légalité des dispositions incriminées »¹³³⁸. De cette décision, il ressort clairement la volonté du Comité de rendre effectives ses décisions mais en l'absence de sanction « la bonne volonté de l'État est [...] ici le facteur décisif »¹³³⁹.

L'analyse des mécanismes de contrôle des instruments régionaux de protection des droits fondamentaux permet de montrer qu'ils occupent une place déterminante dans l'effectivité des droits. La justiciabilité de ces droits devant les juridictions de l'ordre interne est une autre condition de l'influence qu'ils peuvent déployer.

2 – La justiciabilité variable des droits devant les juridictions de l'ordre interne

559. La variabilité caractéristique des mécanismes de contrôle se retrouve également au niveau de la justiciabilité des droits. Or, l'effectivité d'un droit suppose qu'il soit mobilisable par les justiciables. La possibilité pour un justiciable d'invoquer l'application d'une convention protectrice des droits fondamentaux pose la question de l'effet direct de ces instruments juridiques et plus globalement interroge le contrôle de conventionalité des juridictions ordinaires.

¹³³⁵ L'article A, b) et c), de la Charte sociale européenne révisée.

¹³³⁶ CEDS, 22 mai 2003, récl. n° 12/2002, *Confédération des entreprises suédoises c/ Suède*.

¹³³⁷ *Ibid.*, point 28.

¹³³⁸ *Ibid.*, point 42.

¹³³⁹ J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », *RDT*, 2011, p. 233.

560. Au plan de l'Union européenne, la justiciabilité de la Charte des droits fondamentaux amène à s'interroger sur son effet direct.

Celui-ci se définit comme la possibilité pour le justiciable de se prévaloir d'un droit et d'invoquer une norme devant les juridictions. En droit européen, ce principe a été consacré par la CJUE dans l'arrêt *Van Gend en Loos*¹³⁴⁰ qui énonce que « l'article 12 du Traité instituant la Communauté économique européenne produit des effets immédiats et engendre dans le chef des justiciables des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder ».

Au fil de sa jurisprudence, la Cour a précisé son champ d'application et déterminé les conditions de mise en œuvre. L'effet direct a vocation à s'exercer soit de manière verticale dans les litiges impliquant un État et un justiciable, soit de manière horizontale dans les litiges intra-justiciables.

Concernant le droit primaire de l'Union, un texte n'est pourvu de l'effet direct qu'à la condition que les obligations à la charge de l'État soient précises, claires, inconditionnelles et n'appellent pas de mesures complémentaires. La valeur de droit primaire de la Charte étant acquise depuis le traité de Lisbonne, il convient alors de s'interroger sur l'applicabilité des dispositions de la Charte devant les juridictions nationales.

Répondre à cette question nécessite de distinguer les principes et les droits prévus par la Charte qui doivent être observés pour les premiers et respectés pour les seconds¹³⁴¹. En application de l'article 52 paragraphe 5 de la Charte, les principes ne sont invocables que lorsqu'ils servent à l'interprétation et au contrôle de légalité des actes mettant en œuvre le droit de l'Union ; « ils ne donnent toutefois pas lieu à des droits immédiats à une action positive de la part des institutions de l'Union ou des autorités des États membres »¹³⁴².

À la lecture des articles de la Charte, aucun critère ne permet, cependant, d'établir cette distinction entre principe et droit. Se référer aux explications de la Charte qui qualifient expressément certaines dispositions peut être un indicateur. Ainsi, la protection de la santé prévue à l'article 35 est qualifiée expressément de « principe », tandis que le respect de la vie privée, mentionné à l'article 7, est qualifié de « droit garanti ». Cependant cette mention n'est pas systématiquement présente. Il en est ainsi pour la protection des données à caractère

¹³⁴⁰ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, Rec. 1963, p. 3.

¹³⁴¹ Article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

¹³⁴² Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, précitées.

personnel, prévue à l'article 8. S'agit-il alors d'un principe ou d'un droit ? La lecture combinée des articles et de leurs explications offre peu d'indices.

En pratique, il est peu aisé de trouver un fil conducteur. Ainsi l'article 35 « protection de la santé » dispose « toute personne a le droit d'accéder à la protection en matière de santé [...] » ; néanmoins cela ne permet pas d'en déduire qu'il s'agit d'un droit d'autant que l'explication *ad article 35* précise « les principes contenus dans cet article ». Sur les six articles de la Charte intitulés « protection » seule la moitié est expressément identifiée comme principe. Il s'agit de l'article 35 pour lequel une contradiction est patente entre les termes de l'article et l'explication et les articles 37 « protection de l'environnement » et 38 « protection des consommateurs » pour lesquels il n'existe pas de doute sur la qualification de principe. Cette distinction est pourtant majeure puisqu'elle conditionne l'invocabilité des droits de la Charte devant les juridictions.

561. L'effet direct est également au cœur des traités du Conseil de l'Europe. Sans nul doute, « levier d'efficacité pour le droit international »¹³⁴³, le Conseil d'État a posé deux conditions pour qu'une norme internationale soit d'application directe en droit interne. Une stipulation est d'effet direct « lorsqu'elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers »¹³⁴⁴. Si la Cour de cassation a admis très tôt l'effet direct de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme¹³⁴⁵, le sort de la Charte européenne des droits sociaux est très différent¹³⁴⁶.

Concernant la Charte européenne des droits sociaux, la condition propre à la volonté des États d'être liée par la Charte ne fait pas de doute pour la France, puisque la Charte dispose que « les parties contractantes s'engagent à se considérer comme liées [...] ». Concernant la mise en œuvre de la seconde condition relative à l'application directe des droits garantis par la Charte, la Cour de cassation procède article par article. Elle a ainsi reconnu un effet direct aux

¹³⁴³ S. ROBIN-OLIVIER, « Le refus de l'assemblée plénière de la Cour de cassation de prendre part au développement du droit du travail international », *Dr. soc.*, 2019, p. 799.

¹³⁴⁴ CE ass., 11 avril 2012, n° 322326, *GISTI*, Lebon 142, *AJDA* 2012. 735 ; *ibid.* 936 ; *ibid.* 729, tribune Y. Aguila, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *ibid.* 2014. 125, chron. T.-X. Girardot ; *D.* 2012. 1712, note B. Bonnet ; *Dr. soc.* 2012. 1014, étude J.-F. Akandji-Kombé ; *RTD civ.* 2012. 487, obs. P. Deumier ; *JCP* 2012. 1024, obs. G. Eveillard.

¹³⁴⁵ Cass. crim., 3 juin 1975, n° 75-90.687, *Bull. crim.*, n° 141.

¹³⁴⁶ J. MOULY, « Qui a peur du Comité européen des droits sociaux ? (À propos des avis de la Cour de cassation du 17 juillet 2019 relatifs au barème Macron) », *Dr. soc.*, 2019, p. 814.

articles 5 (droit syndical) et 6 (droit à la négociation collective) soit combinés¹³⁴⁷ soit pris séparément¹³⁴⁸.

L'arrêt du 31 octobre 2007 relatif au champ d'application des conventions de forfait en jours « a pu être interprété comme tenant compte des décisions du CEDS »¹³⁴⁹. L'arrêt du 29 juin 2011 est, quant à lui, parfaitement explicite. Interrogée sur la validité d'une convention de forfait en jours la Cour de cassation a validé ladite convention sur le principe, tout en encadrant son application au visa du droit à la santé et à la sécurité du salarié¹³⁵⁰. Précisément, elle fonde sa décision sur « l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du TFU se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs [...] et l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, [...] ». La Charte sociale européenne n'est citée que de manière allusive en ce qu'elle sert de référence à l'article 151 TFUE. Aucune disposition n'étant précisée, il n'est pas possible de considérer que cet arrêt consacre l'effet direct de l'article 3 (droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail)¹³⁵¹.

¹³⁴⁷ Cass. soc., 14 avril 2010, n° 09-60.426, 09-60.429, Bull. civ. V, n° 100, *JCP S* 2010. 1259, note B. Gauriau.

¹³⁴⁸ Cass. soc., 16 février 2011, n° 10-60.189, 10-60.191, inédit, *D.* 2010. 2264, obs. B. Ines ; *ibid.* 2264, note V. Bernaud et F. Petit ; *RDT* 2010. 564, rapp. J.-M. Béraud ; Cass. soc., 23 mars 2011, arrêt précité.

¹³⁴⁹ S. LAULOM, « L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail : à propos des décisions du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », *RDT*, 2011, p. 298.

¹³⁵⁰ Cass. soc., 29 juin 2011, arrêt précité ; Cass. soc., 26 septembre 2012, arrêt précité.

¹³⁵¹ Ce même contentieux avait fait l'objet d'une réclamation portée devant le Comité européen des droits sociaux. Ce dernier avait conclu à la violation de l'article 2§1 de la Charte révisée (droit à des conditions de travail équitable), CEDS, 23 juin 2010, récl. n° 55-2009, *CGT c. France*.

Conclusion de la Section 1

562. En résumé, si plusieurs facteurs interviennent dans l'affirmation de la primauté des droits fondamentaux, tous doivent être nuancés. L'analyse de la place des droits fondamentaux tant au sens axiologique qu'au sens formel montre l'absence de caractère univoque.

La faiblesse de certains mécanismes de contrôle, la faculté variable pour le justiciable d'invoquer un droit ne garantissent pas non plus une force opératoire élevée des droits fondamentaux.

Toutefois, ce constat ne doit pas entamer leur prévalence sur les TIC qui trouve son fondement dans la prééminence de l'individu¹³⁵² et qui était déjà énoncé dans la loi *Informatique et libertés*, à l'article 1^{er}. Sans nier le potentiel de « gains d'efficacité et de productivité »¹³⁵³, le Parlement européen dans sa résolution du 19 février 2019 relative à la politique industrielle globale énonce à de multiples reprises l'importance pour l'homme de contrôler la machine¹³⁵⁴ « considérant que les évolutions dans le domaine de l'intelligence artificielle peuvent et devraient être conçues de façon à préserver la dignité, l'autonomie et l'autodétermination des individus »¹³⁵⁵.

¹³⁵² « Le droit traduit cette dignité potentielle en accordant à tous les individus une personnalité juridique, qui en masquant volontairement ses traits, préserve à la fois un certain anonymat et la capacité d'exiger le respect de droits fondamentaux », F. OST, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, 2016, p. 295.

¹³⁵³ Parlement européen, Résolution sur une politique industrielle européenne globale sur l'intelligence artificielle et la robotique, précitée.

¹³⁵⁴ *Ibid.*, notamment point W ; point AK.

¹³⁵⁵ *Ibid.*, point M.

Section 2 - La place des droits fondamentaux de la personne salariée

563. Les droits fondamentaux du salarié s'exercent dans un cadre déterminé par le contrat de travail régissant la relation de subordination entre le salarié et l'employeur. Au prix d'une « utile caricature »¹³⁵⁶, Antoine Lyon-Caen et Isabelle Vacarie soulignent qu'« entre le droit du travail et les droits fondamentaux de la personne, l'opposition paraît irréductible »¹³⁵⁷. Cette apparente contradiction n'est toutefois pas infranchissable. Elle invite surtout à dépasser le rapport contractuel qui postule l'égalité des contractants. Déconstruire ce présupposé a permis le dévoilement des rapports de pouvoir qui sous-tendent la relation de travail. À partir de cette découverte, l'équilibre des pouvoirs devient un objectif du droit du travail au sein duquel les droits fondamentaux trouvent une place de premier rang.

Reconnaitre sous le salarié la personne au travail a permis d'élever les droits du salarié au même plan que ceux de l'employeur. Parant, cette prise en compte de la personne placée devant le salarié offre la possibilité d'un rééquilibrage des pouvoirs dans l'entreprise. Pris de ce sens, les droits fondamentaux du salarié dévoilent une fonction obstacle visant à endiguer les risques relatif à l'éventualité d'« un exercice dévoyé du pouvoir »¹³⁵⁸ (§1).

564. De rang égal à ceux de l'employeur, il n'est cependant, pas permis de parler de primauté des droits fondamentaux du salarié. Pour autant, le salarié est dans une situation bien particulière puisque par le contrat de travail il met sa force de travail au service de l'employeur. Cette mise en balance des droits fondamentaux fait surgir « des controverses sur les objectifs à poursuivre et les valeurs à protéger par le droit du travail »¹³⁵⁹. Toutefois, « si le droit du travail a d'autres fins ou fonctions que celle-là, il est aussi un “instrument” de protection de la dignité de l'homme au travail »¹³⁶⁰ et alors même que le salarié engage son corps et son esprit, cet engagement ne devrait-il pas le distinguer (§2) ?

¹³⁵⁶ A. LYON-CAEN, I. VACARIE, *op. cit.*, p. 423.

¹³⁵⁷ *Ibid.*

¹³⁵⁸ I. MEYRAT, « Le droit du travail, terre d'élection pour les droits fondamentaux », *RDT*, 2019, p. 763.

¹³⁵⁹ J. PORTA, « Le droit du travail en changement, essai d'interprétations », *Travail et emploi*, 2019, n° 158, p. 103.

¹³⁶⁰ P. ADAM, « Intelligence artificielle, dignité et droit du travail », in P. ADAM, M. LE FRIANT, Y. TARASEWICZ (dir.), *op. cit.*, p. 95.

§1 - La place des droits fondamentaux du salarié au sens formel : une place en balance

565. Bien que les droits fondamentaux du salarié ne soient pas affirmés dans le Code du travail, l'employeur est tenu de les respecter en vertu de l'article L.1121-1 du Code du travail. À ce titre, l'article L.1121-1 apparaît comme une limite au pouvoir de l'employeur. L'employeur n'a pas tout pouvoir dans ses choix lorsque ceux-ci constituent une restriction aux droits et libertés du salarié. Dès lors, les droits fondamentaux du salarié apparaissent bien comme un rempart face aux choix technologiques de l'employeur (A). Pour autant, l'employeur est également titulaire de droits fondamentaux. Dès lors, cette place acquise doit être conciliée avec la liberté d'entreprendre et le droit de propriété dont dispose l'employeur (B).

A - Une place acquise dans le Code du travail

566. La généalogie des droits fondamentaux en droit du travail peut être retracée en trois étapes. Elle commence avec l'arrêt du Conseil d'État *Peintures Corona*¹³⁶¹. Elle se poursuit par la loi du 4 août 1982¹³⁶² introduisant dans le Code du travail l'obligation pour l'employeur de respecter les droits et libertés fondamentaux dans le règlement intérieur¹³⁶³ et se termine par la loi du 31 décembre 1992¹³⁶⁴ qui, suite au rapport Lyon-Caen¹³⁶⁵, « opère le passage de la protection des droits du travailleur à celle des droits de la personne au travail »¹³⁶⁶. La place des droits fondamentaux du salarié est désormais inscrite à l'article L.1121-1 du Code du travail. Pour autant l'accent n'est pas mis sur la consécration des droits mais sur les conditions applicables aux restrictions (1). Dès lors, la force opératoire de cet article dépend d'un contrôle de proportionnalité juridictionnel (2).

¹³⁶¹ CE 1^{er} février 1980, n° 06361, *Peinture Corona*, Lebon 59 ; *Dr. soc.* 1980. 310, concl. Bacquet.

¹³⁶² Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, JORF n° 181 du 6 août 1982, p. 2518.

¹³⁶³ Article L.122-35 anc. du Code du travail, devenu article L.1321-3 du Code du travail.

¹³⁶⁴ Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, JORF n° 1 du 1^{er} janvier 1993, p. 19.

¹³⁶⁵ G. LYON-CAEN, rapport précité.

¹³⁶⁶ J. PORTA, article précité, p. 102.

1 - Les libertés du salarié : principe ou exception ?

567. Pour Gérard Lyon Caen « il y a un avant la loi du 4 août 1982 et un après. Avant : il allait de soi que le salarié passé les portes de l'entreprise, sacrifiait ses libertés »¹³⁶⁷. Alors que la loi du 4 août 1982 a permis l'encadrement du pouvoir disciplinaire créant une rupture dans les rapports entre employeur et salarié, dix ans plus tard, Gérard Lyon Caen se demande « si le balancier n'est pas revenu à son point de départ »¹³⁶⁸. Il forme ainsi le constat que « l'organisation du travail et sa robotisation, c'est-à-dire l'essor des nouvelles technologies font planer une menace sur tout ce qui a survécu comme espace de libertés dans le travail »¹³⁶⁹. Ces analyses serviront de fondement à l'adoption de l'article L.120-2 du Code du travail devenu L.1121-1.

568. L'article L.1121-1 contient une triple négation : « Nul ne peut » ; « qui ne seraient » ; « ni ». « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions » sonne comme une injonction sans réserve. Son caractère général largement souligné¹³⁷⁰ vise toutes les restrictions quelques soient leur nature ou leur origine. La double négation qui suit « qui ne soit justifié ou proportionné » affirme une restriction. Une double lecture peut en être faite : si les libertés ne sont pas affirmées mais que leur régime est organisé cela présuppose qu'elles existent par nature. Elles sont alors intrinsèques et dépassent le statut de salarié. Dans cette hypothèse, les libertés sont le principe ; les restrictions sont l'exception. Jean-Emmanuel Ray indique qu'une autre lecture est envisageable : « cet article pose *a contrario* un principe qui devrait réjouir les chefs d'entreprise : le législateur leur reconnaît expressément la possibilité « d'apporter des restrictions aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives », à la double condition qui suit. Cette lecture revient à conclure que le salarié ne peut prétendre, dans l'entreprise, exercer librement *tous* ses droits de citoyen »¹³⁷¹.

¹³⁶⁷ G. LYON-CAEN, rapport précité, p. 137.

¹³⁶⁸ *Ibid.*

¹³⁶⁹ *Ibid.*, p. 142.

¹³⁷⁰ J.-E. RAY, « Une loi macédonienne ? », *Dr. soc.*, 1993, p. 103.

¹³⁷¹ *Ibid.*

En d'autres termes, le principe posé est celui des restrictions sous conditions, légitimant par voie de conséquence le pouvoir de l'employeur¹³⁷².

Ces différences d'interprétation soulignent les logiques de pouvoir sous-tendus. Entendues comme un principe, les libertés du salarié apparaissent comme une limite au pouvoir de l'employeur. Inversement si les restrictions aux libertés sont envisageables sous respect des conditions de proportionnalité, cet article apparaît alors comme une légitimation du pouvoir de l'employeur.

Dans la pratique, la majeure partie du contentieux porte sur la validité des actes patronaux restreignant les libertés fondamentales du salarié. Dans ce sens, l'article L.1121-1 du Code du travail sert de vecteur à la justiciabilité des droits fondamentaux du salarié qui s'exerce par la voie du contentieux.

2 - L'office du juge dans l'application de l'article L.1121-1

569. De la conciliation opérée par le juge dans le cadre du contentieux va dépendre l'effectivité des droits fondamentaux du salarié. Dès lors, quel est le pouvoir d'appréciation du juge quant aux restrictions ? Quel est l'étendue de son contrôle relatif au caractère justifié de la restriction ? Quel est enfin son pouvoir d'appréciation du caractère proportionné ?

Les restrictions aux droits et libertés sont admises à la double condition, qu'elles soient justifiées et proportionnées. L'appréciation de ces deux conditions appartient au juge. Les justifications admises sont déterminées par l'article L.1121-1. Les atteintes doivent être justifiées « par la nature de la tâche à accomplir ». Cette justification est d'appréciation concrète ; elle s'effectue au regard des tâches réalisées par le salarié concerné par la restriction. Si celle-ci est justifiée, il faut en outre qu'elle soit « proportionnée au but recherché ». Il s'agit ici de vérifier que l'employeur a choisi la mesure la moins intrusive au regard des droits et des libertés.

570. Dès lors, le juge confronté à un tel contrôle *in concreto* est amené à porter un regard sur le fonctionnement de l'entreprise ; il « pénètre certains éléments du pouvoir de gestion et de

¹³⁷² En ce sens : « Affirmer que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » signifie que toute restriction est légitime, dès lors qu'elle répond à cette double condition. Cette lecture ne peut être occultée, et fait de l'article L.120-2 du Code du travail l'un des principaux supports du pouvoir patronal. », P. LOKIEC, « Tenue correcte exigée », *Dr. soc.*, 2004, p. 132.

direction de l'employeur en prenant en compte des données économiques, fonctionnelles, techniques et sociales, extérieures au seul énoncé de l'article L.1121-1 du Code du travail »¹³⁷³. Le risque de porter un jugement sur le « bon fonctionnement de l'entreprise n'est pas inexistant »¹³⁷⁴. Alexis Bugala insiste sur le fait que le contrôle de proportionnalité place le juge dans la nécessité de motiver sa décision afin d'éviter que sa décision ne soit vue comme le fruit d'un jugement moral et perde en crédibilité. Pour leur part, Gilles Auzero, Dirk Baugard et Emmanuel Dockès relèvent que « la force nécessaire à un motif pour légitimer la restriction d'un droit est l'objet d'une casuistique complexe »¹³⁷⁵. Lorsque le motif invoqué par l'employeur pour justifier la restriction est un autre droit fondamental, le principe de proportionnalité se résout en termes « d'arbitrage »¹³⁷⁶.

B - Une place en concurrence face au pouvoir de direction

571. La détention du pouvoir sur l'entreprise trouve sa source dans la propriété des moyens de production ; il est d'abord « issu de la domination économique »¹³⁷⁷. En d'autres termes, les moyens de production confèrent à celui qui les détient des prérogatives en matière de pouvoir. Pour autant, l'exercice du pouvoir à l'égard du salarié est institutionnalisé par le droit du travail et le pouvoir de direction ne s'exerce que dans les limites du contrat de travail. Si les nouveaux modes d'organisation du travail largement mis en œuvre par les TIC ont allégé la subordination pour la faire évoluer vers l'autonomisation et la responsabilisation du salarié, ils n'ont pas par voie de conséquence restreint le pouvoir de direction (2). Le travail salarié s'exerçant dans le cadre de l'entreprise, la place des droits fondamentaux du salarié est contextualisée. Leur

¹³⁷³ A. BUGALA, « Réflexions sur le contrôle judiciaire de proportionnalité en droit du travail », in J.-Ph. AGRESTI (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 137.

¹³⁷⁴ « L'approximation doit être combattue car il y a, intrinsèquement, dans le contrôle de proportionnalité une part de subjectivité qui, si elle est mal maîtrisée, peut parties et des sensibilités sociétales du moment. Il lui revient alors de positionner un curseur sur l'échelle des intérêts, en présence de questions majeures (vie privée, vie personnelle et familiale, liberté syndicale, liberté d'expression, etc.) et souvent renouvelées (contrôle des messageries électroniques, géolocalisation, dépistage de produits stupéfiants, fait religieux en entreprise, etc.). », *ibid.*

¹³⁷⁵ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 868.

¹³⁷⁶ La fonction d'arbitrage du principe de proportionnalité est soulignée par l'auteur : « Son rôle se limite à être l'interface des intérêts conflictuels en présence, et à identifier celui qui, *in fine*, commandera la solution dudit litige », S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, p. 74.

¹³⁷⁷ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 813.

effectivité dépendra aussi de la place accordée au pouvoir de direction. Dans ce contexte, les droits fondamentaux du salarié constituent-ils un contre point au pouvoir de direction (1) ?

1 - La liberté d'entreprendre face aux droits fondamentaux du salarié

572. L'employeur est soit une personne physique, soit une personne morale. À ce titre, il est titulaire de droits et libertés. L'entreprise devient alors un terrain de jeu des droits et libertés fondamentaux à double entrée. D'un côté se trouvent ceux du salarié ; de l'autre, ceux de l'employeur. S'interroger sur une éventuelle concurrence avec les droits fondamentaux de salarié nécessite d'abord de s'interroger sur le caractère fondamental de la liberté d'entreprendre. Cette liberté ne peut entrer en concurrence que si elle est placée au même rang dans l'ordre juridique (a).

573. Choisir les méthodes de travail, les modes d'organisation relèvent du pouvoir de direction. L'employeur peut-il se prévaloir de la liberté d'entreprendre pour imposer au salarié des choix qui pourraient porter atteinte aux droits fondamentaux du salarié. Quelle articulation en résulte-t-il (b) ?

a - Une place acquise au sens formel, un contenu élargi

574. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la reconnaissance de la liberté d'entreprendre à l'occasion de la loi relative aux nationalisations en 1982¹³⁷⁸. En premier lieu, il affirme « le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique » et indique que ce droit « est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression » ; il en conclut en second lieu, « que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ». À partir de cette décision, la liberté d'entreprendre est rattachée à l'article 4 de la Déclaration de 1789. Au sens formel, elle acquiert par ce rattachement un caractère fondamental.

¹³⁷⁸ Cons. const., 16 janvier 1982, arrêt précité.

575. Fondamentale, la liberté d'entreprendre l'est aussi par son inscription dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Prévues à l'article 16 de la Charte, elle figure à la même place que les droits sociaux. Cette inscription a valu à la Charte d'être, en même temps, jugée « comme une provocation par les organisations syndicales de travail [et] considérée par certains membres de la Convention, notamment les Britanniques, comme le pendant indispensable des droits sociaux reconnus »¹³⁷⁹.

576. Si le Conseil constitutionnel n'a jamais donné de définition, il identifie deux composantes à la liberté d'entreprendre. Celle-ci se compose « non seulement de la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité »¹³⁸⁰. Entrent notamment dans le champ de la seconde composante, la liberté de choisir ses collaborateurs¹³⁸¹, de licencier¹³⁸².

577. Après la détermination de son contenu, la question de son étendue s'est posée. Dans un arrêt dit « des pointeuses »¹³⁸³, la Cour de cassation en a apporté une réponse en affirmant que la Cour d'appel « ne pouvait pour autant imposer à l'employeur la modification de l'implantation des appareils de pointage sans porter atteinte à son pouvoir de direction et [qu'elle] a ainsi violé le principe fondamental de la liberté d'entreprendre ». Par son rattachement à la liberté d'entreprendre, le pouvoir de direction « accède au rang de liberté fondamentale »¹³⁸⁴. Avec ce raisonnement, Emmanuel Dockès fait remarquer que toutes dispositions imposant à l'employeur de prendre des mesures dans le cadre du contrat de travail sont susceptibles de représenter des restrictions au pouvoir de direction. Dès lors, elles ne seraient applicables qu'à la condition que « les restrictions qu'elles font subir au pouvoir de direction sont justifiées et proportionnées »¹³⁸⁵. Pour Emmanuel Dockès, cette motivation

¹³⁷⁹ G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001, p. 138.

¹³⁸⁰ Cons. Const., 30 novembre 2012, n° 2012-285 QPC, *M. Christian S.*, JO n° 280 du 1^{er} décembre 2012, p. 18908 ; *AJDA* 2012. 2301 ; *D.* 2012. 2808.

¹³⁸¹ Cons. Const., 20 juillet 1988, n° 88-244 DC, *Loi portant amnistie*, JO du 21 juillet 1988, p. 9448, cons. 22 ; *Dr. soc.* 1988. 755, note X. Prétot.

¹³⁸² Cons. Const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, *Loi de modernisation sociale*, JO du 18 janvier 2002, p. 1008, cons. 50 ; *RSC* 2002. 673, obs. V. Bück.

¹³⁸³ Cass. soc., 13 juillet 2004, arrêt précité.

¹³⁸⁴ E. DOCKÈS, « Le pouvoir patronal au-dessus des lois ?, La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation », *Dr. ouvr.*, janvier 2005, pp. 1-5.

¹³⁸⁵ *Ibid.*

mérite « la qualification d'erreur de droit »¹³⁸⁶. Prise dans ce sens, la liberté d'entreprendre n'est plus seulement invoquée contre les excès du pouvoir étatique¹³⁸⁷, elle se déploie dans les relations horizontales entre les personnes privées.

578. Au plan formel, la reconnaissance du caractère fondamental semble clairement acquise. L'enjeu réside alors dans les effets que lui confèrent ce qualificatif lorsque cette liberté entre en conflit avec d'autres droits ou libertés de même rang. Elle se pose au moment du contrôle constitutionnel qu'il soit *a priori* ou *a posteriori*. Elle se pose aussi entre personnes de droit privé par le déploiement de l'effet horizontal des droits fondamentaux.

b - La rencontre de la liberté d'entreprendre et des droits fondamentaux du salarié : prévalence ou conciliation ?

579. Au sens formel la prévalence d'un droit ou liberté sur un autre droit de rang identique ne devrait pas être possible puisqu'elle supposerait d'établir une hiérarchie. Le Conseil constitutionnel saisi pour examiner la validité conditionnelle d'une loi au regard de la liberté d'entreprendre a opéré selon une recherche de conciliation marquée par deux étapes. A la suite de la décision du 16 janvier 1982, le Conseil constitutionnel a d'abord opéré selon une logique de justification qui évoluera vers une logique de proportion.

Après 1982, les décisions rendues se sont d'abord appliquées à limiter la liberté d'entreprendre qui n'est « ni générale, ni absolue »¹³⁸⁸. Cette formulation sera ensuite abandonnée jugeant « qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, les limitations justifiées par l'intérêt général

¹³⁸⁶ « La liberté d'entreprendre peut toujours être invoquée, contre telle restriction faite à la liberté de créer son entreprise, ou pour légitimer ce droit de nuire qu'est le droit de faire concurrence à autrui, voire pour bloquer certaines interventions de la puissance publique dans la gestion des entreprises privées. Mais, pas plus qu'aucun autre droit de l'Homme, la liberté d'entreprendre ne peut être invoquée pour défendre le pouvoir du chef d'entreprise sur ses subordonnés. », *ibid.*

¹³⁸⁷ « Les droits et les libertés fondamentaux avaient pour objet de protéger les individus humains contre les excès possibles du pouvoir. Cette lecture de la liberté d'entreprendre, à contresens, vise à protéger le pouvoir de personnes morale contre les protections qui peuvent être accordées aux personnes humaines les plus faibles. Cette inversion en dit long sur l'évolution de notre société. », G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 882.

¹³⁸⁸ Cons. Const., 27 juillet 1982, n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*, JO du 29 juillet 1982 ; p. 2422, cons. 12 et 13.

ou liées à des exigences constitutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée »¹³⁸⁹.

À partir de la décision du 16 janvier 2001, le contrôle de dénaturation évolue vers un contrôle de proportionnalité, marqué par le « passage d'une logique de justification à une logique de proportion »¹³⁹⁰. Madame Champeil-Desplats explique que « dans le premier cas, la conciliation s'entend comme une exigence "d'adéquation entre la mesure adoptée et le but qu'elle vise"¹³⁹¹ : la justification d'une action par une norme supérieure suffit même si elle entre en conflit avec une autre de ces normes. Dans le second cas, la conciliation devient une fin en soi. La simple justification ne suffit plus. La logique de proportion vise à sanctionner toute restriction à l'exercice d'une liberté ou d'un droit qui aurait des conséquences excessives pour ses titulaires. »¹³⁹².

580. Ce changement dans les modes de résolution des conflits n'est pas sans effet quant à la place accordée à la liberté d'entreprendre et Madame Champeil-Desplats relève que « c'est d'ailleurs à partir de l'engagement du Conseil constitutionnel dans une logique de proportion que celui-ci a prononcé ses premières censures¹³⁹³ sur le fondement de la liberté d'entreprendre »¹³⁹⁴. Dans cet exercice de conciliation Madame Champeil-Desplats identifie trois issues possibles. D'abord, une première issue, humaniste, où les droits fondamentaux non marchands priment sur les droits économiques ; ensuite une issue sociale-libérale où la recherche de conciliation entretient libertés de même statut juridique sera fonction de chaque situation sans jeu de prévalence¹³⁹⁵ ; ensuite une dernière issue, purement libérale, accordant la primauté aux droits économiques sur les droits fondamentaux non marchands. Lors de la

¹³⁸⁹ Cons. Const., 10 juin 1998, DC n° 98-40, cons. 26.

¹³⁹⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », article précité.

¹³⁹¹ A. LYON-CAEN, I. VACARIE, *op. cit.*, p. 421.

¹³⁹² *Ibid.*

¹³⁹³ Il s'agit de la censure de la nouvelle définition du licenciement économique qui entendait « subordonner les licenciements économiques à des difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen. [...] Le cumul des contraintes que cette définition fait ainsi peser sur la gestion de l'entreprise a pour effet de ne permettre à l'entreprise de licencier que si sa pérennité est en cause. En édictant ces dispositions, le législateur a porté à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi. », Cons. const., 12 janvier 2002, arrêt précité.

¹³⁹⁴ V. CHAMPEIL-DESPLATS, article précité.

¹³⁹⁵ « En cas de conflit, chacun d'eux a une égale prétention à l'emporter : la résolution donne souvent lieu à une application partielle, non nécessairement équilibrée, des droits et libertés en jeu. L'issue du conflit peut varier en fonction des cas, activités et droits en cause. Le pluralisme initial des valeurs d'un ordre juridique se trouve ainsi transféré dans la résolution des situations conflictuelles alors que dans les deux autres modes de résolution des conflits, cet éventuel pluralisme aboutit à la primauté de l'une des valeurs. », *ibid.*

décision *Florange*¹³⁹⁶, certains auteurs ont pu dire que « plus que jamais l'issue libérale d'une confrontation [des libertés d'entreprendre et du droit de propriété] avec les droits sociaux s'impose »¹³⁹⁷.

581. La problématique de l'articulation des libertés économiques avec les droits sociaux s'est également posée devant la Cour de justice de l'UE. Au fil des décisions, la prévalence des libertés économiques s'est affirmée.

Les arrêts¹³⁹⁸ *Viking* et *Laval* en sont les premières illustrations. Ces deux affaires montrent les tensions entre l'Europe sociale et l'Europe économique. Les deux entreprises entendaient bénéficier de règles sociales plus avantageuses soit en délocalisation leur activité dans un autre pays membre pour l'affaire *Viking* soit par un détachement de travailleurs pour l'affaire *Laval*.

Dans ces deux affaires, s'opposent la protection des travailleurs par l'action collective et les libertés d'établissement et de prestation de service. La CJUE reconnaît que le droit de mener une action collective est un droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire, elle ajoute qu'« il n'en demeure pas moins que son exercice peut être soumis à des restrictions »¹³⁹⁹. La Cour rappelle que la liberté d'établissement¹⁴⁰⁰ et la libre prestation de services¹⁴⁰¹ constituent respectivement « l'un des principes fondamentaux de la Communauté ». Concernant la justification aux restrictions apportées à ces deux libertés, la Cour indique qu'il ressort de sa jurisprudence qu'« une restriction à la liberté d'établissement [ou à la libre prestation de services] ne saurait être admise que si elle poursuit un objectif légitime compatible avec le traité et se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général »¹⁴⁰².

Dans cet exercice de conciliation, la Cour recherche si le droit fondamental reconnu constitue une restriction à la liberté économique et si dans l'affirmative cette restriction est

¹³⁹⁶ Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC, *Loi visant à reconquérir l'économie réelle*, JO n° 77 du 1^{er} avril 2014, p. 6232, *D.* 2014. 1101, chron. J.-P. Chazal ; *ibid.* 1287, chron. L. d'Avout ; *ibid.* 1844, obs. B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin ; *ibid.* 2015. 1457, obs. L. Gay et A. Mangiavillano ; *Dr. soc.*, 2014. 574, obs. P.-H. Antonmattei ; *RDT* 2014. 528, étude T. Sachs et S. Vernac ; *RFDA* 2014. 589, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau.

¹³⁹⁷ T. SACHS, S. VERNAC, « La fondamentalisation d'un ordre libéral », *RDT*, 2014, p. 528.

¹³⁹⁸ CJUE, arrêts précités.

¹³⁹⁹ *Viking*, §44 ; *Laval*, §91.

¹⁴⁰⁰ *Viking*, §68.

¹⁴⁰¹ *Laval*, §101.

¹⁴⁰² *Viking*, §75 ; *Laval*, §91.

susceptible de faire l'objet d'une justification. À cet égard, Pierre Rodière note « qu'il y a lieu de s'interroger sur la démarche suivie par la Cour de justice » et en souligne la logique inversée qui consiste à aller « du principe communautaire vers l'exception possible »¹⁴⁰³ et non pas « du droit fondamental vers l'éventuelle restriction que les libertés de circulation lui feraient subir »¹⁴⁰⁴.

Plus récemment l'arrêt *AGET Iraklis*¹⁴⁰⁵ témoigne à nouveau d'une logique selon laquelle « le droit du travail, y compris dans les dispositions qui garantissent l'exercice des droits fondamentaux des travailleurs, est soumis aux exigences essentielles du droit du marché »¹⁴⁰⁶. Dans cette affaire, la CJUE indique qu'« il ne saurait être contesté que la mise en place d'un régime d'encadrement des licenciements collectifs est constitutif d'une ingérence de la liberté d'entreprendre et, en particulier de la liberté contractuelle »¹⁴⁰⁷. Elle rappelle que l'article 52 paragraphe 1 de la Charte des droits fondamentaux admet des limitations aux droits qu'elle consacre. Tandis que la CJUE reconnaît que la protection des travailleurs constitue un motif impérieux d'intérêt général¹⁴⁰⁸, les mesures d'autorisation prévues par la législation grecque en matière de licenciement ne passent pas le test de proportionnalité¹⁴⁰⁹. Autrement dit, elles sont disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi.

Si la jurisprudence nationale et européenne favorise l'essor de la liberté d'entreprendre et partant du pouvoir de direction, son étendue est toutefois bornée par le contrat de travail.

¹⁴⁰³ P. RODIÈRE, « Les arrêts *Viking* et *Laval*, le droit de grève et le droit de négociation collective », *RDT eur.*, p. 47.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*

¹⁴⁰⁵ CJUE, gde ch., 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15, *RDT* 2017. 127, obs. A. Fabre ; *RTD eur.* 2018. 465, obs. F. Benoît-Rohmer.

¹⁴⁰⁶ A. LYON-CAEN, article précité.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*, §69.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*, §74.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*, §103.

2 - Le pouvoir de direction, borné par le contrat de travail

582. Exercé sur les moyens de production, le pouvoir de l'employeur est d'abord de nature économique ; il est de nature juridique lorsqu'il s'exerce dans le cadre du contrat de travail. Le contrat constitue en même temps la source du pouvoir de direction et son cadre d'exercice.

583. Le contrat de travail est celui par lequel « une personne physique (le salarié) s'engage à exécuter un travail sous la subordination d'une personne physique ou morale (l'employeur) en échange d'une rémunération »¹⁴¹⁰. Le lien de subordination a été identifié très tôt par la jurisprudence comme un effet du contrat de travail¹⁴¹¹. Il est caractérisé « par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné »¹⁴¹². En d'autres termes, la subordination résulte du contrat. Dès lors, le consentement du salarié au contrat de travail limite le pouvoir de l'employeur au seul domaine de la subordination.

584. La subordination a une double fonction. Si elle permet de délimiter les contours de l'exercice du pouvoir de direction, elle sert également d'élément d'identification du contrat de travail. Ces deux fonctions ne sont pas de même nature. La première est juridique, issue du contrat de travail ; la seconde est factuelle, issue des conditions effectives de travail. Cette dernière également qualifiée d'« état de subordination »¹⁴¹³, permet aux juges d'établir l'existence d'un contrat de travail¹⁴¹⁴ et le distinguer des autres modes d'exercice du travail. Ainsi, dès lors que l'état de subordination est identifié, la subordination juridique prend effet par le biais du contrat de travail. Dans la plupart des cas, ces deux aspects de la subordination se superposent ; le contrat de travail crée la subordination juridique et le salarié travaille dans le respect des ordres et directives de l'employeur.

¹⁴¹⁰ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 265.

¹⁴¹¹ À partir du célèbre arrêt *Bardou*, le contrat de travail est « compris comme “créateur de lien juridique de subordination” », G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 270.

¹⁴¹² Cass. soc., 13 novembre 1996, arrêt précité.

¹⁴¹³ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 271.

¹⁴¹⁴ « L'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs », Cass. soc. 19 décembre 2000, n° 98-40.572, Bull. civ. V, n° 437 ; *Dr. soc.* 2001. 227, note A. Jeammeaud.

585. La fonction d'identification du contrat de travail est celle qui cristallise une majeure partie du contentieux relatif à la subordination. Or, les TIC, qui ont permis l'avènement de nouveaux modes d'organisation du travail, renouvellent cette problématique.

D'une part, le salarié bien que juridiquement subordonné gagne en autonomie grâce aux outils numériques qui lui sont fournis par l'employeur. Cette indépendance dans l'exécution du travail contredit la définition juridique de la subordination et rend diffus l'état de subordination.

D'autre part, à l'inverse, de nombreux travailleurs indépendants, tout particulièrement lorsque la mise en relation avec la clientèle est opérée via une plateforme numérique, sont dans une situation de dépendance économique qui les rapprochent de l'état de subordination.

À propos de la qualification juridique des contrats liant les travailleurs aux plateformes, la Cour de cassation a rendu un arrêt historique le 28 novembre 2018¹⁴¹⁵. Interrogée sur une demande de requalification du contrat d'un travailleur exerçant une activité de livreur à vélo par le truchement d'une plateforme, la Cour d'appel, qui avait écarté cette demande, est censurée. La Cour de cassation lui reproche d'avoir constaté, d'une part, que l'application était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel par la société de la position du coursier et de la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci et, d'autre part, que la société Take Eat Easy disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du courtier, sans tirer les conséquences légales de ses constatations dont il résultait l'existence d'un pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution de la prestation caractérisant un lien de subordination. Cette décision ne concernant qu'un salarié et la Cour ayant procédé selon la méthode classique du faisceau d'indices à partir de l'appréciation *in concreto* des conditions de l'exécution de travail, il n'était pas possible à partir de ce seul cas d'espèce de faire des projections quant à l'avenir d'autres litiges du même ordre¹⁴¹⁶. Toutefois un second arrêt intervenu en 2020 à propos de la plateforme *Uber* permet de dessiner une tendance.

¹⁴¹⁵ Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079, P, D. 2019. 177, et les obs., note M.-C. Escande-Varniol ; *ibid.* 2018. 2409, édito. N. Balat ; *ibid.* 2019. 169, avis C. Courcol-Bouchard ; *ibid.* 326, chron. F. Salomon et A. David ; *ibid.* 963, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *AJ Contrat* 2019. 46, obs. L. Gamet ; *Dr. soc.* 2019. 185, tribune C. Radé ; *RDT* 101, chron. K. Van Den Bergh ; *Dalloz IP/IT* 2019. 186, obs. J. Sénéchal ; *JT* 2019, n° 215, p. 12, obs. C. Minet-Letalle ; *RDSS* 2019. 170, obs. M. Badel ; *RDT* 2018. 812, avis C. Courcol-Bouchard, obs. T. Pasquier ; *ibid.* 2019. 36, obs. M. Peyronnet ; *SSL* 2018, n° 1841, p. 6, obs. B. Gomes ; *ibid.*, n° 1842-1843, interview J.-G. Huglo.

¹⁴¹⁶ « On ne saurait en déduire qu'à l'avenir tous les litiges opposants des autoentrepreneurs à une plateforme en ligne avec laquelle ils travaillaient obtiendront la même qualification. », M. PEYRONNET, « Take Eat Easy contrôle et sanctionne des salariés », *RDT*, 2019, p. 36.

Dans ce second arrêt en date du 4 mars 2020¹⁴¹⁷, la Cour d'appel, instruite de la jurisprudence *Take Eat Easy*, constate, à partir des éléments de faits, que le chauffeur a intégré un service de prestation de transport créé et organisé par la société, que le chauffeur se voit imposer un itinéraire dont le non-respect entraîne des pénalités tarifaires, que le libre choix de la prestation est limité par le fait que le chauffeur n'a pas connaissance de la destination finale et que la société a la faculté de déconnecter le chauffeur de la plateforme à partir de trois refus de courses. Ces constats, qui « traduisent le fait qu'elle [la plateforme] donnait des directives et en contrôlaient l'application », renvoient aux éléments constitutifs du lien de subordination, inchangés depuis l'arrêt du 13 novembre 1996, et permettent à la Cour d'appel d'en déduire l'existence d'un contrat de travail, ce que valide la Cour de cassation. Cette recherche d'un faisceau d'indices permettant d'identifier le contrat de travail sous le contrat de dépendance amène les juges à s'intéresser à la réalité du travail¹⁴¹⁸. Cette décision « rappelle que la technologie n'épuise pas ce par quoi la règle se désigne à nous et invite à envisager ce par quoi, derrière ou en dedans de la technologie, la règle et le normatif s'imposent et doivent être formulés »¹⁴¹⁹.

La note explicative de l'arrêt publiée par la Cour de cassation précise que « la Chambre sociale a refusé d'adopter le critère de dépendance économique suggéré par certains auteurs ». Ainsi, Christophe Radé souligne que « si la subordination juridique est en effet souvent le révélateur d'une relation de travail salarié, elle ne constitue pas pour autant nécessairement le critère du contrat de travail, mais seulement un élément de qualification parmi d'autres »¹⁴²⁰ et invite à se tourner vers un critère plus économique. Dans la même veine, Bernard Bossu avance que « l'idée de "salarié autonome" [proposé à l'initiative du groupe de recherche pour un autre code GR-PACT] permet de répondre à la situation d'une personne qui, sans être subordonnée sur le plan juridique, se trouve néanmoins dépendante sur le plan économique d'un donneur d'ordre »¹⁴²¹. Ce n'est pas la position suivie par la Cour de cassation qui maintient le critère de subordination comme élément de qualification du contrat de travail dont il s'infère le caractère fictif du statut de travailleur indépendant. La référence à la fictivité de l'indépendance liée à

¹⁴¹⁷ Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, *Uber*, P, D. 2020. 490 ; *ibid.* 1136, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; *AJ contrat* 2020. 227, obs T. Pasquier ; *Dr. soc.* 2020. 374, obs. P.-H. Antonmattei ; *ibid.* 550, chron. R. Salomon ; *RDT* 2020. 328, obs. L. Willocx ; *JCP* 2020. B. Bossu.

¹⁴¹⁸ En ce sens : M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « Un ancrage stable dans un droit du travail en mutation », *D.*, 2019, p. 177.

¹⁴¹⁹ Th. PASQUIER, « L'arrêt *Uber* – Une décision a-disruptive », *AJ contrat*, 2020, p. 227.

¹⁴²⁰ Ch. RADÉ, « Des critères du contrat de travail », *Dr. soc.*, 2013, p. 202.

¹⁴²¹ B. BOSSU, « Quel contrat de travail au XXI^e siècle ? », *Dr. soc.*, 2018, p. 232.

l'intégration dans l'organisation d'autrui, faite par la Cour de cassation, amène Thomas Pasquier à s'interroger sur la qualification d'emploi dissimulé. Il souligne que ce lien « pourrait se révéler fort précieux pour fonder et justifier l'infraction "systémique" de travail dissimulé par dissimulation »¹⁴²².

Pour éviter une vague de litiges, la loi d'orientation des mobilités¹⁴²³ avait prévu à l'article 44 la faculté pour une plateforme de mise en relation d'établir une charte précisant les conditions et les modalités d'exercice de sa responsabilité sociale. En cas d'homologation de cette charte par l'autorité administrative compétente, l'établissement de la charte et le respect des engagements qu'elle prévoit ne pouvaient caractériser l'existence d'un lien de subordination juridique entre la plateforme et les travailleurs. L'homologation avait donc pour effet d'interdire la requalification de la relation contractuelle. Interrogé sur la constitutionnalité de cette disposition¹⁴²⁴, le Conseil constitutionnel relève que les caractéristiques du contrat de travail sont à ranger au nombre des principes fondamentaux du droit du travail relevant comme tels du domaine de la loi¹⁴²⁵. Or, le Conseil constate que les dispositions contestées permettent aux opérateurs de plateforme de fixer eux-mêmes, dans la charte, les éléments de leur relation avec les travailleurs indépendants qui ne pourront être retenus par le juge pour écarter l'existence d'un lien de subordination et par voie de conséquence l'existence d'un contrat de travail. Cette disposition, qui permettait aux opérateurs de fixer des règles relevant de la compétence du législateur et de les soustraire à l'analyse du juge en cas de litige, a été censurée.

Défendu par la Cour de cassation et par le Conseil constitutionnel, le critère de subordination dans sa fonction d'identification du contrat de travail reste déterminant.

586. Outre l'enjeu de la qualification de la relation contractuelle, la subordination institutionnalisée dans le cadre du contrat de travail fixe les limites du pouvoir juridique de l'employeur. « En d'autres termes, il s'agit de délimiter les frontières de la soumission au travail »¹⁴²⁶ notamment au travers des droits fondamentaux des salariés¹⁴²⁷. Soumis au droit du

¹⁴²² Th. PASQUIER, article précité.

¹⁴²³ Loi n° 2019-1428, 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, JO n° 299 du 26 décembre 2019, texte n° 1.

¹⁴²⁴ Cons. const., 20 décembre 2019, n° 2019-794 DC, *Loi d'orientation des mobilités*, JO n° 299 du 26 décembre 2019, texte n° 2, *AJDA* 2020. 9 ; *D.* 2020. 1012, obs. V. Monteillet et G. Leray ; *ibid.* 1588, obs. J.-C. Galloux et P. Kamina ; *JA* 2020, n° 611, p. 8, obs. X. Delpech ; *AJCT* 2020. 5, obs. D. Necib ; *RDT* 2020. 42, obs. B. Gomes.

¹⁴²⁵ *Ibid.*, cons. 24.

¹⁴²⁶ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 824.

¹⁴²⁷ *Ibid.*, les auteurs analysent la protection du salarié par les droits fondamentaux comme une limite à la subordination rattachée à l'ordre public.

travail, le pouvoir de l'employeur se rapproche de l'autorité¹⁴²⁸ qui peut être définie comme un pouvoir légitimé¹⁴²⁹. Alain Supiot affirme que le droit du travail a pour finalité de « “civiliser” le pouvoir patronal en le dotant d'un cadre d'exercice » [...] « c'est à dire d'y substituer des rapports de droit aux rapports de force »¹⁴³⁰. L'analyse peut être menée *a contrario* pour les relations entre les travailleurs indépendants et les plateformes d'intermédiation. L'absence de subordination juridique confère au critère de la dépendance économique un rapport de pouvoir et non d'autorité ; elle est alors créatrice de rapport de force.

Alain Supiot voit dans l'autonomisation du salarié et la dépendance du travailleur indépendant, l'évolution de la subordination vers des rapports d'allégeance¹⁴³¹. « Le lien d'allégeance inféode une personne aux objectifs d'une autre, qui tout à la fois la contrôle et lui concède une certaine autonomie et une certaine protection »¹⁴³². Ces nouvelles formes d'organisation porteuses de souffrance¹⁴³³ « sont aussi une chance d'émancipation des travailleurs »¹⁴³⁴ ; mais Alain Supiot conclut que « cela supposerait que l'objectif de justice sociale soit étendu au contenu même du travail, et non plus seulement à sa rémunération ou sa durée »¹⁴³⁵.

¹⁴²⁸ « Envisagée dans le cadre du contrat de travail, le pouvoir est intimement lié à l'autorité de l'employeur à l'égard du salarié. [...] Dès lors, si le pouvoir correspond à la capacité d'un individu à imposer sa volonté à un autre, l'autorité est une forme de pouvoir reconnue et sanctionnée. Ainsi, l'autorité contient le pouvoir en limitant l'exercice de celui-ci par des nécessités de justification. », B. PEREIRA, « Mutation du rapport de subordination : le salarié “autonome” ou l'indépendant “subordonné” en France », *Management & Avenir*, 2018, vol. 104, n° 6, p. 42.

¹⁴²⁹ *Ibid.*

¹⁴³⁰ A. SUPIOT, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. Soc.*, 1990, p. 485 ; en ce sens également : « du point de vue juridique, l'autorité de l'employeur correspond au pouvoir patronal encadré par le droit du travail : la consécration du lien de subordination confère des prérogatives à l'employeur, mais dans le cadre circonscrit de la norme légale. En d'autres termes, sans norme, la relation entre employeur et salarié obéit à un rapport de force, et en conséquence à une relation de pouvoir ; tandis que la réglementation cantonne le pouvoir dans le cadre d'une dimension légitime. », B. PEREIRA, *ibid.*

¹⁴³¹ « Dans les deux cas, c'est une forme nouvelle de subordination qui se donne à voir : celle de l'allégeance. », A. SUPIOT, *Le droit du travail*, Presses universitaires de France, 2019, p. 73.

¹⁴³² *Ibid.*

¹⁴³³ Le travailleur postmoderne est en revanche traité comme une machine programmable, censé réagir instantanément aux signaux dont on le bombarde pour atteindre des objectifs chiffrés déconnectés des réalités de son travail. D'où une emprise cérébrale et une dépossession de soi jamais égalée dans le modèle industriel, qui mettent en péril la santé mentale et ont fait surgir les risques nouveaux d'épuisement professionnel (*burn out*) et de suicide au travail. », *ibid.*, p. 74.

¹⁴³⁴ *Ibid.*

¹⁴³⁵ *Ibid.*

587. Tant que la subordination juridique existe le pouvoir de direction s'exerce dans le cadre du droit du travail. L'enjeu est donc le suivant : au-delà de la décomposition/recomposition de la subordination, les droits fondamentaux doivent continuer à s'affirmer comme instrument normatif permettant de concourir à l'équilibre des relations de pouvoir.

Toutefois, la reconnaissance formelle du caractère fondamental de la liberté d'entreprendre semble bien s'accompagner d'une prévalence de plus en plus marquée de la liberté d'entreprendre face aux droits fondamentaux non marchands. La liberté d'entreprendre positionne le débat dans les relations marchandes. L'encrage économique de la liberté d'entreprendre dans une société marchande peut faire douter de la neutralité de la logique de proportionnalité qui est l'œuvre dans la pesée des intérêts en balance. Pour autant cette remarque peut être largement dépassée si l'analyse est placée sous l'angle axiologique.

§2 - La place des droits fondamentaux du salarié au sens axiologique

588. Par le contrat de travail, le salarié met sa force de travail au service de l'employeur. Si le travail est l'objet du contrat de travail ; le travailleur en est le sujet. Dans cette tension réside le nœud gordien que la conception sociale tranche par la promotion du travail décent. Comme le souligne Patrice Adam¹⁴³⁶, au-delà de la fiction juridique qui consiste à détacher le travail du travailleur, c'est bien le corps qui est à l'œuvre dans le travail. Ce faisant, il s'interroge pour savoir si « de la centralité du corps humain dans ce domaine, la dignité (dont l'article 16 du Code civil - placé dans un chapitre intitulé *Du respect du corps humain* - offre l'incarnation législative) ne tire-t-elle pas naturelle vocation à y affirmer son emprise ? »¹⁴³⁷. La dignité pourrait-elle être mobilisée pour garantir en surplomb la primauté des droits du salarié ?

589. Alors qu'au sens formel, la liberté d'entreprendre est dans l'ordre juridique de même rang que les droits fondamentaux d'une personne physique et que par voie de conséquence des droits fondamentaux marchands sont au même rang que des droits fondamentaux non marchands, la dimension axiologique permet de replacer l'individu au centre du travail. Par l'engagement du corps du salarié dans le travail, les droits fondamentaux de celui-ci trouvent un ancrage qui leur confèrent une place à part. Cela suppose de reprendre l'affirmation de l'OIT selon laquelle que

¹⁴³⁶ P. ADAM, article précité.

¹⁴³⁷ *Ibid.*

le « travail n'est pas une marchandise » (A) et de poser comme présupposé axiologique la dignité dans le travail (B).

A - « Le travail n'est pas une marchandise »

590. À cette affirmation, le capitalisme répond que le travail est une marchandise. Dans vision utilitariste du travail développée par certains économistes, les TIC représentent un levier de productivité qui les rend incontournables et indiscutables (1).

Le travail est au cœur de deux visions diamétralement opposées : celle, d'une part, envisagée par le capitalisme qui défend que le travailleur ne met que sa force de travail au service de l'employeur – il en résulte un échange marchand possible du travail - et celle, d'autre part, envisagée par l'OIT qui défend une conception sociale du travail. Quelle est alors la nature du travail ? Le travail est-il détachable du travailleur ? La fiction juridique, qui permet de détacher le travail du travailleur a une fonction : elle rend envisageable le travail subordonné ; elle le distingue de l'esclavage. L'outil juridique, support de cette fiction est le contrat de travail qui, par le cadre qu'il pose, circonscrit les limites de la subordination. Dès lors cette distinction bien qu'historiquement justifiée n'en demeure pas moins fictive (2).

1 - La vision économique du travail

591. « En janvier 1931, le socialiste français Albert Thomas, premier directeur du BIT s'exclamait : « *Le social* devra vaincre *l'économique*. Il devra le régler et le conduire pour mieux satisfaire la justice »¹⁴³⁸. La volonté d'affirmer l'autonomie des objectifs sociaux face à l'économie de marché est présente dans la Déclaration de Philadelphie de 1944 : « le travail n'est pas une marchandise ». Alain Supiot souligne le caractère pionnier de ce texte dont l'objectif « entendait faire de la justice sociale l'une des pierres angulaires de l'ordre juridique international »¹⁴³⁹ à rebours de la période d'atrocités traversée par l'histoire des deux guerres mondiales. Ce texte illustre la volonté de rompre avec une vision du monde consistant « à considérer les hommes “scientifiquement”, comme du “matériel humain” (dans la terminologie nazie) ou du “capital humain” (dans la terminologie communiste) et à leur appliquer les mêmes

¹⁴³⁸ S. KOTT, « L'Organisation internationale du travail en tension : entre travail humain et productivisme », in P. MUSSO, A. SUPIOT (dir.), *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?*, Hermann, 2018, p. 399.

¹⁴³⁹ A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie, La justice sociale face au marché total*, op. cit., p. 9.

calculs d'utilité et les mêmes méthodes industrielles qu'à l'exploitation des ressources naturelles »¹⁴⁴⁰. Néanmoins, ce principe s'est rapidement heurté aux contraintes économiques et à partir des années 1950 « la recherche de l'accroissement de la productivité, vue comme une condition du progrès social, devient une priorité de l'Organisation »¹⁴⁴¹.

592. Le travail au service de la productivité est vivement critiqué par Simone Weil et Hannah Arendt. De leur point de vue, le dérèglement du travail trouve sa source dans les cadences permises par le machinisme au service des gains de productivité. « Comme Weil, Arendt met la découverte de la productivité, l'enivrement que celle-ci a provoqué chez Locke puis chez les économistes, au fondement du processus de division du travail et de la rationalisation outrancière qui s'est déployée »¹⁴⁴². Hannah Arendt souligne que la place centrale occupée par le travail démontre que la production et la consommation sont devenues les principales tâches de la société¹⁴⁴³.

Si la vision du travail de Simone Weil et d'Hannah Arendt a fait l'objet de critiques¹⁴⁴⁴, leur analyse de la place du travail au service de la productivité et de la consommation reste actuelle. La production, hier cadencée par les machines, est aujourd'hui réglée par les outils numériques¹⁴⁴⁵ et « l'informatisation [a] fait passer le travail de *la main-d'œuvre au cerveau d'œuvre* »¹⁴⁴⁶. Les outils ont certes évolué mais la recherche de gain de productivité demeure.

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 11.

¹⁴⁴¹ S. KOTT, *op. cit.* p. 405.

¹⁴⁴² D. MÉDA, « Simone Weil et Hannah Arendt, deux philosophes du travail post-modernes », in P. MUSSO, A. SUPIOT (dir.), *op. cit.*, p. 29.

¹⁴⁴³ « Pour Arendt, si le travail est devenu l'activité principale, cela signifie que toute la société est désormais exclusivement préoccupée de la reproduction des conditions matérielles de vie. La consommation est désormais la tâche principale de la société ; la société est devenue "une vaste administration ménagère" » [...] « Simone Weil raconte la même histoire : celle de l'assomption de la consommation comme préoccupation principale alors qu'il existe tant d'activités plus élevées », *ibid.*, p. 33.

¹⁴⁴⁴ « Leur refus de prendre en considération les nouvelles significations acquises par le concept au XIX^e et XX^e siècle, les nouvelles attentes placées sur le travail en matière de réalisation et d'expression de soi, que celles-ci soient ou non utopiques, les place très en décalage avec la situation contemporaine, qui se caractérise notamment par une inversion presque totale par rapport aux catégories arendtiennes : la "politique" est tenue en faible estime alors que la sphère du travail, même décevante, est particulièrement valorisée, particulièrement dans les sociétés occidentales, le travail étant considéré comme "très important" et les attentes d'auto-réalisation dans le travail très élevées », *ibid.*, p. 38.

¹⁴⁴⁵ « L'économie mécanisée employait une main-d'œuvre nombreuse composée de personnes dont le corps intervenait pour compléter le travail de la machine en accomplissant un travail répétitif. » ; L'économie informatisée automatise le travail répétitif, et ne laisse à l'être humain que les tâches qui exigent du discernement, de l'initiative, de la "débrouillardise" et la capacité de répondre à des imprévus. », M. VOLLE, « De la main-d'œuvre au cerveau d'œuvre », in P. MUSSO, A. SUPIOT (dir.), *op. cit.*, p. 343.

¹⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 355.

Tel qu'il est pensé par les économistes, le travail est un facteur de production ; il « n'est qu'un moyen au service d'une fin infiniment plus importante qui est la production elle-même »¹⁴⁴⁷. Dans cette vision, le travail n'institue pas l'homme, il n'est pas « l'essence de l'homme »¹⁴⁴⁸. Dès lors, « le travail n'a aucun intérêt en lui-même »¹⁴⁴⁹. Cette vision où le travail est fondé sur la normativité économique comporte le risque de favoriser la réification de l'homme. Dans l'ordre du discours, l'expression « capital humain » témoigne de cette idée.

En réponse, la Déclaration de Philadelphie affirme la volonté d'asseoir l'ordre juridique sur la dignité pris dans une double dimension du corps et de l'esprit, subordonnant l'organisation économique au principe de justice sociale¹⁴⁵⁰. La finalité est alors la justice sociale dont l'économie n'est qu'un moyen. S'opposent alors deux conceptions, dont les fins l'une sont les moyens de l'autre.

593. La perceptive utilitariste du travail où les TIC sont un vecteur d'accélération de la production laisse apparaître une visée économique dominante. Dans la résolution sur une politique industrielle européenne globale sur l'intelligence artificielle et la robotique adoptée le 19 février 2019¹⁴⁵¹, le Parlement européen analyse le travail à l'ère de l'intelligence artificielle et de la robotique par le prisme de l'employabilité et de la productivité. Le potentiel de gain de productivité est souligné tandis que les principales préoccupations se concentrent sur l'emploi et les besoins d'accompagnement à la reconversion pour minimiser les risques de perte d'employabilité. En d'autres termes, il s'agit principalement d'adapter l'emploi pour soutenir la productivité.

Les bénéfices pour le travail sont soulignés en termes de réduction d'exposition de l'homme à des conditions nocives et dangereuses et de création d'emploi de qualité et décent. S'il convient en effet d'admettre que la robotique peut apporter des solutions visant à réduire la dangerosité de certaines activités pour l'homme¹⁴⁵² ; la position du Parlement européen, qui

¹⁴⁴⁷ D. MÉDA, « Une histoire de la catégorie de travail », in Ch. LAVIALLE, *op. cit.*, p. 46.

¹⁴⁴⁸ « Cela est en totale contradiction avec la seconde dimension du travail, comme essence de l'homme, qui est aussi fortement présente dans nos représentations communes. Dans celle-ci, le travail n'est pas un moyen en vue d'une autre fin, il est la fin lui-même, l'exercice du vrai travail est tout simplement une jouissance puisque dans celui-ci j'exerce pleinement mon individualité et mon caractère d'être social. », *ibid.*

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*

¹⁴⁵⁰ En ce sens : A. SUPIOT, *op. cit.*, pp. 21-24.

¹⁴⁵¹ Parlement européen, résolution précitée.

¹⁴⁵² Pierre-Yves Verkindt illustre cette hypothèse dans le cas de « l'utilisation des drones [qui] permet d'assurer la surveillance de zones de l'entreprise potentiellement dangereuses sans obliger des travailleurs à s'y rendre », P.-

voit dans les développements de l'intelligence artificielle, la création d'emploi de qualité doit toutefois être tempéré.

Cette vision édulcorée, embrassant les analyses qui présentent le travail débarrassé des tâches ingrates pour n'être plus que créativité, occulte une autre réalité du travail : celle des travailleurs pourtant indispensables au développement de l'intelligence artificielle. Il s'agit de ceux qu'il est communément admis d'appeler « les travailleurs du clic », ces micro-travailleurs dont l'activité précaire et fragmentée¹⁴⁵³ et ceux qui par leurs usages produisent gratuitement des données de masse¹⁴⁵⁴ dont la captation crée « la florissante *data economy* »¹⁴⁵⁵.

Le discours sur la créativité individuelle libérée des tâches ingrates occulte également la dimension collective de l'intelligence au travail. « Les récents travaux en biologie évolutionniste de Joseph Henrich [...] démontre que le succès écologique de notre espèce est moins dû à notre intelligence intrinsèque qu'à notre "cerveau collectif" qui fonctionne suivant un principe d'accumulation culturelle basé sur la quantité et la qualité des liens entre les individus »¹⁴⁵⁶. En d'autres termes, le lien social est déterminant pour l'humanité. Or, le développement des assistants communicationnels numériques qui opère un remplacement du lien social par un lien technique éclaire d'un nouveau jour les enjeux sur la fabrique du lien social. Le « désengagement relationnel »¹⁴⁵⁷ qui en résulte va à l'encontre de la solidarité organique décrite par Durkheim, faite de lien d'interdépendance et de complémentarité.

594. Souligner ces enjeux vise à nourrir la réflexion juridique sur la protection de la personne au travail. L'efficacité économique met à distance certains aspects de l'individu au travail. Le discours utilitariste axé sur les gains de productivité porte une vision du travail expurgée de sa dimension sociale. La marchandisation du travail, c'est-à-dire son intégration dans le marché en tant que marchandise sous le nom de « force de travail » affecte nécessairement « l'individu

Y. VERKINDT, « Ambivalences et promesses de l'intelligence artificielle dans le champ de la santé et de la sécurité des travailleurs », in P. ADAM, M. LE FRIANT, Y. TARASEWICZ (dir.), *op. cit.*, p. 205.

¹⁴⁵³ « Selon un rapport publié ce vendredi par des chercheurs de Télécom Paris Tech et du CNRS, l'Hexagone compterait au moins 260 000 de ces "micro-travailleurs" se connectant occasionnellement sur une des 23 plateformes dédiées », L. MEDIAVILLA, « L'explosion des "travailleurs du clic" en France », *Les Échos* [en ligne], le 24 mai 2019, [consulté le 5 janvier 2020] ; pour une analyse du microtravail : A. A. CASILLI, *op. cit.*, pp. 119-161.

¹⁴⁵⁴ Antoine A. CASILLI analyse les méthodes de qualification, monétisation et automatisation utilisées par les médias sociaux visant à utiliser les informations produites par les usagers « pour entraîner les algorithmes ou constituer les bases de données nécessaires à d'ambitieux programmes de *deep learning* », *ibid.*, p. 204.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 197.

¹⁴⁵⁶ Y. FERGUSON, article précité.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*

humain qui se trouve porteur de cette marchandise particulière »¹⁴⁵⁸. De son côté, le droit, pour d'autres raisons, a également contribué à la distinction du travail et du travailleur.

2 - Travail et travailleur : une distinction historique nécessaire mais fictive

595. Cette fiction dérive de la « nature particulière de l'objet du contrat de travail »¹⁴⁵⁹. Elle opère « une séparation du travailleur qui s'oblige et du travail qui est l'objet de son obligation »¹⁴⁶⁰. La fiction qui en découle, « conduit à considérer le salarié à la fois comme sujet et comme objet du contrat »¹⁴⁶¹. Elle trouve sa source au moment de la révolution industrielle (a). Cette distinction correspond à la vision marchande du travail assimilé à la force de travail et occulte la personne au travail (b).

a – Une distinction historiquement fondée

596. Historiquement, le droit n'a pas prévu le contrat de travail. L'article 1710 Code civil vise le contrat de louage de service ; l'objet de l'échange est la rémunération contre la mise à disposition de la force de travail. Il s'agit d'un échange de nature réelle, un « rapport égalitaire de type commercial »¹⁴⁶² : le travail est un objet-marchandise qui s'acquiert contre rémunération. L'ouvrier en tant que sujet n'existe pas dans cet échange, seule sa force de travail est louée (corps-machine). En l'absence de sujet de droit, il ne peut exister de relation de subordination. Pour certains auteurs ultra-libéraux, la subordination n'existe pas car cela serait contraire à l'idée de citoyens : « l'ouvrier n'est que le vendeur d'une matière première nécessaire à la fabrication du produit manufacturé »¹⁴⁶³.

597. Cette conception civiliste du travail est remise en cause à partir de la fin du 19^e siècle. Cette période est traversée par de profonds bouleversements. Les années 1880-1900 marquent une rupture du point de vue économique du fait de l'arrivée de l'électricité, du pétrole et du

¹⁴⁵⁸ K. POLANYI, *La grande transformation*, Gallimard, 1983, p.123.

¹⁴⁵⁹ A. SUPIOT, *Le droit du travail*, *op. cit.*, pp. 31-32.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*

¹⁴⁶¹ *Ibid.*

¹⁴⁶² J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 170.

¹⁴⁶³ J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 170.

développement de la chimie. Les progrès techniques permis s'accompagnent d'une nouvelle organisation du travail avec les théories de Taylor. Ces mutations économiques et technologiques se répercutent sur le droit. À cette époque « le droit tout entier subit l'onde de choc de contextes nouveaux »¹⁴⁶⁴. Les concepts liés à l'application d'un contrat de droit civil (autonomie de la volonté, équilibre entre les parties) ont atteint leurs limites et « le décalage entre droit et réalité sociale, entre normes positives et justices est tel que la crédibilité même de la normativité est en cause »¹⁴⁶⁵.

La reconnaissance par la jurisprudence¹⁴⁶⁶ de la subordination juridique implique un renversement de la conception libérale du contrat de louage. Le contrat change de nature pour devenir un contrat personnel où l'objet n'est plus un échange de biens mais une relation entre individus dans laquelle le travailleur devient sujet¹⁴⁶⁷.

598. Ce détachement du travailleur et du travail mis en œuvre par le contrat de travail crée une fiction juridique « rendue soutenable par le droit social qui a conféré aux salariés le minimum de sécurité physique et économique nécessaires au maintien de leur capacité de travail sur le temps long de la vie humaine »¹⁴⁶⁸. Le travailleur est un sujet de droit ; à ce titre il est titulaire de droits et d'obligations. Par le travail, il n'abandonne pas les droits fondamentaux et la subordination qui découle du contrat de travail est circonscrite au seul exercice du travail.

599. À la révolution industrielle, la question de la soutenabilité de la condition ouvrière a donné lieu à de nouvelles constructions juridiques. À son tour, la révolution numérique est également à l'origine de la crise du travail, suivie de celle du Droit¹⁴⁶⁹. En réponse, le Droit tente d'imaginer de nouvelles réponses.

¹⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 161.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶⁶ Cass. civ., 6 juillet 1931, *Bardou*.

¹⁴⁶⁷ J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 170.

¹⁴⁶⁸ A. SUPLOT, *La Gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 353.

¹⁴⁶⁹ En ce sens : A. SUPLOT, *Le travail n'est pas une marchandise, Contenu et sens du travail au XXI^e siècle*, *op. cit.*, pp. 11-14, Alain Supiot identifie trois crises qui se superposent : celle du travail lié à la technologie, celle de l'écologie liée à la soutenabilité du modèle économique dominant et celle du Droit.

b - Travail et travailleur : une distinction fictive

600. La fiction juridique, qui a rendu acceptable la subordination, occulte le travailleur. En ce sens, deux éléments peuvent être avancés. D'une part, cette distinction ne tient pas compte du caractère *intuitu personae* du contrat et d'autre part, elle nie l'engagement du corps du travailleur dans le travail.

601. Le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun. À ce titre, il est conclu *intuitu personae* « dans la mesure où l'employeur ne considère pas seulement la prestation qu'il attend du contrat mais aussi la personne qui doit la lui fournir »¹⁴⁷⁰. En ce sens, l'erreur sur la personne dans le contrat de travail peut être cause de nullité¹⁴⁷¹. Le caractère *intuitu personae* du contrat de travail est discuté par certains auteurs qui préfèrent parler du « caractère personnel d'un contrat par lequel le travailleur se met à la disposition d'autrui »¹⁴⁷². Afin de lutter contre l'arbitraire, le choix du candidat à une offre d'emploi est encadré par les articles L. 1132-1 du Code du travail prohibant la discrimination à l'embauche et L. 1221-6 du Code du travail qui encadre les informations demandées au candidat. Néanmoins, il est impossible de nier l'*intuitu personae* qui résulte d'un entretien d'embauche et qui guidera le choix d'un employeur. Ainsi, à profil professionnel identique, la personnalité du candidat fera la différence¹⁴⁷³.

602. Outre, le caractère *intuitu personae* du contrat de travail, le sujet du contrat est le travailleur. La fiction juridique qui sépare le travail et le travailleur « place dans le domaine des biens, des

¹⁴⁷⁰ G. LOISEAU, « L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail », in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Études offertes à J. GHESTIN, p. 587.

¹⁴⁷¹ En l'espèce l'employeur reprochait au salarié de lui avoir caché la mise en liquidation judiciaire d'une société dont il était président-directeur général, information qui était de nature selon l'employeur à écarter sa candidature. Invoquant l'erreur sur la personne, l'employeur demande la nullité du contrat de travail. La Cour d'appel retient l'erreur sur la personne. La Cour de cassation censure la Cour d'appel qui aurait dû conclure à une erreur inexcusable. L'erreur peut constituer un vice du consentement dans le cadre du contrat de travail. En l'espèce l'erreur était admissible mais devait être écartée du fait que la condition du caractère excusable n'était pas remplie, Cass. soc., 3 juillet 1990, n° 87-40.349, Bull. 1990, V, n° 329, D. 1991. 507, note J. Mouly ; *RTD civ.* 1991, 316, obs. J. Mestre.

¹⁴⁷² M.-A. PEANO, « L'*intuitu personae* dans le contrat de travail », *Dr. soc.*, 1995, p. 129.

¹⁴⁷³ « Le droit ne peut saisir le non-dit, il ne peut appréhender la pensée aussi longtemps qu'elle ne s'est pas exprimée dans un acte matériel. Or, au stade du recrutement, il arrive un moment où le choix opéré par l'employeur va être déterminé par des impressions, voire des intuitions, et, en tout cas, par des appréciations subjectives et des préférences qui resteront inavouées, donc inaccessibles à la preuve d'une discrimination. Lors de l'entretien d'embauche, par exemple, le candidat devient un être visible dont l'apparence physique, l'attitude, les réactions, les paroles sont porteuses d'informations et font l'objet de jugements de valeur. », *ibid.*

choses négociables, le corps du travailleur, que notre droit interdit pourtant de traiter comme une chose »¹⁴⁷⁴. Du point de vue d'Alain Supiot, « le salarié engage son propre corps dans un rapport patrimonial »¹⁴⁷⁵. Il souligne que « cet engagement et des dangers qu'il recèle »¹⁴⁷⁶ sont à l'origine du droit du travail.

L'engagement du corps est tout autant physique que mental. Les travaux des ergonomes montrent que le corps est mobilisé au-delà de l'exécution des tâches constitutives du travail. Cet engagement subjectif est caractérisé par « l'écart irréductible entre le travail prescrit par l'organisation et l'activité réelle, qui renvoie à ce qui est effectué concrètement par le sujet pour atteindre les objectifs fixés »¹⁴⁷⁷. Pour répondre aux inévitables imprévus qui viennent parasiter les situations de travail, le salarié mobilise « cette intelligence du corps »¹⁴⁷⁸. Dès lors, « la conception du travail envisagée désigne avant tout un mode d'engagement de la personnalité dans la réalisation de tâches (professionnelles, mais aussi domestiques) préalablement définies par une organisation matérielle et sociale »¹⁴⁷⁹. Ces travaux montrent à quel point la distinction juridique du travail et du travailleur nécessaire dans l'économie marchande est éloignée à la réalité du travail.

Ainsi, le caractère *intuitu personae* et l'engagement du corps dans le travail démontrent le caractère fictif de la distinction du travail et du travailleur. La dignité apparaît comme une voie possible permettant de réconcilier travail et travailleur.

¹⁴⁷⁴ A. SUPIOT, *Le droit du travail*, op. cit., pp. 31-32.

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷⁷ I. GERNET, « Le corps au travail », *Champ psychosomatique*, 2008, vol. 51, n° 3, p. 117.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*

B - La dignité du travail : réconcilier travail et travailleur

603. Dignité et travail sont fréquemment associés dans le sens commun. Il n'est pas rare d'entendre que la dignité est au cœur du travail et inversement que le travail est facteur de dignité. Il faut s'écarter de ce discours commun, porteur de jugement de valeur, pour s'interroger sur la place de la dignité dans le droit du travail. Alors que les travaux en ergonomie montrent que c'est tout l'individu qui travaille, la dignité comme un principe fondateur du droit du travail permettrait de dépasser cette distinction entre le travail et le travailleur (1). Sa mise en œuvre par les juges reste toutefois délicate à opérer (2).

1 - La dignité au travail : un principe fondateur du droit du travail

604. Bien que le développement du concept de dignité s'enracine historiquement après la seconde guerre mondiale et la découverte des atrocités ayant conduit à l'incrimination de crime contre l'humanité¹⁴⁸⁰, l'idée de dignité irrigue déjà les premières lois sur le travail dès le 19^e siècle. Elle ressort de la volonté de lutter contre des conditions de travail qui ruinent la santé du travailleur, et qui, portent atteinte à la dignité de l'homme¹⁴⁸¹, en l'empêchant de cultiver son intelligence.

605. La dignité de la personne entretient une double parenté, d'abord avec la liberté, ensuite avec l'humanité. N'est digne que la personne libre ; l'asservissement ôtant sa dignité à la personne. En ce sens, la dignité est une condition de la liberté. Néanmoins, dignité et liberté ne se superposent pas. À ce propos, Bernard Edelman relève cette incomplétude notant que « si la dignité exige la liberté, la liberté n'est pas toute la dignité »¹⁴⁸².

Détachée de son lien avec la liberté, la dignité renvoie alors à l'humanité se présentant « comme la réunion symbolique de tous les hommes dans ce qu'ils ont de commun, à savoir leur qualité d'êtres humains »¹⁴⁸³. Dans cette dimension, la dignité institue l'homme dans

¹⁴⁸⁰ « C'est dans le cadre de la Seconde Guerre Mondiale, que l'on fit une terrible "découverte" : un régime inhumain tentait de détruire ce qu'il y a d'humain dans l'homme », M.-L. PAVIA, « La dignité de la personne humaine », in R. CABRILLAC, M.-A FRISON-ROCHE, Th. REVET (dir.), *op. cit.*, p. 154.

¹⁴⁸¹ P. FRIDENSON, *op. cit.*, p. 61.

¹⁴⁸² B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.*, 1997, p.185.

¹⁴⁸³ *Ibid.*

l'humanité ; elle en est le liant. Elle constitue le critère d'appartenance au genre humain. Ainsi exprimée, elle correspond « à l'essence de l'homme ; c'est ce qui permet de distinguer l'homme de l'animal et des choses en général »¹⁴⁸⁴

Ainsi posé la dignité au travail exprime la dignité de la personne humaine dont chaque salarié est porteur. Renvoyant à « la dignité de la personne en situation de travail subordonné »¹⁴⁸⁵ elle constitue le « socle commun fédérant les diverses protections des éléments physiques et psychiques de la personnalité de chacun »¹⁴⁸⁶.

606. Si la dignité de la personne humaine est devenue une préoccupation majeure du droit, elle n'est pas pour autant inscrite le Code du travail, tant que principe directeur du droit du travail. Seules ses atteintes sont sanctionnées par le Code du travail dans les cas de harcèlement moral¹⁴⁸⁷ et par le Code pénal qui réprime les faits constitutifs notamment de conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité¹⁴⁸⁸.

2 – Pour une mise en œuvre prétorienne raisonnée

607. Le contentieux est peu fourni et la mobilisation du principe à titre autonome dans les décisions de justice est rare. La Chambre sociale a néanmoins caractérisé l'atteinte à la dignité pour privation de moyens matériels permettant au salarié l'exécution de son travail. Les juges ont ainsi retenu que « le salarié, VRP ayant 15 ans d'ancienneté, avait été privé des moyens matériels d'exécution de ses tâches dans des conditions portant atteinte à sa dignité »¹⁴⁸⁹. Le salarié s'était vu imposer par l'employeur diverses mesures, notamment de quitter son bureau habituel pour un local isolé et sans téléphone et de prendre ses congés annuels pour une durée de cinq semaines, pour être finalement licencié pour faute grave.

Il faut toutefois noter que cette décision a été rendue alors même que les dispositions relatives au harcèlement n'étaient pas encore inscrites dans le Code du travail. La notion de harcèlement moral a été introduite dans le Code du travail par la loi de modernisation sociale

¹⁴⁸⁴ E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », *D.*, 2008, p. 2730.

¹⁴⁸⁵ P. ADAM, article précité.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*

¹⁴⁸⁷ Article L.1152-1 du Code du travail.

¹⁴⁸⁸ Article 225-14 du Code pénal.

¹⁴⁸⁹ Cass. soc., 16 juillet 1998, n° 96-41.480, inédit.

du 17 janvier 2002¹⁴⁹⁰. L'article L.1152-1 du Code vise une atteinte aux droits et à la dignité. À ce titre, Patrice Adam relève que la jurisprudence assimile les deux notions¹⁴⁹¹.

608. À nouveau de façon autonome, indépendamment de faits constitutifs de harcèlement moral, la Chambre sociale a pu valider la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur pour atteinte à la dignité de la personne du salarié. Dans un arrêt du 12 février 2012¹⁴⁹², la Cour de cassation rattache le respect de la dignité du salarié à l'obligation d'exécuter le contrat de travail de bonne foi. Dans cette affaire, la salariée forme une demande tendant à la résiliation judiciaire de son contrat de travail faisant valoir qu'elle avait été victime de harcèlement moral et de comportements portant atteinte à sa dignité ; l'employeur ayant tenu à son égard, au cours d'un entretien, des propos indéliçats aux termes desquels il lui reprochait de dégager des odeurs nauséabondes en évoquant « une gangrène, une incontinence ». Les griefs de harcèlement moral et comportement indigne étaient soulevés par la salariée de façon distincte.

La Cour ne répond pas au grief de harcèlement qui nécessite pour être constitué des agissements répétés ; ce qui n'était sans doute pas le cas en l'espèce puisque les propos incriminés avaient été tenus lors d'un entretien.

Concernant le grief d'atteinte à la dignité, la Cour de cassation affirme que « l'atteinte à la dignité de son salarié constitue pour l'employeur un manquement grave à ses obligations ». L'atteinte à la dignité est caractérisée de façon autonome, indépendamment d'une situation avérée de harcèlement.

Dans la même veine, la Cour de cassation a validé le licenciement pour faute grave à l'encontre d'un salarié ayant tenu des « propos insultants, dégradants et contraires à la dignité humaine »¹⁴⁹³ à l'égard de ses collègues de travail handicapés. De tels propos pouvaient recevoir la qualification juridique d'injure définie à l'article 29, aliéna 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse comme « toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferment l'imputation d'aucun fait ». L'injure est caractérisée par « une agression verbale ou écrite contenant une part d'atteinte à la dignité »¹⁴⁹⁴. Les éléments

¹⁴⁹⁰ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JO n° 15 du 18 janvier 2002, p. 1008.

¹⁴⁹¹ P. ADAM, « Harcèlement moral, contour juridique de la notion », *Rep. trav.*, n° 196.

¹⁴⁹² Cass. soc., 7 février 2012, n° 10-18.686, Bull. civ. V, n° 58, *D.* 2012. 507 ; *ibid.* 901, obs. P. Lokiec et J. Porta.

¹⁴⁹³ Cass. soc., 8 avril 2009, n° 07-45.527.

¹⁴⁹⁴ Ch. BIGOT, *Pratique du droit de la presse*, Dalloz, 3^e éd., 2020, p. 237.

constitutifs de cette infraction contiennent l'atteinte à la dignité. Il faut se demander si la mention de la dignité humaine n'est pas surabondante.

Il faut en effet s'interroger sur la mobilisation de cette notion pour sanctionner des propos litigieux. Le rattachement à l'atteinte à la dignité devrait se limiter aux seuls cas où il n'existe aucune autre qualification juridique permettant d'incriminer les propos. Dans le cas contraire, le risque est élevé de dévoyer la dignité en une notion fourre-tout conduisant à la dénaturer et à lui faire perdre en force. À cet effet, la dignité en tant qu'essence de l'homme doit rester en surplomb pour continuer à irriguer le droit.

609. Telle qu'elle est prévue à l'article 225-14 du Code pénal, l'atteinte à la dignité renvoie bien davantage à l'idée de dignité entendue comme ce qu'est humain dans l'homme, ce qui le distingue de l'animal. Au sens de cet article, est incriminé le fait soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine.

La Chambre criminelle a ainsi retenu la responsabilité pénale à l'encontre d'un employeur pour comportement dégradant. Dans cet arrêt du 4 mars 2003, les juges relèvent que « la façon dont ce chef d'entreprise dirigeait ses salariés en ayant recours à des hurlements permanents, les vexations qu'il leur faisait subir en les insultant publiquement et en utilisant divers procédés inadmissibles pour les humilier, ainsi que les cadences et les conditions matérielles de travail qu'il leur imposait, faisant d'eux "le prolongement d'une machine-outil", étaient incompatibles avec la dignité humaine »¹⁴⁹⁵. L'atteinte à la dignité est constituée lorsque le salarié est victime d'un comportement qui tend à le réifier l'assimilant à l'état de machine-outil. Cet état le dénie en tant que personne à part entière.

¹⁴⁹⁵ Cass. soc., 4 mars 2003, n° 02-82.194, Bull. crim, n° 58, *D.* 2004, somm. 181, obs. Aubert-Monpeyssen ; *Dr. pen.* 2003, comm. 83, obs. Véron, *RSC* 2003. 561, obs. Mayaud.

Conclusion de la Section 2

610. Au sens formel, l'absence de hiérarchie entre les droits fondamentaux ne permet pas de distinction entre ceux qui sont d'ordre marchand ou non marchand, relatifs au domaine économique ou à la personne. Ainsi au sein de l'entreprise, les droits fondamentaux du salarié ne sont pas source de primauté ; ils entrent en concurrence avec la liberté d'entreprendre et le pouvoir de direction avec lesquels ils sont conciliés.

611. Face à cette relativité, le principe de dignité pourrait servir de boussole. Venant en surplomb, par renvoi à la conception de dignité par référence à l'humanité, il peut alors servir « de socle commun fédérant les diverses protections des éléments physiques et psychiques de la personnalité de chacun »¹⁴⁹⁶. Lorsque les TIC sont facteurs de dégradation de la santé du salarié, lorsque leur usage constitue une surveillance dégradante, il n'est pas interdit de penser que le principe de dignité fonde une protection afférente.

Ainsi, alors que le salarié engage tout son être dans le travail, bien au-delà de la « simple » force de travail, la notion de dignité humaine intervient pour irriguer la protection du salarié.

¹⁴⁹⁶ P. ADAM, « La “dignité du salarié” et le droit du travail », article précité.

Conclusion du Chapitre 1

612. Dans la société capitaliste, l'amélioration de la productivité, un facteur déterminant de la compétitivité des entreprises, s'appuie sur les innovations et l'organisation du travail. Cet objectif met donc en tension la technique et l'individu et conduit à se demander si, face aux TIC les droits fondamentaux sont des remparts effectifs.

Cette tension peut paraître surprenante puisque les TIC et les droits fondamentaux ne sont pas juridiquement sur le même plan. Les TIC appartiennent au monde des choses, tandis que les droits fondamentaux sont dévolus aux personnes prises au sens juridique du terme, c'est-à-dire titulaires de la personnalité juridique.

Cette tension s'explique par le fait qu'au sein de l'entreprise, les TIC entrent dans le capital. C'est alors par le biais de la propriété qu'elles entrent en tension avec les droits fondamentaux. En tant que propriétaires des TIC, les personnes détentrices de ce capital entendent faire valoir leur droit à un usage conforme à leur volonté ; ce faisant, elles mobilisent les droits fondamentaux associés à la libre-entreprise. Du point de vue d'Alain Supiot, cet espace technico-économique « va de pair avec l'utopie d'un monde plat, peuplé d'individus titulaires des mêmes droits et sans autres obligations que celles dont ils conviennent »¹⁴⁹⁷. Ce n'est pas un monde sans droit, c'est un monde où « la définition des droits de chacun n'aurait pas besoin de se référer à un principe de justice qui les transcende »¹⁴⁹⁸. Dès lors, les considérations économiques, les gains de productivité notamment promis par le développement de l'intelligence artificielle, peuvent être de nature à tempérer la primauté axiologique des droits fondamentaux envisagée sous l'angle de la justice sociale. En outre, leur primauté formelle ne peut être pleinement affirmée qui si elle est effective. Or, là encore il faut constater que les mécanismes de contrôle et leur justiciabilité ne sont pas à la hauteur des enjeux.

613. Si la fiction juridique qui a permis de détacher le travail du travailleur a rendu acceptable la subordination, elle a dans le même temps permis la conception marchande du travail occultant la dimension corporelle du travail. Cette décorporation du travail est renforcée à l'ère

¹⁴⁹⁷ A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie, La justice sociale face au marché total*, op. cit., p. 47.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*

numérique où la dimension immatérielle de la technique l'emporte. Appréhendé par les algorithmes, l'individu est traduit en données. Le risque est alors d'oublier qu'engageant dans le travail son corps et son esprit, le salarié met sa dignité à l'épreuve. Placée en surplomb la dignité participe à l'instauration d'un travail décent et concourt à l'idée de justice sociale ; elle offre une voie permettant de renforcer la protection du salarié. Ainsi que le souligne Alain Supiot, « renouer avec l'esprit de Philadelphie [...] n'implique nullement d'arrêter l'histoire [...] mais bien plutôt de penser l'actualité de la justice sociale »¹⁴⁹⁹. Ainsi, la Déclaration de Philadelphie, par sa volonté d'engager les États dans la construction d'un droit du travail garantissant sécurité physique et économique aux travailleurs, contribuait à « poser les états juridiques indispensables »¹⁵⁰⁰ au fonctionnement des marchés du travail garantissant des conditions de travail humainement viables.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 88.

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 60.

Chapitre 2

Les droits fondamentaux du salarié : un rempart à renforcer

614. La critique du taylorisme a mis en lumière les méfaits « du caractère dramatiquement réducteur du *Scientific management* qui dans l'ouvrier voit avant tout le “moteur” et bien peu l'humain »¹⁵⁰¹. De l'ère industrielle à l'ère numérique, les techniques ont certes évolué, la machine n'est plus faite de rouage et de métal mais le risque est toujours la disparition de l'individu, à présent calculé par la machine algorithmique¹⁵⁰². Alors que le contrat de travail et la subordination juridique sont les outils ayant servi de point d'ancrage à la prise en compte de l'individu au travail s'accompagnant d'un corrélat de protections, les transformations du travail et des conditions de travail issues de l'introduction des TIC dans l'entreprise ont affaibli cette conception du salarié protégé par le droit du travail¹⁵⁰³. La place prépondérante acquise par les TIC invite à rechercher le niveau de protection le plus élevé dans une perspective d'équilibre des pouvoirs.

615. Dans cette perspective, convoquer le principe de dignité permet alors d'insuffler la dimension humaine dans le travail. Cette logique trouve sa concrétisation dans les normes de l'OIT, à commencer par le traité de Versailles qui affirme en 1919 qu'« une paix durable ne peut être établie que sur la base de la justice sociale ». La déclaration de Philadelphie de 1944 va plus loin en affirmant que « le travail n'est pas une marchandise ». En d'autres termes, elle affirme que le social, fondement de la paix, doit s'autonomiser de l'économie. Concevoir le travail ainsi « humanisé » implique donc un détachement de la tutelle économique¹⁵⁰⁴ et

¹⁵⁰¹ J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 214.

¹⁵⁰² En ce sens : « Sans considérer ceci comme vain, nous voulons signaler ici avec force l'indifférence de ce “gouvernement algorithmique” pour les individus, dès lors qu'il se contente de s'intéresser et de contrôler notre “double statistique”, c'est-à-dire des croisements de corrélations, produits de manière automatisée, et sur la base de quantités massives de données, elles-mêmes constituées ou récoltées “par défaut” », A. ROUVROY, Th. BERNS, article précité.

¹⁵⁰³ « Une large part de l'histoire [du droit du travail] est ainsi celle d'une réintroduction de la personne humaine dans le cadre contractuel qui, à l'origine, ne l'appréhendait que sous l'angle d'une simple volonté abstraite, désincarnée, décorporisé. L'humain restait à la lisière du contrat de louage de service. Il n'en était ni l'ombre ni la part sombre. Il n'était dans le monde du droit que le néant. De ce vide glacial, [...], le droit du travail l'aura fait progressivement sortir. », P. ADAM, « Intelligence artificielle, dignité et droit du travail », in P. ADAM, M. LE FRIANT, Y. TARASEWICZ (dir.), *op. cit.*, p. 95.

¹⁵⁰⁴ Alain Supiot souligne que « le paradigme du travail-marchandise a conduit à la réduction du périmètre de la justice sociale aux termes quantitatifs de l'échange salarial - échange du temps de travail subordonné contre garanties de sécurité physique et économique - et à en exclure en revanche ces deux questions cruciales : comment

nécessite la définition d'un cadre juridique solide afin d'éviter l'effet purement déclaratoire et de garantir une protection effective. Par cette entreprise, il s'agit de défendre le sujet de droit pour éviter selon les termes d'Antoinette Rouvroy la dissolution de *l'homo juridicus* dans *l'homo numericus*¹⁵⁰⁵.

616. Garantir une protection effective est une préoccupation majeure de l'OIT qui reconnaît lors de la Déclaration de Philadelphie « l'obligation solennelle [...] de seconder la mise en œuvre, parmi les différentes nations du monde, de programmes propres à réaliser : [...] une protection adéquate de la vie et de la santé des travailleurs dans toutes les occupations ». Suivant cette même direction, la Cour de cassation affirme que « la dignité de la personne et la protection de sa santé physique et mentale au travail figurent au nombre des droits fondamentaux dont le respect s'impose dans l'entreprise »¹⁵⁰⁶ [...] et « la santé au travail dépasse dès lors la simple analyse des normes techniques dans lesquelles la matière pouvait sembler cantonnée pour être appréhendée de manière globale »¹⁵⁰⁷.

617. Dans l'optique de renforcer le degré d'effectivité de la protection des salariés, deux axes sont envisageables. D'une part, la convocation des principes énoncés par l'OIT permet d'asseoir en droit positif la place de la personne au travail (Section 1) ; d'autre part, la prise en compte du travail dans tous ces aspects ouvre la voie à une appréhension globale du droit à la santé au travail (Section 2).

et pourquoi travailler ? Autrement dit à en exclure le travail *en tant que tel*, son contenu et son sens. », A. SUPIOT, *Le travail n'est pas une marchandise, Contenu et sens du travail au XXI^e siècle*, op. cit., p. 28.

¹⁵⁰⁵ A. ROUVROY, « *Homo juridicus* est-il soluble dans les données ? », in E. DEGRAVE, C. de TERWANGNE, S. DUSSOLEIR, R. QUECK, (dir.), *Droit, normes et libertés dans le cybermonde*, Liber Amicorum Y. POULLET, Larcier, 2018, p. 442.

¹⁵⁰⁶ COUR DE CASSATION, *La Cour de cassation et la construction juridique européenne*, Rapport annuel 2006, La Documentation française 2007, p. 221.

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*

Section 1 – Renforcer la place de la personne au travail

618. Ubiquité, agilité, horizontalité forment le champ lexical de l'entreprise en réseau¹⁵⁰⁸. Le dépassement des frontières, la dimension synchrone des temps qui prévalent pour les organisations sont également les standards en cours chez les individus. Concernant le salarié, les TIC repoussent les frontières construites entre vie privée et vie professionnelle et le travail nomade décompose les espaces dédiés au travail. Elles forment un système dans lequel s'inscrivent l'ensemble des relations humaines qu'elles soient sociales ou économiques. La transparence, devenue la norme¹⁵⁰⁹, repousse les frontières de l'intime. Ces transformations technologiques amènent à conclure à la disparition des frontières. Il faut alors s'interroger sur la pertinence d'une protection construite sur ces fondements pour réfléchir à une protection englobant l'individu dans sa totalité. À cet effet, le travail décent ouvre des perspectives à explorer (§1).

619. Communiquer, s'exposer, partager des informations forment un autre versant de la société contemporaine. Ces flux de circulation de l'information sont à l'origine de la mise en données du monde. Ils permettent à partir des données collectées et traitées la construction de l'identité numérique des individus. Le droit à la protection des données à caractère personnel, qui est né en réponse à cette situation, est structurée autour de l'autodétermination informationnelle et du consentement visant à garantir à l'individu la maîtrise des données le concernant. L'effectivité pour le salarié de ces valeurs cardinales suppose une prise en compte des contraintes propres au monde de l'entreprise (§2).

¹⁵⁰⁸ « La transgression des frontières est leur corollaire, qu'elles soient physiques ou fonctionnelles. Le local, le national et le global s'emboîtent. La conception, la production et la commercialisation sont pensées de façon synchrone », A. MATTELART, *op. cit.*, p. 88.

¹⁵⁰⁹ « Aujourd'hui, nous sommes moins confrontés à une "botte de foin" qu'à un pavillon en verre-miroir, un espace où nous nous exposons en permanence aux yeux de presque tout le monde, et où nous observons en même temps les autres ; un espace où nous pouvons à tout moment regarder les autres, consulter leur Tumblr ou leur page Google Scholar, suivre leurs amis Facebook, vérifier à qui leur LinkedIn est associé, les observer, les surveiller, voire les traquer ; un espace où nous prenons plaisir à les observer, à les "suivre" et à "partager" leurs informations, même lorsque, à notre insu, nous partageons chacune de nos frappes sur le clavier ; un espace où nous nous exhibons et devenons des voyeurs, comme les médias sociaux et les enseignes qui nous suivent, ainsi que les agences de renseignement et de sécurité. », B.E. HARCOURT, *La société d'exposition, Désir et désobéissance à l'ère numérique*, Seuil, 2020, p. 107.

§ 1 - De la frontière entre les vies privée et professionnelle au travail décent

620. À l'ère numérique, la disparition des frontières est une tendance lourde qui concerne tant la sphère étatique que la sphère privée¹⁵¹⁰. De la même façon, les TIC abolissent la frontière entre la sphère privée et professionnelle. Un certain nombre d'entreprises du numérique remettent en question la notion même de vie privée¹⁵¹¹. Le droit a également participé aux brouillages des frontières. Les juges de la Chambre sociale mobilisant une notion civiliste pour protéger le salarié du pouvoir patronal ont pris appui sur l'article 9 du Code civil. Or, l'application stricte de l'article 9 proclamant à l'alinéa premier le droit au respect de la vie privée ne suffisant pas à garantir une protection dans toutes les situations de vie au travail, les juges ont consacré la notion de vie personnelle par une sorte de « forçage » de l'article 9. Cette lecture extensive s'est trouvée renforcée par la CEDH qui voit dans les relations professionnelles « le droit de nouer et de développer des relations avec des semblables »¹⁵¹² amenant à une nouvelle distinction entre vie privée personnelle et vie privée sociale¹⁵¹³. Le droit au respect de la vie privée apparaît alors comme une protection aux frontières mobiles (A).

621. Face à l'amalgame des dimensions privée et professionnelle de la vie du salarié, élargir la focale pour passer de la protection de la vie par sphère à une protection qui englobe l'ensemble des vies du salarié est une voie à explorer. Le travail décent, qui implique le dépassement des frontières, est un travail nécessairement respectueux des vies privée, familiale, personnelle et professionnelle. Le salarié est une personne au travail : le travail salarié n'a pas pour conséquence l'abandon des droits de la personnalité. Se faisant « le travailleur n'aliène pas sa personne »¹⁵¹⁴, il se contente de mettre « à la disposition de l'employeur sa force de travail, mais non sa personne »¹⁵¹⁵ (B).

¹⁵¹⁰ En ce sens : *ibid.*, pp. 163 et s.

¹⁵¹¹ « Vinton Cerf, en sa qualité de chef évangéliste chez Google, affirmait que d'un point de vue historique “la vie privée pourrait être une anomalie” », A. A. CASILLI, « Quatre thèses sur la surveillance numérique de masse et la négociation de la vie privée », in Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 425 ; « Dans une phrase restée tristement célèbre, le fondateur de Facebook, Mark Zuckerberg, a affirmé en 2010, que la protection de la vie privée n'était plus vraiment la norme sociale », B.E. HARCOURT, *op. cit.*, p. 150.

¹⁵¹² CEDH, *Niemietz c/ Allemagne*, arrêt précité.

¹⁵¹³ CEDH, 28 août 2009, req. n° 26713/05, *Bigaeva c/ Grèce*, §22, *AJDA* 2009. 1936, chron. J.-F. Flauss.

¹⁵¹⁴ J. SAVATIER, article précité.

¹⁵¹⁵ J. RIVERO, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1982, p. 424.

A – L'érosion de la vie privée à l'ère numérique

622. Alors que les TIC ont fait entrer l'individu dans l'ère de la transparence, chaque instant de vie, du plus intime au plus banal, peut et doit être connu de tous. Selon l'analyse de Bernard E. Harcourt, l'ère du numérique a conduit à « l'émergence de la société d'exposition » s'accompagnant « d'une érosion graduelle de valeurs analogiques autrefois très prisées, comme celles de la vie privée »¹⁵¹⁶. Il note que la notion de vie privée a évolué d'une conception intimiste à une conception mercantile¹⁵¹⁷. Cette transition a eu pour corolaire un affaiblissement de l'importance donnée à la vie privée.

Ainsi, alors que la vie privée demeure un élément déterminant de la construction psychique, elle a acquis dans la société de l'information, une valeur marchande qui incite à son exploitation. Entre la dimension économique qui défend la transparence de la vie privée et la dimension psychique qui plaide pour l'opacité se noue une évidente tension.

623. Cette propension à exposer sa vie privée relève de la liberté individuelle. L'individu choisit ce qu'il décide de divulguer ; il a la maîtrise du secret de sa vie privée. Dès lors que l'exposition de soi est volontaire, elle fait tomber le secret. Ce constat amène alors à s'interroger sur l'existence même de la notion de vie privée (1).

624. À cette première interrogation s'ajoute l'éclatement de la vie en de multiples dimensions : privée, personnelle, familiale, professionnelle. Cette fragmentation démultiplie les situations aux frontières mouvantes et donne naissance à une protection en millefeuille (2).

¹⁵¹⁶ B. E. HARCOURT, *op. cit.*, p. 150.

¹⁵¹⁷ « Commentant une enquête sur les consommateurs britanniques – qui révélait que la plupart des personnes interrogées “autorisaient les entreprises à utiliser leurs données personnelles à la condition de recevoir quelque chose en échange” -, Kevin Haggerty et Richard Ericson notent qu’“aujourd’hui la vie privée est moins une limite à franchir qu’un espace de négociation où l’on échange des données privées contre des produits, de meilleurs services ou des offres spécialisés” », *ibid.*

1 - L'existence de la vie privée en débat

625. La vie privée a-t-elle encore une réalité qui justifie une protection par le Droit ? La notion même de vie privée est remise en question par les entreprises intervenant dans l'économie numérique qui en minimisent l'importance. Pour Serge Proulx, la collecte des données a transformé la vie privée en enjeu économique donnant naissance au capitalisme informationnel¹⁵¹⁸. Si la marchandisation de la vie privée qui en résulte n'est pas directement corrélée avec son recul, Bernard E. Harcourt relève toutefois une relation de cause à effet jetant le doute sur la valeur de la vie privée¹⁵¹⁹.

626. Pour trouver les raisons justifiant de continuer à protéger le droit au respect de la vie privée, il faut sortir du champ économique.

En premier lieu, protéger le droit au respect de la vie privée consiste à garantir son secret, appréhendé comme un droit à l'opacité c'est-à-dire comme le droit de se soustraire au regard d'autrui. Dans cette acception, il s'agit d'« une condition nécessaire à toute recherche d'«authenticité» de soi-même et des rapports avec autrui »¹⁵²⁰. Cet aspect du droit au respect de la vie privée, qui présuppose l'isolement et nécessite d'être circonscrit dans un espace délimité au domicile, n'épuise pas la notion. D'une part, la jurisprudence admet que le droit au respect de la vie privée peut s'exercer dans un espace public, qui peut être celui de l'entreprise et, d'autre part, avec le développement des TIC, l'espace clos du domicile n'empêche pas l'exposition de soi. De manière paradoxale, ce constat ne fait pas disparaître ce besoin d'opacité

¹⁵¹⁸ « Ainsi, une multitude d'utilisateurs ordinaires – à la fois producteurs de contenus (content producers), du fait des gestes qu'ils posent dans le Web participatif (ne serait-ce qu'un like dans Facebook), et fournisseurs de données (data providers) et de métadonnées, du fait des traces qu'ils laissent à travers leur parcours dans l'univers internet – apportent en masse des contributions minuscules vers les plateformes qui sont pour la plupart la propriété des GAFAs. L'ensemble de ces contributions minuscules est capté par les entreprises propriétaires des plateformes : ces traces sont ainsi computées, accumulées dans des bases relationnelles de données. Celles-ci constituent le corpus à partir duquel les firmes construiront leur “valeur économique”, prenant la forme des divers profils d'utilisateurs qui seront à la base des stratégies publicitaires et des approches marketing personnalisées devenues la marque de commerce du capitalisme numérique dont le slogan pourrait être : “mettre les utilisateurs au travail”. Il s'agit d'un “travail du consommateur” non reconnu comme tel et, bien sûr, non rémunéré. », S. PROULX, « Usages participatifs des technologies et désir d'émancipation : une articulation fragile et paradoxale », *Communiquer*, 2015, n° 13, pp. 67-77.

¹⁵¹⁹ B. E. HARCOURT, *op. cit.*, p. 152.

¹⁵²⁰ Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel : une réévaluation de l'importance du droit à la protection de la vie privée pour la démocratie », in K. BENYEKHLEF, P. TRUDEL. (dir.), *État de droit et virtualité*, Thémis, Montréal, 2009, pp. 192-193.

nécessaire à la construction de la personnalité et Antoinette Rouvroy souligne l'importance du secret dans la construction psychique de l'individu¹⁵²¹. Dès lors, la protection du droit au respect de la vie privée conserve toute sa pertinence. Dans cette dimension, elle s'exprime sous l'angle de l'abstention de toute immixtion portant atteinte au respect de la vie privée.

En second lieu, s'ajoute à cette première facette de la vie privée prise sous l'angle du secret, une autre facette : celle de la liberté de la vie privée. Cette liberté n'est pas celle qui consiste à choisir de s'exposer ; elle constitue au contraire, celle qui consiste à vouloir conserver des aspects privatifs de la vie. À ce titre, Pierre Kayser note qu'« une des caractéristiques majeures d'un État totalitaire est...l'abolition de toute frontière entre vie sociale et vie privée »¹⁵²². En ce sens, la transparence est source de dictature. La vie privée apparaît alors comme une condition de la liberté. Pierre Kayser illustre cette idée en indiquant que la fait de savoir qu'une correspondance peut être exposée au regard d'autrui prive leur correspondant du libre-échange des opinions et des sentiments¹⁵²³.

En résumé, la protection du droit au respect de la vie privée peut être qualifiée d'« hybride » : « défensive » contre toute ingérence de l'extérieur, conçue comme la défense d'un « jardin clos » garant d'un minimum nécessaire à l'épanouissement de l'individu, elle devient « offensive » et se transforme en exigence de reconnaissance par l'État des conditions de libre épanouissement de toutes les libertés individuelles, nécessaires à l'épanouissement de chacun »¹⁵²⁴. Ainsi, malgré ce que d'aucuns peuvent vouloir laisser croire le droit au respect de la vie privée est toujours une condition de la démocratie même à l'ère du numérique et son intérêt loin de disparaître s'en trouve renouveler.

Au sein de l'entreprise, les TIC ont contribué à une large remise en question de l'exercice de la vie privée et de la protection qui en découle ainsi qu'à la décomposition des espaces de lieux de travail. En outre, la vie du salarié est éclatée en de multiples facettes. Dès lors, si la vie privée est toujours effective et sa protection nécessaire, sa difficile traduction au sein de l'entreprise oblige à s'interroger sur sa pertinence.

¹⁵²¹ « Le journal intime dans lequel le sujet cherche à nouer les fils d'une relation à lui-même suppose le secret : il est le lieu d'écriture dans lequel la personne, à l'abri du regard et du jugement d'autrui, consigne les traces de son existence quotidienne et tente par-là de nouer les fils d'une relation à soi plus "authentique", débarrassée du masque social que la personne s'impose fût-ce inconsciemment, au contact d'autrui. », A. ROUVROY, « Réinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la société de l'information », in S. LACOUR (dir.), *op. cit.*, pp. 249-279.

¹⁵²² P. KAYSER, *op. cit.*, p. 16.

¹⁵²³ En ce sens : *ibid.*, p. 17.

¹⁵²⁴ Y. POULLET, A. ROUVROY, *op. cit.*, p. 204 ; En ce sens également : V. MAZEAUD, article précité.

2 - La fragmentation de la vie du salarié

627. Pendant le travail, le droit prête plusieurs vies à la personne salariée. Vie professionnelle au temps et lieu de travail, vie privée en dehors du travail. De cette différenciation il résulte que le travail relève de l'employeur ; ce qui ne concerne pas le travail ne relève pas de l'employeur. Cette distinction initialement binaire et qui avait pour effet de protéger les immixtions de l'employeur dans un espace-temps extra-professionnel s'est densifiée, complexifiée à l'envi notamment du fait des TIC. Dès lors, maintenir la cohérence d'un tel édifice juridique s'apparente à un exercice d'équilibriste.

628. La prise en compte par le droit de ces deux dimensions, professionnelle et extra-professionnelle, oblige à assortir d'exceptions chaque principe posé. Ainsi, d'une part, l'employeur ne peut par principe s'immiscer dans la vie privée, personnelle et familiale du salarié sauf restrictions justifiées par la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché¹⁵²⁵ ou sous réserve d'un fait, commis en dehors du temps du lieu de travail, constitutif d'un trouble caractérisé dans l'entreprise¹⁵²⁶. D'autre part, pendant l'exécution de son contrat de travail, bien que par principe, le salarié soit à la disposition de l'employeur, et qu'il se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles¹⁵²⁷, il dispose d'une d'autonomie irréductible placée hors du champ contractuel.

Précurseur, le Professeur Desplax soulignait, dans un article publié en 1963, le caractère artificiel d'une cloison étanche entre vie professionnelle et vie extra-professionnelle¹⁵²⁸. L'absence d'étanchéité s'explique par le fait que la personne humaine ne se cloisonne pas ; elle forme un tout indissociable où s'entremêlent des expériences de vie¹⁵²⁹.

¹⁵²⁵ Article L.1121-1 du Code du travail.

¹⁵²⁶ *Supra* n° 149.

¹⁵²⁷ Article L.3121-1 du Code du travail.

¹⁵²⁸ « Il y aurait quelque artifice et quelque danger à vouloir établir une cloison trop étanche entre la vie extra-professionnelle et la vie professionnelle du salarié [...]. Il est inévitable que certaines interférences viennent à se produire », M. DESPAX, « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail, *JCP*, 1963, I, p. 1776, cité par P. ADAM, « Sur la vie personnelle : cinquante ans après Despax, Regards sur quelques arrêts rendus en 2011 », *RDT*, 2012, p. 100.

¹⁵²⁹ « Du point de vue psychique comme du point de vue social, la séparation entre travail et hors travail relève d'une conceptualisation erronée », Ch. DEJOURS, F. BÉGUE, *Suicide au travail : que faire ?*, Presses universitaires de France, 2009, p. 30, cité par P. ADAM, « Vie personnelle/vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? (petit exercice de jardinage juridique) », *Dr. ouvr.*, juillet 2013, p. 432.

629. À ce premier constat, il faut ajouter que la dimension personnelle de la vie du salarié s'est densifiée. Initialement cantonnée à la vie privée, la Chambre sociale, sous l'impulsion de Philippe Waquet¹⁵³⁰, a adopté l'expression de vie personnelle en 1997¹⁵³¹, ensuite enrichie d'une dimension familiale. La CEDH a également contribué à son élargissement. Dans l'affaire *Niemietz*¹⁵³² la Cour « juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de “vie privée” »¹⁵³³, et souligne qu'il « serait trop restrictif de la limiter à un “cercle intime” »¹⁵³⁴. Elle ajoute « qu'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 »¹⁵³⁵. Elle souligne, à ce titre, que « 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 »¹⁵³⁶.

630. À ce second constat, il faut encore ajouter la complexification de la séparation des vies personnelle et professionnelle. La CEDH dans l'affaire *Niemietz* admet qu'« on ne peut pas toujours démêler ce qui relève du domaine professionnel de ce qui en sort »¹⁵³⁷. Elle fait le même constat pour le terme « domicile » admettant « qu'il peut, là aussi, se révéler malaisé d'établir des distinctions précises : on peut mener de chez soi des activités liées à une profession ou un commerce, et de son bureau ou d'un local commercial des activités d'ordre personnel »¹⁵³⁸. Dans l'affaire *Bigaeva*, la Cour note 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 »¹⁵³⁹.

¹⁵³⁰ Pour Philippe Waquet l'expression « vie personnelle désigne « les questions [...] ne relevant pas directement de la vie professionnelle », Ph. WAQUET, « Vie personnelle, vie professionnelle du salarié », article précité.

¹⁵³¹ Cass. soc., 14 mai 1997, arrêt précité.

¹⁵³² CEDH, *Niemietz c/ Allemagne*, arrêt précité.

¹⁵³³ *Ibid.*, §29.

¹⁵³⁴ *Ibid.*

¹⁵³⁵ *Ibid.*

¹⁵³⁶ *Ibid.*

¹⁵³⁷ *Ibid.*

¹⁵³⁸ *Ibid.*, §30.

¹⁵³⁹ CEDH, *Bigaeva c/ Grèce*, arrêt précité, §23.

631. Cette difficulté manifeste à séparer les vies personnelle et professionnelle est renforcée par l'influence des TIC ajoutant ainsi une couche de complexité. Les outils informatiques nomades remettent en question l'unité de temps et de lieu sur laquelle est fondée la notion de temps de travail effectif. « Évasion du bureau »¹⁵⁴⁰, « invasion de la vie privée et familiale par le travail »¹⁵⁴¹, tout est possible car toutes les lignes sont dissoutes. Il en résulte une incertitude sur la qualification des temps et une porosité des lieux peu propices à une protection par sphère de la vie du salarié.

632. À l'aune de ces constatations il convient de s'interroger sur l'existence et la pertinence de cette distinction¹⁵⁴². En d'autres termes, cette distinction est-elle encore adaptée à son objet ? Quelle est « son aptitude à atteindre les finalités qui lui sont assignées par l'ordre juridique »¹⁵⁴³ ? La finalité de cette distinction est la protection de la personne au travail, d'une part, contre les immixtions de l'employeur hors du champs contractuel et, d'autre part, contre l'exercice du pouvoir de direction dont les ordres, directives ou décisions seraient injustifiés et disproportionnés. Atteindre cette finalité reste évidemment nécessaire mais suppose que la distinction sur laquelle elle est fondée, corresponde à la réalité. Or, les TIC montrent que l'intrication des temps et des lieux de vie personnelle et professionnelle est permanente. Se pose alors un problème d'effectivité de la règle de droit.

Sans nier l'importance de la notion de vie privée dont les auteurs, à rebours de certains discours, continuent de souligner la pertinence, il convient tout de même de réfléchir à un autre angle de protection juridique de la personne au travail. Dans cette recherche, les normes internationales de l'OIT constituent une source d'inspiration. La personne au travail peut-elle être protégée sous l'angle du travail décent ?

¹⁵⁴⁰ J.-E. RAY, J.-P. BOUCHET, article précité.

¹⁵⁴¹ *Ibid.*

¹⁵⁴² « La reconnaissance du droit au respect de la vie privée ne constitue plus, aujourd'hui, une réponse juridique suffisante au délitement des frontières, même si elle a beaucoup œuvré, au fil des années, à la protection de la vie personnelle du salarié, non seulement en dehors de l'entreprise, mais aussi au temps et au lieu de travail. », P. LOKIEC, *op. cit.*, p. 49.

¹⁵⁴³ P. ADAM, article précité.

B - La protection de la personne au travail par le travail décent

633. Le travail participe, à travers la construction de l'identité professionnelle, à la construction de l'identité propre à chaque individu. Suivant un schéma identique à celui de la construction de l'identité¹⁵⁴⁴, l'identité professionnelle se construit à partir de trois dimensions, d'abord dans un rapport à soi-même, ensuite dans le regard des autres et enfin dans un rapport à autrui. Multidimensionnel, le travail permet la réalisation de soi, une reconnaissance par les pairs et une reconnaissance par la société. Si le travail concourt à instituer l'homme, seul le travail décent procure la dignité à laquelle tout être humain est en droit de prétendre. Le terme décent renvoie à l'homme saisi dans sa dignité. Par ce changement de focale, il transcende les frontières de vie privée et professionnelle.

Réfléchir à la protection de la personne au travail sous l'angle du travail décent suppose dans un premier temps d'identifier un fondement juridique (1) ; puis dans un second temps de donner un contenu à la notion (2).

1 - Consacrer un droit au travail décent : la recherche d'un ancrage

634. Le travail décent prend source en 1999, avec l'annonce par le Directeur général de l'OIT du lancement d'un programme de promotion du travail décent. Le rapport du Directeur général énonce que « le but fondamental de l'OIT aujourd'hui est que chaque femme et chaque homme puissent accéder à un travail décent et productif dans les conditions de liberté, d'équité, de sécurité et de dignité »¹⁵⁴⁵. Le travail décent renvoie aux conditions indispensables à sa réalisation. Il est alors celui qui permet de garantir liberté, équité, sécurité et dignité. Pour certains auteurs, la dignité vient en surplomb¹⁵⁴⁶.

¹⁵⁴⁴ « L'identité est à la fois identité pour soi et identité pour autrui. Identité pour soi car elle renvoie dans un premier temps à l'image que l'on se construit de soi-même. Identité pour autrui car l'identité est aussi l'image que nous souhaitons renvoyer aux autres. Enfin, l'identité se construit à travers l'image que les autres nous renvoient. [...] L'identité professionnelle est donc avant tout une composante de l'identité globale de la personne, et elle se développerait sur la base de l'identité personnelle par l'inscription de la personne dans des formes de vie sociale. », A.-M. FRAY, S. PICOULEAU, « Le diagnostic de l'identité professionnelle : une dimension essentielle pour la qualité au travail », *Management & Avenir*, 2010, vol. 38, n° 8, p. 75.

¹⁵⁴⁵ J. SAMAVIA, *Un travail décent*, rapport précité.

¹⁵⁴⁶ « Le concept de "travail décent" exprime la dignité de la personne au travail », M. BONNECHÈRE, « L'optique du travail décent », *Dr. ouvr.*, février 2007, p. 57.

Dans ce rapport, le Directeur rappelle que la mission de l'OIT reste celle décrite lors de la Déclaration de Philadelphie. Il s'agit de permettre à « tous les êtres humains [...] de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité et avec des chances égales ». Cette finalité renvoie à l'idée de justice sociale.

635. La justice sociale offre une troisième voie entre la justice distributive et la justice corrective. Elle est mise en lumière au 19^e siècle par Alfred Fouillée¹⁵⁴⁷ qui identifie à côté de la justice de liberté et de la justice d'égalité, « la justice de solidarité »¹⁵⁴⁸. Cette justice, indique Fouillée « veut que, faisant partie d'un même tout, réagissant l'un sur l'autre, ne pouvant agir dans la vie sociale sans que mes actions aient une répercussion en autrui, je prenne en considération le bien des autres en même temps que mon bien propre. [...] »¹⁵⁴⁹. Il ajoute que « c'est cette justice de solidarité qui, dans nos sociétés modernes, sous le nom de justice sociale, doit aboutir à des obligations précises. »¹⁵⁵⁰

De son côté, Alain Supiot identifie trois dimensions à la justice sociale : l'avoir, l'être et l'agir. L'avoir se concrétise dans l'État social qui garantit la juste redistribution des biens par la mise en œuvre de mécanismes de protection¹⁵⁵¹. L'être vise l'idée de juste reconnaissance par la prise en compte de la diversité des identités, unies par des mécanismes de solidarité garantissant une communauté de destin¹⁵⁵². L'agir se réalise dans le travail par une juste division¹⁵⁵³. Cette idée est notamment portée par Amartya Sen dont les travaux sur les capacités lui ont valu d'obtenir en 1998 le prix de la banque de Suède décerné par la Royal Swedish Academy of Sciences. Récusant la vision de l'individu « idiots rationnels »¹⁵⁵⁴, « simples porteurs passifs de désir »¹⁵⁵⁵, il avance l'idée que l'individu est doté d'un pouvoir d'agir qui ne se réduit pas à un calcul d'utilité. En résumé, l'idée de solidarité qui préside à la justice

¹⁵⁴⁷ « Alfred Fouillée n'en est pas moins le premier à avoir érigé, dans l'article ici rédigé, la justice sociale en concept de philosophie politique et juridique. », A. SUPIOT, *La force d'une idée*, Les liens qui libèrent, 2019, p. 21.

¹⁵⁴⁸ A. FOUILLÉE, « L'idée de justice sociale, d'après les écoles contemporaines », in A. SUPIOT, *ibid.*, p. 87.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, pp. 87-88.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵⁵¹ A. SUPIOT, « L'idée de justice sociale », in L. BURGORGUE LARSEN (dir.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2013, pp. 11-17.

¹⁵⁵² *Ibid.*, pp. 18-24.

¹⁵⁵³ *Ibid.*, pp. 25-30

¹⁵⁵⁴ S. JULHE, « L'approche par les capacités au travail, Usages et limites d'une économie politique en terre sociologique », *Revue française de sociologie*, 2016, vol. 57, n° 2, p. 325.

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*

sociale est l'expression « à la fois [de] la volonté des individus et [de] leur interdépendance »¹⁵⁵⁶. Porteuses d'idéaux, ces idées ont-elles une traduction juridique ?

La justice sociale figure parmi les objectifs et valeurs que l'Union européenne entend promouvoir¹⁵⁵⁷. Le Traité de Lisbonne affirme que l'Union « œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique. »¹⁵⁵⁸ Certains auteurs voient dans l'affirmation de ces valeurs un rôle significatif¹⁵⁵⁹ ; d'autres au contraire sont plus circonspects¹⁵⁶⁰.

636. À l'occasion d'une communication de la Commission européenne, l'Union européenne s'est engagée dans la promotion de l'agenda du travail décent pour tous. À ce titre, elle souligne que l'approche intégrée de cette démarche inclut, non seulement, « les droits sociaux fondamentaux » constitutifs d'un socle minimal mais qu'elle vise également, de façon plus ambitieuse, « à orienter le développement autour de valeurs et de principes d'action et de gouvernance qui associent compétitivité économique et justice sociale »¹⁵⁶¹. À la faveur de la promotion de la justice sociale au sein de l'Union européenne, est-il envisageable de fonder le travail décent sur la Charte des droits fondamentaux de l'UE ?

Parmi les droits sociaux énumérés dans la Charte figurent « les conditions de travail justes et équitables » à l'article 31. L'article dispose au paragraphe 1 que « tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité. ». Cet article peut-il servir de fondement au droit à un travail décent ?

¹⁵⁵⁶ A. SUPIOT, *La force d'une idée*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁵⁵⁷ Article 2 §3 du traité de Lisbonne, « L'Union [...] combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant. Elle promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres. », précité.

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁵⁹ En ce sens : D. SARMIENTO, « La justice sociale dans la CJUE », in L. BURGORGUE LARSEN (dir.), *op. cit.*, p. 46.

¹⁵⁶⁰ Pour une analyse critique de la dimension sociale du traité de Lisbonne : M. SCHMITT, « La dimension sociale du traité de Lisbonne », *Dr. soc.*, 2010, p. 682.

¹⁵⁶¹ Commission européenne, « Promouvoir un travail décent pour tous. La contribution de l'Union à la mise en œuvre de l'agenda du travail décent dans le monde », Communication au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, COM(2006)249final, 24 mai 2006.

L'explication *ad article 31* indique que paragraphe 1 de l'article « s'inspire [...] pour ce qui concerne le droit à la dignité dans le travail, de l'article 26 de la Charte sociale révisée »¹⁵⁶². Or, l'article 26 circonscrit le droit à la dignité au travail à la promotion de « la sensibilisation, l'information et la prévention en matière de harcèlement sexuel sur le lieu de travail ou en relation avec le travail, [...] » et à la promotion de « la sensibilisation, l'information et la prévention en matière d'actes condamnables ou explicitement hostiles et offensifs dirigés de façon répétée contre tout salarié sur le lieu de travail ou en relation avec le travail, [...] ». En d'autres termes, le droit à la dignité au travail s'inscrit dans le cadre de la lutte contre le harcèlement sexuel ou moral.

L'article 31 peut également être lu en combinaison avec l'article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'UE qui affirme le principe d'inviolabilité de la dignité humaine. À la lumière des explications relatives à cet article, celui-ci doit être interprété en ce sens que « la dignité de la personne humaine n'est pas seulement un droit fondamental en soi, mais constitue la base même des droits fondamentaux. Il en résulte notamment, qu'aucun des droits inscrits dans cette Charte ne peut être utilisé pour porter atteinte à la dignité d'autrui et que la dignité de la personne humaine fait partie de la substance des droits inscrits dans cette Charte. Il ne peut donc y être porté atteinte, même en cas de limitation d'un droit. »¹⁵⁶³ Pris dans ce sens, il s'agit d'un méta droit qui surplombe et architecture les autres droits.

637. Un autre ancrage est également envisageable au plan constitutionnel. Mireille Marty-Delmas souligne qu'« en introduisant la notion de travail décent, au fond on fait le lien entre les droits de l'homme et le droit du travail »¹⁵⁶⁴. Patrice Adam, pour sa part, relève que la dignité architecture la notion de « travail décent » mais il note que ce discours relève surtout de la morale, aussi ajoute-il « que parce que la “morale” ne peut rien, ou (trop) peu de chose [...], dans un monde dominé par les intérêts économiques et financiers, il conviendrait d'arrimer plus solidement le “travail décent” à la notion juridique de dignité, de passer d'une “morale critique” à une “morale légalisée” »¹⁵⁶⁵. Dès lors, il suggère qu'à l'instar du « logement décent » le

¹⁵⁶² Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, précitées.

¹⁵⁶³ *Ibid.*

¹⁵⁶⁴ M. DELMAS-MARTY, *Le travail à l'heure de la mondialisation*, Bayard, 2013, p.46.

¹⁵⁶⁵ P. ADAM, « La “dignité du salarié” et le droit du travail », article précité.

Conseil constitutionnel reconnaisse le « travail décent » comme un objectif à valeur constitutionnelle¹⁵⁶⁶.

La « moralité critique » évoquée par Patrice Adam fait référence « aux croyances relatives au développement moral de l'homme qui, à un moment historique précis, sont considérées comme majoritairement acceptées ou du moins, susceptibles d'être défendues sur la base de nouvelles raisons »¹⁵⁶⁷. Elle cherche par incorporation au système juridique à devenir « moralité légalisée ».

C'est ce processus qui est à l'œuvre dans la décision du Conseil constitutionnel relative à la reconnaissance du logement décent comme objectif à valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel mobilise plusieurs méthodes pour reconnaître un droit qui n'a pas d'inscription dans la Constitution. Il peut notamment procéder par rattachement et déduire l'existence d'un droit non écrit comme composante d'un droit écrit¹⁵⁶⁸. Il a ainsi procédé pour en déduire la reconnaissance d'un logement décent comme objectif à valeur constitutionnelle faisant une lecture combinée de trois références textuelles : les alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946 auxquels s'ajoute le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Dès lors, ce principe connaît « des retentissements dans le domaine des droits et principes à caractère social »¹⁵⁶⁹.

638. Les techniques d'incorporation de la « moralité critique » dans le système des droits procèdent du législateur ou du juge.

Du point de vue du juge constitutionnel, il est envisageable par analogie de raisonnement de déduire le travail décent comme objectif à valeur constitutionnelle fondé sur le principe de sauvegarde de la dignité humaine. Concernant la reconnaissance du logement décent, la lecture du « Préambule comme un ensemble de droits dont le principe directeur serait la dignité »¹⁵⁷⁰ explique « la liaison opérée par le Conseil constitutionnel entre le droit au

¹⁵⁶⁶ Pour l'inscription de la dignité comme principe essentiel au droit du travail, v., C. DUPRÉ, « Le respect de la dignité humaine : principe essentiel du droit du travail », *RDT*, 2016, p. 670.

¹⁵⁶⁷ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 354.

¹⁵⁶⁸ À titre d'illustration : Le Conseil constitutionnel a initialement rattaché le droit au respect de la vie privée à la liberté individuelle (DC, 18 janvier 1995, précitée) pour ensuite consacrer son ancrage à l'article 2 DDHC (DC, 23 juillet 1999, précitée).

¹⁵⁶⁹ J.-J. ISRAEL, *op. cit.*, p. 370.

¹⁵⁷⁰ P.-Y. GAHDOUN, « La justice sociale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in L. BURGORGUE LARSEN (dir.), *op. cit.*, p. 110.

logement et la dignité de l'homme »¹⁵⁷¹. Une lecture similaire transposée au travail décent permettrait un ancrage constitutionnel dans le Préambule de la Constitution de 1946 prenant en compte l'homme dans sa dimension sociale.

Du point de vue du législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail. A ce titre, le travail décent est un principe susceptible d'être inscrit dans le Code du travail.

639. Si le travail décent est une valeur partagée,¹⁵⁷² sa consécration juridique ne peut être effective que si ses caractéristiques sont définis et garantis. Au-delà de l'identification des sources, il convient donc d'en déterminer les éléments constitutifs.

2 - Caractériser le travail décent

640. La Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable « institutionnalise le concept de travail décent élaboré par l'OIT depuis 1999, en le mettant au cœur des politiques de l'Organisation pour atteindre ses objectifs constitutionnels »¹⁵⁷³. Initié au sein de l'OIT, son rayonnement s'est diffusé au-delà l'institution grâce à l'adoption d'une résolution des Nations Unies au Sommet mondial de 2005 dans laquelle l'Assemblée affirme être résolument en faveur d'une mondialisation équitable et décider de faire notamment de la possibilité de trouver un emploi décent et productif un objectif fondamental des politiques nationales et internationales¹⁵⁷⁴. « Le soutien effectif des stratégies de l'OIT par les autres institutions internationales »¹⁵⁷⁵ est de nature à promouvoir le travail décent au sein des États membres. En ce sens, « la Déclaration du centenaire comprend un appel aux États membres à

¹⁵⁷¹ *Ibid.*

¹⁵⁷² « Quoi de commun entre une Ethiopienne employée dans l'une des usines textiles de son pays, payée 23 euros mensuels à confectionner des vêtements pour les grandes marques occidentales, et le livreur à vélo qui sillonne Paris, Londres ou New York pour quelques euros, au péril de sa vie ? Entre la jeune Malgache qui trime vingt heures par jour chez un propriétaire aisé, avec à peine de quoi subvenir à ses besoins, et l'ouvrier du bâtiment grec qui fait des chantiers au noir pour "arranger" son patron ? Aux yeux de l'Organisation internationale du travail, aucun d'eux n'occupe ce qu'il est convenu d'appeler un "travail décent". Un travail digne, convenablement rémunéré, qui s'exerce dans de bonnes conditions de sécurité et qui procure un minimum de protection sociale pour le travailleur et sa famille. Un travail qui laisse la possibilité d'entrevoir un avenir meilleur. », B. MADELINE, « Le travail décent, un enjeu mondial », *Le Monde*, 23 mai 2019.

¹⁵⁷³ OIT, Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, adoptée par la CIT, 97^e session, Genève, 10 juin 2008.

¹⁵⁷⁴ ONU, Sommet mondial de 2005, A/60/L.1, Assemblée générale, 60^e session, 20 septembre 2005.

¹⁵⁷⁵ I. DAUGAREILH, « La Déclaration du centenaire de l'OIT : tout un programme ! », *Dr. soc.*, 2020, p. 5.

réaffirmer leur engagement en faveur de la justice sociale et de la paix universelle tel qu'exprimé en 1919 et 1944 »¹⁵⁷⁶.

À la suite de l'effondrement du Rana Plaza le 24 avril 2013, une prise de conscience, relative à la responsabilité des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement, a conduit la France à adopter une loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre¹⁵⁷⁷. Cette loi, à la périphérie du travail décent, qualifiée de « loi pionnière au niveau mondiale »¹⁵⁷⁸, fait obligation aux entreprises de cartographier les risques afin de mettre en place des actions d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves en matière de droits des travailleurs. Dans le sillage de cette loi, le Parlement européen a adopté le 10 mars 2021 une résolution demandant à la Commission « de présenter dans les meilleurs délais une proposition législative relative aux obligations de vigilance dans la chaîne d'approvisionnement »¹⁵⁷⁹. Cette procédure d'initiative législative s'inscrit dans la dynamique souhaitée par l'OIT pour assurer la continuité de l'agenda du travail décent¹⁵⁸⁰.

641. Cet Agenda s'articule autour de quatre objectifs. Selon les termes de la Déclaration de 2008, le premier objectif vise la promotion un environnement durable permettant aux individus d'acquérir et d'actualiser leurs compétences en vue de travailler « de manière productive pour leur épanouissement personnel et le bien-être collectif ». Le deuxième objectif porte sur la garantie et renforcement des conditions propres à offrir la « possibilité pour tous d'une participation équitable aux fruits du progrès en matière de salaires et de gains, de durée du travail et autres conditions de travail », tandis que le troisième objectif souhaite favoriser le dialogue social comme instrument propre à faciliter l'émergence d'un consensus face aux politiques nationales. Le dernier objectif, de visée plus générale, a pour ambition le respect et la promotion des principes et des droits fondamentaux au travail.

¹⁵⁷⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷⁷ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n° 74 du 28 mars 2017, texte n° 1.

¹⁵⁷⁸ BIT, *Le travail décent dans une économie mondialisée, Quelques leçons des initiatives publiques et privées*, Rapport, Genève, février 2021, p. 95.

¹⁵⁷⁹ Parlement européen, Résolution contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, 2020/2129(INL), adoptée le 10 mars 2021.

¹⁵⁸⁰ « La piste européenne semble en tout cas bien engagée puisque le 29 avril dernier le commissaire à la Justice, Didier Reynders, a annoncé qu'il présenterait l'an prochain, dans le cadre du "Green deal" européen, une proposition législative créant une obligation de diligence raisonnable pour prévenir les risques de violation des droits de l'homme dans les chaînes d'approvisionnement mondiales », BIT, rapport précité, p. 195.

642. Ce programme peut s’appréhender dans deux dimensions. D’une part, le travail décent revêt une dimension quantitative au travers de la rémunération et, d’autre part, il a une dimension qualitative qui peut être rattachée à l’obligation solennelle pour l’OIT d’aider à la mise en œuvre de programmes, propres à réaliser notamment « l’emploi des travailleurs à des occupations où ils aient la satisfaction de donner toute la mesure de leur habileté et de leurs connaissances »¹⁵⁸¹. Le travail décent est alors le travail qui a du sens. Cette conception dépasse la vie professionnelle qui ne raconte que les étapes qui jalonnent le travail.

643. En droit du travail, l’approche du travail est principalement quantitative, centrée sur la mesure de la durée et du temps de travail¹⁵⁸². La dimension qualitative du travail est une préoccupation récente du droit du travail. Elle est appréhendée sous l’angle de la qualité de vie au travail. Toutefois, la logique mettant en œuvre une démarche « qualité » construite à partir d’indices de mesure diffère de la notion de dignité au travail présente dans le travail décent. Le droit du travail très imprégné d’une vision ingénieriale où l’instrument normatif est la mesure est rétif à intégrer des aspects qualitatifs. Alain Supiot invite à sortir du « mirage de la quantification »¹⁵⁸³ qui expose au risque de confondre le nombre et la chose et dispense de penser le travail comme une expérience. En outre, la mesure de la qualité du travail à partir d’indicateurs n’est pas neutre, contrairement à l’illusion que peut donner un résultat chiffré ; elle renvoie à un système de valeurs qui échappe souvent à la compréhension.

Dans une logique assez similaire, Luc de Montvallon souligne les lacunes d’une approche quantitative de la durée du travail¹⁵⁸⁴. De son point de vue, cette logique est impropre à saisir les changements du travail. Il démontre la nécessité d’adopter une démarche globale visant à appréhender la durée du travail sous l’angle de la charge de travail raisonnable.

644. La notion de travail décent est peu présente dans jurisprudence. Entre 2004 et 2020, elle apparaît à trois reprises seulement dans les arrêts de la Cour de cassation, deux fois au soutien

¹⁵⁸¹ Déclaration de Philadelphie précitée.

¹⁵⁸² En ce sens : L. de MONTVALLON, *La charge de travail, pour une approche renouvelée du droit de la santé au travail*, L.G.D.J., 2021, p. 9

¹⁵⁸³ A. SUPIOT, *L’esprit de Philadelphie, La justice sociale face au marché total*, *op. cit.*, p. 116.

¹⁵⁸⁴ « Il est d’abord évident que la mesure quantitative du travail en nombre d’heures permet difficilement de rendre compte des réalités hétéroclites du monde du travail, lequel a profondément évolué avec le temps. », L. de MONTVALLON, *op. cit.*, p. 79.

d'une rémunération décente¹⁵⁸⁵ et une fois à l'appui des conditions de travail décentes¹⁵⁸⁶. Dans tous les cas d'espèce, le moyen est écarté.

645. Afin de mieux préciser la notion de « travail décent », il est possible de s'appuyer sur deux auteurs, Jean-Philippe Deranty et Craig Mac Millan qui proposent une « approche psychodynamique [permettant] de distinguer trois niveaux de l'expérience du travail : le niveau individuel de la réalisation des tâches ; le niveau de la coordination des activités dans le collectif de travail ; et le niveau socioculturel au sens large »¹⁵⁸⁷. Ils fondent leur réflexion sur les travaux en ergonomie de Christophe Dejours qui intègre dans la définition du travail une dimension subjective constituée par « ce que les sujets doivent ajouter aux ordres pour atteindre les objectifs qui leur sont assignés ou, encore, ce qu'ils doivent ajouter d'eux-mêmes pour faire face à ce qui ne fonctionne pas quand ils se limitent à une exécution scrupuleuse des ordres »¹⁵⁸⁸. Il s'agit de la part d'autonomie et de créativité laissées aux salariés, également qualifiée par Alain Supiot de « part *poétique* du travail »¹⁵⁸⁹.

646. En conclusion, fonder la protection de la personne au travail sur le travail décent garantit la dignité de la personne au travail et permet de dépasser la distinction vie privée, professionnelle devenue difficilement opératoire du fait du travail nomade, les outils numériques à l'origine de la recomposition des espaces temps et lieux.

Renforcer la protection de la personne au travail implique également la définition d'un cadre juridique adapté au monde du travail pour répondre à la massification des flux d'informations soutenue par la libre circulation des données, l'instantanéité de leur traitement, l'infinité des capacités de stockage.

¹⁵⁸⁵ Cass. soc. 3 mars 2015, n° 13-20.410, Bull. civ. V, n° 38 ; n° 13-20.411, inédit.

¹⁵⁸⁶ Cass. soc., 18 février 2004, n° 01-46.313, inédit.

¹⁵⁸⁷ J.-Ph. DERANTY, C. MAC MILLAN, « Qu'est-ce qu'un "travail décent" ? Propositions pour élargir la campagne de l'OIT pour un travail décent à partir de la psychodynamique », *Travailler*, 2013, n° 30, p. 162.

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*

¹⁵⁸⁹ A. SUPIOT, *Le travail n'est pas une marchandise, Contenu et sens du travail au XXI^e siècle*, op. cit., p. 18.

§2 – Définir un cadre de protection des données spécifique à la relation de travail

647. Le droit à la protection des données est un droit fondamental dont la garantie repose sur le droit à la maîtrise informationnelle permettant à la personne concernée de consentir au traitement de ses données. Ce consentement est assorti d'un certain nombre de droits accessoires pour la personne concernée et d'obligations pour le responsable du traitement. Le renforcement de la protection traduit une volonté de rééquilibrage des pouvoirs en réaction à l'exploitation inflationniste des données des individus.

648. Concernant le salarié, ces droits et obligations se superposent au cadre spécifique du droit du travail. L'absence de transposition des règles relatives à la protection des données au monde du travail ajouté au double cadre juridique plaide pour une mise en cohérence du RGPD et du droit du travail pour garantir la lisibilité du droit et l'effectivité du droit à la protection des données à caractère personnel concernant le salarié et atteindre ainsi ce même objectif d'équilibre des pouvoirs.

Dans cette perspective, les spécificités propres au monde du travail doivent être prises en compte tant dans les obligations du responsable du traitement (A) que dans les droits du salarié au regard des données à caractère personnel le concernant (B).

A - Harmoniser des obligations du responsable du traitement

649. Les exigences posées par le RGPD doivent être mises en perspective au regard du droit du travail afin d'ancrer les données traitées et les procédés utilisés dans les principes de droit du travail. L'article 6 du RGPD énumère les bases juridiques pour lesquels le traitement est licite. Catégoriser les traitements permet, d'une part, d'identifier les traitements présentant des risques pour les droits et libertés des salariés concernés (1) et, d'autre part, de limiter de la finalité des traitements et des données collectées (2).

1 – Catégoriser les traitements au regard des risques pesant sur les droits du salarié

650. Le RGPD offre un large éventail de bases juridiques permettant à l'employeur de légitimer les traitements portant sur les données du salarié. Les deux principales bases sont constituées par les traitements nécessaires dans le cadre d'un contrat ou répondant à une obligation légale¹⁵⁹⁰. Lorsque le traitement ne peut être justifié ni dans le cadre du contrat de travail ni par une obligation légale, deux autres bases juridiques sont également envisageables. D'une part, le traitement revêt un caractère licite « s'il est nécessaire aux intérêts légitimes du responsable du traitement », en l'espèce l'employeur. D'autre part, le consentement du salarié confère au traitement des données qui le concerne son caractère licite. Le consentement n'est requis qu'à titre subsidiaire lorsque les autres fondements font défaut.

Le champ d'intervention de la gestion du personnel allant « de la gestion comptable et juridique du personnel au management des hommes en entreprise, de la gestion des emplois à l'organisation du travail » démontre l'étendue des traitements susceptibles d'être mis en œuvre et permet de classer ces traitements en trois grandes familles : les traitements administratifs, les traitements servant à l'évaluation de la prestation de travail, les traitements portant sur la surveillance et le contrôle de l'activité. Cet ensemble renvoie ainsi à l'exécution du contrat de travail et à l'exercice du pouvoir de direction.

651. Concernant les traitements nécessaires à l'exécution du contrat de travail, le G29 précise que cette disposition doit être d'interprétation stricte et exclure les situations pour lesquelles « le traitement n'est pas véritablement nécessaire à l'exécution d'un contrat »¹⁵⁹¹. Ce qui est nécessaire correspond à la notion de besoin¹⁵⁹². Pour certains auteurs « la présence d'un contrat ne suffit pas et il faut que le traitement soit indispensable à l'exécution de celui-ci »¹⁵⁹³. Cette analyse semble cependant contredite par le G29 qui renvoie à la CEDH pour préciser le l'expression « nécessaire à ». Or, celle-ci indique que « l'adjectif "nécessaire", n'est pas synonyme d'"indispensable" »¹⁵⁹⁴.

¹⁵⁹⁰ *Supra* n° 414.

¹⁵⁹¹ G29, avis 06/2014, précité, p. 18.

¹⁵⁹² Sur l'appréciation du caractère nécessaire à l'exécution du contrat de travail, *Supra* n° 413.

¹⁵⁹³ M. BOURGEOIS, *op. cit.*, p. 61.

¹⁵⁹⁴ CEDH, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, §97, arrêt précité.

Quels sont alors les traitements que l'employeur a besoin de mettre en œuvre dans le cadre de l'exécution du contrat de travail ? *Stricto sensu* les traitements visés par ce fondement correspondent aux traitements d'ordre administratif. En suivant ce raisonnement, le G29 exclut la surveillance électronique des postes informatiques (internet, messageries), téléphones et vidéosurveillance qui « constituent plus manifestement un traitement qui risque d'aller au-delà de ce qui est nécessaire à l'exécution d'un contrat de travail »¹⁵⁹⁵.

Ce qui est nécessaire à l'exécution d'un contrat peut renvoyer au contenu¹⁵⁹⁶ du contrat. L'objet du contrat de travail pour le salarié est la fourniture d'une prestation et pour l'employeur, le paiement de la prestation. Cette expression permet de dire qu'il s'agit des données en lien avec l'exécution des obligations contractuelles. Certains traitements tels que l'évaluation du salarié ne participent pas *stricto sensu* à l'exécution de la prestation de travail ; ils concourent à vérifier la qualité de l'exécution de la prestation. Partant, ils devraient être exclus de ce fondement.

Préciser cette notion dans le contexte de travail permettrait de clarifier le champ d'application de cette base juridique. Le risque est élevé que cette base juridique soit un fourre-tout permettant d'écarter d'autres bases juridiques plus protectrices pour les droits du salarié.

Pour les traitements qui ne sont pas visés par cette base juridique, l'employeur doit s'appuyer sur un autre fondement. Pour ce faire, l'employeur pourra invoquer le fondement lié à l'intérêt légitime. Ces deux fondements apparaissent ainsi liés puisque le périmètre du fondement portant sur l'exécution du contrat de travail conditionne le recours au fondement relatif à l'intérêt légitime.

652. La base juridique relative à l'intérêt légitime est subordonnée à l'appréciation des intérêts, libertés et droits fondamentaux de la personne concernée par la collecte. En droit du travail, aux termes de l'article L.1121-1 du Code du travail, les seules restrictions admises aux droits et libertés du salarié sont celles qui sont justifiées par la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Le G29 précise que l'intérêt légitime des employeurs à privilégier la recherche de « l'efficacité et la protection des actifs de l'entreprise »¹⁵⁹⁷ peut les conduire à exercer un « contrôle injustifiable et intrusif »¹⁵⁹⁸ mis en œuvre grâce aux nombreux dispositifs

¹⁵⁹⁵ G29, avis 06/2014, précité, p. 19.

¹⁵⁹⁶ L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats a supprimé les notions d'objet et de cause pour les fonder dans la notion de contenu du contrat.

¹⁵⁹⁷ G29, avis 2/2017, précité, p. 10.

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*

numériques à leur disposition. À ce titre, le G29 relève « qu'à la différence de l'«intérêt» du responsable du traitement, l'«intérêt» des personnes concernées n'est pas suivi ici de l'adjectif «légitime» »¹⁵⁹⁹. À ce titre, il ajoute que « cela suppose que la protection de l'intérêt et des droits des individus ait une portée plus vaste »¹⁶⁰⁰ et implique par voie de conséquence que l'employeur peut être amené à renoncer au traitement des données des salariés sur ce fondement juridique si les droits et intérêts des salariés s'avèrent prépondérants. Cette mise en balance fait appel à un autre référentiel que celui prévu par le Code du travail.

Ces remarques peuvent être mises en parallèle de la jurisprudence de la CEDH en matière de vidéosurveillance des salariés. En effet, dans l'affaire *Lopez Ribalda*, la CEDH indique que l'employeur a un intérêt légitime à protéger les biens de l'entreprise et que cet intérêt, au vu des circonstances, justifiait la mise en place de caméras de surveillance à l'insu du personnel¹⁶⁰¹.

653. La base juridique de certains traitements est aisée à identifier. Sans difficulté apparente, les traitements d'ordre administratif ont pour fondement l'exécution du contrat de travail. Les traitements mettant en œuvre des moyens de surveillance relèvent de l'intérêt légitime de l'employeur et doivent être appréciés au regard des intérêts, libertés et droits fondamentaux du salarié. Le fondement des traitements relatifs à l'évaluation du salarié quant à lui n'apparaît pas d'évidence. Les règles juridiques applicables diffèrent selon la base juridique. Plus souples pour l'exécution du contrat de travail, fondement qui s'impose au salarié ; elles sont nettement plus contraignantes s'agissant de l'intérêt légitime de l'employeur. Dans cette seconde hypothèse, une mise en balance s'impose avec les intérêts et les droits et libertés du salarié.

La traduction législative des spécificités propres aux différentes catégories de traitement visant les données relatives au salarié permettrait une clarification des bases juridiques applicables. Cet enjeu se retrouve également quant à la limitation des finalités et des données.

¹⁵⁹⁹ G29, avis 06/2014, précité, p. 33.

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*

¹⁶⁰¹ V., *supra* n° 111.

2 - Limiter les finalités et les données au regard de l'exécution du contrat de travail

654. L'exigence de limitation porte en premier lieu sur les finalités qui doivent être déterminées, explicites et légitimes. Elle porte en second lieu sur les données collectées. Limiter le traitement au regard des finalités et des données permet de vérifier d'une part, que les finalités des traitements concernant les salariés sont celles qui entrent dans le champ d'application de l'exécution du contrat de travail et, d'autre part, de vérifier leur adéquation en cas de réutilisation. Pour le salarié en avoir connaissance est un préalable à l'autodétermination informationnelle.

655. Au plan des finalités, leur détermination par l'employeur est un outil de contrôle du traitement des données. Appliqué au monde du travail, cette exigence se rapporte aux finalités justifiées par l'exécution du contrat de travail. Le G29 précise que des finalités ne doivent pas être rédigées en termes vagues¹⁶⁰². Dans un avis sur la limitation des finalités, le G29 précisait que des finalités telles que « aux fins de sécurité informatique » sont trop vagues et en conséquence insuffisamment déterminée¹⁶⁰³. Il écarte les expressions telles que « en vue de la mise au point de nouveaux services », « à des fins de recherche », « afin de proposer des services personnalisés »¹⁶⁰⁴. Dès lors, des finalités précisant « aux fins d'exécution du contrat de travail » seront trop vagues pour être suffisamment déterminées.

Ces éléments sont de nature à encadrer les finalités spécifiques aux traitements concernant les données relatives au salarié. À côté du critère de limitation des finalités, le critère relatif à la minimisation des données est complémentaire.

656. Au plan des données collectées, l'article 5 du RGPD exige qu'elles soient « adéquates, pertinentes et limitées » à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles soient traitées. Ce principe également qualifié de « principe de proportionnalité » par la doctrine¹⁶⁰⁵ vise à réduire l'étendue des données collectées au strict besoin de la poursuite de la finalité.

¹⁶⁰² G29, Lignes directrices WP260rev01, précitées, p. 11.

¹⁶⁰³ G29, Avis 03/2013 sur la limitation des finalités, (WP 203), adopté le 2 avril 2013, p. 16.

¹⁶⁰⁴ G29, Lignes directrices WP260rev01, précitées, p. 10.

¹⁶⁰⁵ M. BOURGEOIS, *op. cit.*, p. 81.

Le principe de limitation des données suppose que l'employeur identifie les données pertinentes pour le traitement concerné. Or, le respect de cette obligation est entravé par l'usage des algorithmes auto-apprenants « dont l'intérêt porte sur leur capacité à détecter des tendances ou des corrélations potentiellement existantes à partir de l'analyse d'un volume important et une variété de données, qui ne seraient pas visibles à partir d'une base de données réduite »¹⁶⁰⁶.

La question de l'usage de l'intelligence artificielle dans les processus d'évaluation des salariés, ainsi que celle de l'utilisation de procédés de décisions automatisées nécessitent un niveau de garantie élevé.

Dès lors, dans le prolongement des finalités, il apparaît nécessaire de limiter le traitement des données au périmètre de l'exécution de la prestation de travail. Ainsi seules les données nécessaires à l'exécution de la prestation de travail apparaissent adéquates et pertinentes.

B – Renforcer les droits effectifs de la personne salariée concernée par le traitement de ses données

657. Renforcer l'effectivité des droits de la personne concernée par la collecte vise *in fine* à garantir l'effectivité du principe d'autodétermination informationnelle posé à l'article 1^{er} de la loi *Informatique et libertés*. Pour atteindre cet objectif deux voies doivent être explorées.

D'une part, le renforcement de la maîtrise informationnelle passe par le renforcement du droit à l'information. Pour le salarié, il constitue le préalable à l'exercice des autres droits et pour l'employeur, il pose un devoir de transparence qui se rapproche du devoir de loyauté. Les multifacettes de ce droit soulignent son caractère déterminant (1).

D'autre part, dans le cadre de la relation de travail présidée par le lien de subordination, l'exercice collectif du principe d'autodétermination offre un renfort d'effectivité (2).

¹⁶⁰⁶ M.-F. MAZARS, W. EL BOUJEMAOU, « Algorithmes, une utilisation à l'épreuve du droit de la protection des données personnelles », P. ADAM, M. LE FRIANT, Y. TARASEWICZ (dir.), *op. cit.*, p. 175.

1 – Le droit à l’information du salarié : un devoir de transparence de l’employeur

658. Informer consiste à « transmettre, communiquer des informations »¹⁶⁰⁷. Cette définition sert un double objectif. Par le fait de porter des éléments à la connaissance d’autrui, l’information participe à la transparence et s’oppose ainsi au secret. Dans le RGPD, l’information est d’ailleurs présentée en réponse à l’exigence de transparence¹⁶⁰⁸. A cette première visée, s’ajoute la possibilité de choisir de manière éclairée. Ainsi, fournir des éléments de compréhension offre à la personne concernée la possibilité de se déterminer en fonction des éléments portés à sa connaissance. En ce sens, l’information participe à l’autodétermination.

659. Le droit à l’information pour le salarié a la forme d’un devoir de transparence pour l’employeur. Ce devoir trouve son fondement dans l’exigence de bonne foi prévu à l’article L.1222-1 du Code du travail¹⁶⁰⁹. Cette exigence fonde, d’une part, l’obligation de délivrer une information au salarié et, d’autre part, l’interdiction d’utiliser une information collectée à l’insu de la personne concernée.

En matière d’évaluation, la bonne foi s’illustre par le fait d’informer le salarié des méthodes et techniques mises en œuvre¹⁶¹⁰. En matière de contrôle et de surveillance, la bonne foi oblige l’employeur à porter à la connaissance du salarié tout dispositif de collecte de données¹⁶¹¹ ; elle lui impose de faire preuve de loyauté dans la mise en œuvre des moyens de contrôle. En conséquence, la Cour de cassation écarte toute preuve obtenue par l’employeur à l’insu des salariés¹⁶¹².

Au vu de l’importance prise par les traitements des données concernant le salarié, le caractère prépondérant de l’information et la notion de bonne foi justifient un devoir de transparence renforcé.

¹⁶⁰⁷ « Informer », définition du Trésor de la langue française [en ligne], [consulté le 21 août 2019].

¹⁶⁰⁸ Considérant (58) du RGPD « Le principe de transparence exige que toute information adressée au public ou à la personne [...] ».

¹⁶⁰⁹ En ce sens : Ch. VIGNEAU, « L’impératif de bonne foi dans l’exécution du contrat de travail », *Dr. soc.*, 2004, p. 706 ; G. PIGNARRE, « Contrat de travail : exécution », *Rep. trav.*, Dalloz, n° 50.

¹⁶¹⁰ L.1222-3 du Code du travail.

¹⁶¹¹ L.1222-4 du Code du travail.

¹⁶¹² Sur les évolutions jurisprudentielles du droit de la preuve, *supra* n° 104 s.

660. En outre, l'information est souvent associée à la clarté du consentement. Le consentement est éclairé quand la personne concernée bénéficie des informations adéquates. Cette circonstance pourrait être de nature à renforcer l'exigence d'informations. Pourtant, le consentement du salarié sera soit rarement requis du fait de l'existence d'une base juridique dispensant l'employeur d'y recourir, soit peu significatif du fait de l'état de subordination du salarié. La pertinence du droit à l'information ne s'explique donc pas par le consentement éclairé ; il s'agit plutôt de donner au salarié toutes les informations nécessaires à l'exercice des autres droits afférents à la protection des données le concernant.

661. L'article 13 du RGPD énumère les informations fournies à la personne concernée au moment où les données en question sont obtenues. Puisque les hypothèses où le consentement du salarié est requis sont rares, connaître les traitements qui le concernent, avoir connaissance de leurs finalités et de leurs bases juridiques, être informé des données collectées à cet effet s'avèrent déterminants pour permettre au salarié d'être en mesure d'apprécier les principes de licéité des traitements, de limitation des finalités et minimisation des données et lui permettre d'exercer, le cas échéant, des recours. Dans ce contexte, le droit à l'information revêt une dimension spécifique, propre au monde du travail.

662. L'inscription de ces exigences dans le Code du travail contribuerait au respect de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité du droit applicable mis en lumière par le Conseil constitutionnel dans une décision du 16 décembre 1999¹⁶¹³.

Au surplus, elle contribue précisément à l'effectivité du droit à la protection des données. Elle vient compléter l'information déjà prévue dans le Code du travail, relative à l'obligation de porter à la connaissance du salarié les techniques et procédés d'évaluation.

663. L'article 13 du RGPD précise que les informations sont fournies au moment où les données en question sont obtenues. Cela suppose que les données sont collectées pour un traitement « à usage unique ». Or, dans le cadre de la relation de travail, de nombreux traitements portent sur des données de géolocalisation ou horodatées. Il s'agit bien de collecter toujours la même catégorie de données mais les données collectées sont quant à elles variables en temps et en lieu. Les données sont collectées non pas en une fois mais en flux. Alors que la Cour de

¹⁶¹³ Cons. const., 16 décembre 1999, n° 99-421 DC, *Loi portant habilitation du gouvernement à procéder par ordonnances à l'adaptation de la partie législative de certains codes*, JO du 22 décembre 1999, p. 19041, v., *infra* n° 887 ; références, note n° 2137.

cassation a admis qu'il était techniquement trop contraignant pour l'employeur d'informer le salarié à chaque donnée collectée¹⁶¹⁴, il convient néanmoins d'informer le salarié de cette forme spécifique de collecte en flux.

664. L'importance du droit à l'information lui confère une place en surplomb dans la protection des données à caractère personnel. Il est indispensable à l'exercice des autres droits ; il en constitue un préalable.

2 – Des droits individuels à renforcer au niveau collectif

665. Le droit à la protection des données à caractère personnel est caractérisé par la volonté de permettre à la personne concernée par la collecte d'être acteur de la protection de ses données. Dans ce but, deux approches juridiques sont envisageables. D'une part, il s'agit d'étendre le droit de propriété aux données à caractère personnel et, d'autre part, il s'agit de consacrer un droit à l'autodétermination. L'étude annuelle du Conseil d'État portant sur *Le numérique et les droits fondamentaux* a montré les faiblesses d'une patrimonialisation des données¹⁶¹⁵. Le rapport souligne que le droit à l'autodétermination permet l'affirmation de la primauté de la personne en lui donnant les moyens d'exercer sa liberté. Pour le Conseil d'État alors que le droit de propriété « se situe sur le plan de l'avoir », le droit à l'autodétermination « se situe sur le plan de l'être »¹⁶¹⁶. Au plan européen, ce droit n'est pas consacré et la reconnaissance de certains droits nouveaux tel que la portabilité des données démontrent une hésitation entre une logique patrimoniale et extrapatrimoniale de la donnée¹⁶¹⁷.

666. Le droit à l'autodétermination informationnelle inscrit à l'article 1^{er} de la loi *Informatique et libertés* a pour objectif « d'assurer la pleine effectivité des droits à opposition, accès et rectification »¹⁶¹⁸. Le Conseil d'État précise que le droit à l'autodétermination « constitue

¹⁶¹⁴ Cass. soc., 13 juin 2018, arrêt précité.

¹⁶¹⁵ Conseil d'État, rapport précité, pp. 264-267.

¹⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 268.

¹⁶¹⁷ En ce sens : N. MARTIAL-BRAZ, « Les nouveaux droits des individus consacrés par la loi pour la République numérique. Quelles innovations ? Quelle articulation avec le Règlement européen ? », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 525.

¹⁶¹⁸ L. BELOT, *Rapport (n° 3399) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, après engagement de la procédure accélérée, sur le projet de loi (n° 3318) pour une République numérique* AN, 15 janvier 2016.

l'objectif permettant d'offrir une véritable protection des données à caractère personnel »¹⁶¹⁹ et indique qu'à ce titre, il n'est pas un nouveau droit qui vient s'ajouter ; « il donne sens à tous ces droits, qui tendent à le garantir et doivent être interprétés et mis en œuvre à la lumière de cette finalité »¹⁶²⁰. Si le droit à l'autodétermination donne un sens aux autres droits ; « il induit [...] une capacité à décider des conditions d'utilisation des données et de contribuer à la détermination des règles applicables »¹⁶²¹. Dans la conception allemande qui est à son origine, il participe au libre épanouissement de la personne et conditionne le caractère démocratique de la société. La position affichée par le Conseil d'État en la faveur de sa promotion, la place qui lui est donnée dans la loi *Informatique et libertés*, l'importance qu'il revêt eu égard aux enjeux installent le droit à l'autodétermination informationnelle au sommet de la hiérarchie des droits issus de la protection des données à caractère personnel. Dès lors, ainsi que le souligne Pauline Türk, « il pourrait être consacré juridiquement et explicitement, en tant que droit fondamental matriciel »¹⁶²². Sa traduction dans les relations de travail sera alors un enjeu déterminant.

667. Il se concrétise dans la possibilité d'exercice des autres droits qui concourent en retour à l'effectivité du droit à l'autodétermination. Ces droits attachés à la personne ont les caractéristiques du droit subjectif. Jean-Luc Aubert et Eric Savaux définissent le droit subjectif comme « l'attribution, par la règle de droit, d'un pouvoir d'imposer, d'exiger ou d'interdire, considéré comme utile à la personne prise à la fois comme individu et comme acteur de la vie sociale »¹⁶²³.

La terminologie employée dans le RGPD, « la personne concernée a le droit d'obtenir »¹⁶²⁴, « la personne a le droit de recevoir »¹⁶²⁵, « la personne a le droit de s'opposer »¹⁶²⁶, « la personne a le droit de ne pas faire l'objet »¹⁶²⁷ démontre la volonté de permettre aux personnes concernées par la collecte d'avoir un contrôle sur leurs données dont la clef de voute est le droit

¹⁶¹⁹ Conseil d'État, rapport précité, p. 269.

¹⁶²⁰ *Ibid.*

¹⁶²¹ P. TÜRK, article précité.

¹⁶²² *Ibid.*

¹⁶²³ J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 14^e éd., 2012, p. 198.

¹⁶²⁴ Article 15 du RGPD, Droit d'accès de la personne concernée ; article 16 du RGPD, Droit de rectification ; article 17 du RGPD, Droit à l'effacement ; article 18 Droit à la limitation du traitement.

¹⁶²⁵ Article 20 du RGPD, Droit à la portabilité des données.

¹⁶²⁶ Article 21 du RGPD, Droit d'opposition.

¹⁶²⁷ Article 22 du RGPD, Décision individuelle automatisée, y compris profilage.

à l'autodétermination. Chaque personne dont les données à caractère personnel font l'objet d'un traitement est bénéficiaire « d'une permission d'agir »¹⁶²⁸.

668. Le bénéficiaire d'un droit est défini comme la personne à qui « est attribuée une permission d'agir constitutive du droit fondamental en question »¹⁶²⁹. En première analyse, rien ne permet de soutenir que le salarié n'est pas bénéficiaire des droits issus de la protection des données. Il faut cependant aller au-delà de ce premier constat et s'interroger sur le degré d'autonomie dont dispose le salarié dans l'exercice effectif de cette qualité. Être bénéficiaire suppose avoir la « permission d'agir » et agir suppose un degré d'autonomie qui n'entrave pas cette action. Or, la permission d'agir, qui confère au salarié la qualité de bénéficiaire d'un droit, s'exerce en direction de l'employeur.

Pour que le salarié soit bénéficiaire du droit à l'autodétermination, il faut qu'il puisse l'exercer en toute liberté. Or, le degré d'autonomie du salarié nécessaire à l'exercice sans entrave d'un droit à l'encontre de l'employeur n'est pas acquis dans la relation de subordination. En pratique, il est peu probable qu'un salarié exerce de manière individuelle ces droits dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail.

Surmonter cette difficulté appelle à privilégier deux voies déjà existantes en droit du travail permettant de garantir l'effectivité de ces droits. La première vise à octroyer au salarié le bénéfice d'une protection ad hoc par analogie aux salariés protégés. Cette première possibilité comporte toutefois un risque non négligeable d'abus. La seconde réponse juridique envisageable consiste à instaurer un exercice collectif de ces droits.

¹⁶²⁸ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et al., *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, p. 107.

¹⁶²⁹ *Ibid.*

Conclusion de la Section 1

669. En définitive, l'emprise des TIC sur le monde du travail, déjà forte, va être croissante dans un proche avenir. Les innovations en matière d'outils numériques pour la gestion, le suivi, le contrôle, la surveillance, l'évaluation du salarié vont participer à renforcer le pouvoir de direction de l'employeur. Dans ce contexte, les bouleversements qui s'en suivent sur la personne au travail justifient de renforcer la protection du salarié.

670. Ce renforcement justifie la promotion du travail décent, offrant un contrepoint à la dimension utilitariste du travail, guidée par la rationalité et la productivité. À ce titre, il permet « un réordonnement des protections du travail contre les tentatives de réification du travailleur »¹⁶³⁰. Prenant source à la fois dans les principes de l'OIT et dans l'affirmation du principe de dignité comme norme fondamentale, le travail décent appelle « une interprétation du droit du travail et de ses fonctions à partir des exigences de dignité »¹⁶³¹.

671. L'adaptation du cadre juridique de la protection des données à caractère personnel constitue un deuxième niveau de protection. Elle répond à la tension existante entre l'essor du traitement des données dans le cadre de la gestion du personnel et la difficulté pour les salariés à exercer leurs droits de façon effective.

Dans la poursuite de cet objectif de protection de la personne au travail, la santé occupe une place prépondérante.

¹⁶³⁰ *Ibid.*

¹⁶³¹ J. PORTA, « Le droit du travail en changement, essai d'interprétation », *Travail et Emploi*, 2019, n° 158, p. 122.

Section 2 – Affermir la place de la protection de la santé au travail

672. Aux termes du Préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, « la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité »¹⁶³². Cette définition décrit un idéal qui ne peut se traduire ni par une obligation juridique, ni par un droit. En revanche, la « santé est un bien »¹⁶³³ dont la protection est inscrite dans les sources constitutionnelles et supranationales.

Sous cet angle, sa préservation suppose une action des pouvoirs publics à l'égard des individus. Le droit à la protection de la santé prend alors la forme de dispositions édictées par le législateur qui s'expriment, en matière santé au travail, par la voie d'obligations dont l'employeur est le débiteur.

À cet effet, l'entreprise est présentée comme un « espace d'élaboration des politiques de santé »¹⁶³⁴ et la santé est présentée comme un levier de performance. Ces éléments de langage dévoilent une nouvelle conception de l'entreprise investie d'une mission de santé.

Au-delà de ces mots, la dématérialisation du travail a fait surgir de nouvelles problématiques en matière de santé au travail qui supposent une approche élargie de la santé prenant en compte les TIC (§1).

En réponse à l'emprise croissante de la technique sur le travail, déplacer la focale de la recherche de productivité vers l'individu offrirait au droit à la santé un regain d'effectivité. Dans cette perspective, la traduction en droit positif dans le droit de la santé du principe d'adaptation du travail à l'homme apparaît un point d'appui juridique tout particulièrement pertinent pour ancrer les obligations de l'employeur dans une dimension globale (§2).

¹⁶³² Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, New York, 19-22 juin 1946, Actes officiels, n° 2, p. 100.

¹⁶³³ P. EGÉA, « Les formes constitutionnelles de la santé », *RDSS*, 2013, p. 31.

¹⁶³⁴ J. DIRINGER, « L'entreprise, nouvel espace d'élaboration des politiques de santé au travail », *Dr. soc.*, 2019, p. 900.

§1 - Pour un droit à la santé effectif : une nécessaire prise en compte globale de la santé au travail intégrant les TIC

673. Le souci d'effectivité ressort des termes mêmes de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 : « la nation garantit ... la protection de la santé ». Aux termes de cet alinéa, la nation est désignée débitrice et l'objet garanti est la protection de la santé.

Concernant le débiteur de l'obligation de protection de la santé au travail, deux niveaux d'analyse doivent être retenus. Dans une approche macro, la santé au travail revêt une dimension politique appartenant aux pouvoirs publics ; au niveau micro, sa mise en œuvre relève de l'entreprise. Ce double degré d'analyse postule que l'entreprise joue un rôle déterminant (A).

Quant à l'objet de l'obligation, l'effectivité de la protection suppose un contenu prenant en compte la santé dans tous les aspects du travail telle que le prévoit la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail¹⁶³⁵ (B).

A - L'implication de l'entreprise dans la santé au travail

674. La directive 89/391/CEE, dans les considérants, affirme qu'« il incombe aux États membres de promouvoir l'amélioration, sur leur territoire, de la sécurité et de la santé des travailleurs » et énonce que « les employeurs sont tenus de s'informer des progrès techniques et des connaissances scientifiques en matière de conception des postes de travail, compte tenu des risques inhérents à leur entreprise, [...], de façon à pouvoir garantir un meilleur niveau de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs ». Autrement dit, d'une part, la politique de santé des travailleurs relève de la compétence de l'État et, d'autre part, pèse sur les employeurs une double obligation : celle de s'informer des risques et celle de garantir une protection optimale. En d'autres termes, cette double obligation qui pose les bases du rôle de l'employeur en matière de santé résulte d'une politique de santé mise en œuvre par les pouvoirs publics. À cet effet, l'entreprise se voit investie d'une mission de santé (1).

¹⁶³⁵ JOCE, L 183, 29 juin 1989, p. 1.

675. Proposant de dépasser ce qui pourrait être perçu par les entreprises comme des entraves à leur développement, le rapport *Santé au travail : vers un système simplifié pour une prévention renforcée*¹⁶³⁶ dit *rapport Lecocq* souhaite intégrer le « bien-être au travail » à la performance globale de l'entreprise postulant que la santé au travail est un facteur de développement pour l'entreprise. Si associer bien-être au travail et performance peut paraître séduisant pour les entreprises, cet amalgame porte en germe les risques de réduire l'effectivité du droit à la mesure de son efficience (2).

1 - L'entreprise dépositaire d'une mission de santé

676. Faire de l'entreprise une institution relai de la santé au travail est la vision que le *rapport Lecocq* tente d'insuffler. Dans cette perspective, le rapport souligne que « la politique nationale en matière de santé au travail est principalement réactive », elle intervient pour répondre à des crises telles que celle de l'amiante ou celle des risques psycho-sociaux, mais « son caractère structurant en termes de performance globale pour les entreprises dans une démarche de progression continue n'est pas mis en avant, ou rarement, et sans véritable suite »¹⁶³⁷. L'ambition affichée dans l'exposé des motifs de la proposition de loi n° 3718 pour renforcer la prévention en santé au travail¹⁶³⁸ visant à décroiser la santé publique et la santé au travail atteste la volonté de suivre cette voie.

677. La volonté du rapport *Lecocq* d'investir l'entreprise d'un rôle en matière de santé fait écho avec la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, dite « loi PACTE »¹⁶³⁹. Au Chapitre III consacré aux entreprises plus justes, cette loi souhaite contribuer à « repenser la place des entreprises dans la société ». À cet effet, l'article 169 de la loi vise à consacrer « la notion jurisprudentielle d'intérêt social au sein de l'article 1833 du Code civil »¹⁶⁴⁰. Pour ce faire, un alinéa second est ajouté à l'article disposant que « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux

¹⁶³⁶ Ch. LECOCQ, B. DUPUIS, H. FOREST, *Santé au travail : vers un système simplifié pour une prévention renforcée*, Rapport fait à la demande du Premier ministre, août 2018, 174p.

¹⁶³⁷ *Ibid.*, p. 3

¹⁶³⁸ Dossier législatif, exposé des motifs, Proposition de loi précitée.

¹⁶³⁹ JORF n° 119 du 23 mai 2019, texte n° 2.

¹⁶⁴⁰ Dossier législatif, exposé des motifs, la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises.

et environnementaux de son activité ». Gérer dans l'intérêt social serait alors gérer en intégrant la dimension sociale et environnementale¹⁶⁴¹. Outre la finalité économique, s'ajouterait une dimension sociale et environnementale. En l'absence de précision quant au contenu, il est cependant difficile de savoir s'il s'agit d'un simple effet d'annonce.

Sans doute pour prévenir tout dérapage en termes de responsabilité et de contentieux, l'exposé de motifs de la loi prend, cependant, le soin de préciser que « si l'intérêt social correspond ainsi à l'horizon de gestion d'un dirigeant, la considération de ces enjeux apparaît comme des moyens lui permettant d'estimer les conséquences sociales et environnementales de ses décisions »¹⁶⁴². La prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux constitue une obligation de moyen « par conséquent, un éventuel dommage social ou environnemental ne pourra pas prouver à lui seul l'inobservation de cette obligation »¹⁶⁴³.

678. L'entreprise « plus juste » de la loi PACTE et l'entreprise relai des politiques de santé au travail du rapport *Lecocq* participent de la même logique. L'employeur devient un acteur social au sens large, ayant un rôle majeur dans la prise en charge de la santé au travail. Même s'il est difficile d'en cerner précisément les contours¹⁶⁴⁴, il faut néanmoins souligner cette volonté qui émerge dans l'ordre du discours et qui ambitionne de construire un imaginaire porteur d'une nouvelle vision de l'entreprise. À ce titre, le rapport de Nicole Notat et Jean-Dominique Senard relève que l'entreprise est une institution et que sa responsabilité sociale s'est affranchie de la conception purement économiste portée par Milton Friedman¹⁶⁴⁵. Certains auteurs tels qu'Isabelle Ferreras développent l'idée selon laquelle l'entreprise est une « entité politique [...]

¹⁶⁴¹ En ce sens : l'exposé des motifs de la loi indique que « la mention des enjeux sociaux et environnementaux permet de préciser que tout dirigeant devrait s'interroger sur ces enjeux et les considérer avec attention, dans l'intérêt de la société, à l'occasion de ses décisions de gestion », *ibid.*

¹⁶⁴² *Ibid.*

¹⁶⁴³ *Ibid.*

¹⁶⁴⁴ Antoine Tadros émet des doutes quant à l'utilité et la portée de l'intérêt social et des enjeux sociaux et environnementaux devant être pris en considération par l'entreprise. A. TADROS, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D.*, 2018, p. 1765.

¹⁶⁴⁵ « C'est la thèse de Milton Friedman, qui conclut à une responsabilité de l'entreprise consistant à "gagner autant d'argent que possible, tout en respectant les règles de base de la société", le mandataire social étant "un employé des propriétaires de l'entreprise". Cette thèse, dite "de l'agence", a été plusieurs fois contestée, et c'est d'ailleurs en contradiction à cette thèse que s'est construite la responsabilité sociale des entreprises. », N. NOTAT, J.-D. SENARD, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et de Finances, du Travail, 9 mars 2018, p. 27.

travaillée à la fois par une rationalité instrumentale [...] des investisseurs en capital et par [les travailleurs que l'auteur qualifie] d'investisseurs en travail »¹⁶⁴⁶.

679. La thèse de l'entreprise institutionnelle n'est pas nouvelle. Elle a été mise en lumière par Paul Durand. Prenant le contrepied de la thèse individualiste dans laquelle l'entreprise forme un réseau de contrats régissant les rapports entre le capital et le travail, Paul Durand poursuit les travaux de Maurice Haurriou qui distingue le contrat et l'institution¹⁶⁴⁷, pour proposer une théorie de l'institution transposée à l'entreprise. Selon la définition donnée par Maurice Haurriou, « une institution est un organisme social dans lequel ceux qui détiennent le pouvoir se soumettent à l'idée qui anime l'entreprise ; c'est-à-dire s'attachent à accomplir leur fonction au lieu d'user de leur autorité pour des fins égoïstes »¹⁶⁴⁸. Dans cette approche, l'entreprise institutionnelle est le lieu de collaboration tendant vers la réalisation d'un intérêt commun. Au-delà du contrat de travail, le salarié est membre de la communauté formée par l'entreprise et les pouvoirs détenus par l'employeur concourent à la réalisation de l'objet social. Proche de la vision solidariste présente chez René Demogue¹⁶⁴⁹, cette théorie ne peut résister à l'éclatement de l'entreprise en de multiples lieux¹⁶⁵⁰, ou la mobilité des salariés¹⁶⁵¹ contraire à l'idée d'appartenance à une communauté. À ce constat, Alain Supiot oppose que « l'entreprise n'est juridiquement appréhendée comme une valeur en soi, mais comme un moyen de soumettre certains faits à l'emprise du droit »¹⁶⁵². Bien que l'entreprise institutionnelle prise comme unité se dérobe, il n'en demeure pas moins qu'investir l'entreprise d'une mission de santé renouvelle cette conception de l'entreprise.

L'entreprise instituée dans une fonction sociale, investie de la santé au travail nécessite, toutefois, d'en préciser l'objet.

¹⁶⁴⁶ I. FERRERAS, « De la potentialité démocratique du travail à la démocratisation de l'entreprise », in P. MUSSO, A. SUPIOT (dir.), *op. cit.*, 2018, p. 74.

¹⁶⁴⁷ A. MUSSIER, *Le périmètre de l'entreprise comme paradigme*, A. GARDIN, F. GÉA, (dir.), Thèse de doctorat, Droit privé et sciences criminelles, Université de Lorraine, p. 55 s.

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*

¹⁶⁴⁹ « Les contrats forment une sorte de microcosme ; c'est une petite société où chacun doit travailler pour un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivie par chacun absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors, à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur, tend à se substituer une certaine union », R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, T. 4, Arthur Rousseau, 1931, p. 9.

¹⁶⁵⁰ Notamment F. GAUDU, « Entre concentration économique et externalisation : les nouvelles frontières de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2001, p. 471.

¹⁶⁵¹ J.-L. BEFA, R. BOYER, J.-Ph. TOUFFUT, « Le droit du travail face à l'hétérogénéité des relations salariales », *Dr. soc.*, 1999, p. 1039.

¹⁶⁵² A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. 181.

2 - L'objet de la santé : l'ambivalence entre la santé au travail et la performance

680. En matière de santé au travail, l'accent a d'abord été mis sur la souffrance au travail ; l'apparition de la notion de bien-être ne s'est faite que dans un deuxième temps.

À partir des années 1990, le thème de la souffrance au travail s'installe dans l'espace public et les ouvrages de Christophe Dejours et de Marie-Françoise Hirigoyen marquent tout particulièrement les esprits¹⁶⁵³. En droit, la souffrance donne lieu, d'une part, à un certain nombre de mesures législatives sanctionnant les comportements toxiques¹⁶⁵⁴ et, d'autre part, à la signature d'accords nationaux interprofessionnels sur le stress au travail¹⁶⁵⁵ et sur le harcèlement et la violence au travail¹⁶⁵⁶.

À partir des années 2010, le répertoire de la souffrance évolue vers un répertoire plus positif du bien-être au travail dont les contours et le contenu sont complexes à saisir (a).

Ce changement de perspective s'accompagne de la signature de l'ANI du 19 juin 2013 vers une politique d'amélioration de la qualité de vie au travail et de l'égalité professionnelle¹⁶⁵⁷ (b).

Récemment, l'ANI du 10 décembre 2020¹⁶⁵⁸ élargit la qualité de vie au travail en y intégrant les conditions de travail (c).

a – De la difficulté de saisir le bien-être

681. La difficulté de saisir le bien-être dépend en premier lieu du sens qui est donné à ce terme.

Au plan international, le bien-être est la norme de référence utilisée par l'OMS pour définir la santé¹⁶⁵⁹. Dans cette acception, il revêt une triple dimension : physique, mentale et sociale. Ainsi, le Comité mixte OIT/OMS, lors de sa douzième session, déclare que la santé au travail devrait notamment avoir pour objectif de « promouvoir et maintenir le haut degré de bien-être

¹⁶⁵³ Ch. DEJOURS, *Souffrance en France, La banalisation de l'injustice sociale*, Seuil, 1998, 208p ; M.-F. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral : la violence perverse au quotidien*, Syros, 1998, 216p.

¹⁶⁵⁴ Pour le harcèlement moral : article L.1152-1 et s. du Code du travail. ; pour le harcèlement sexuel : L.1153-1 et s. du Code du travail.

¹⁶⁵⁵ ANI sur le stress au travail, précité.

¹⁶⁵⁶ ANI du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail, étendu par arrêté du 23 juillet 2010, JORF n° 175 du 31 juillet 2010, texte n° 82.

¹⁶⁵⁷ ANI sur la QVT précité.

¹⁶⁵⁸ ANI pour une prévention renforcée et une offre renouvelée en matière de santé au travail et conditions de travail, précité.

¹⁶⁵⁹ Pour la définition, v., *Supra* n° 772.

physique, mental et social des travailleurs dans toutes les professions »¹⁶⁶⁰. La définition de la santé énoncée par l’OMS y est reprise pour être appliquée au travail.

Le Code du travail ne définit pas le bien-être. Frank Héas, qui envisage la notion à travers ses finalités, considère que « l’exigence de bien-être au travail vise à orienter les conditions et l’organisation du travail vers une meilleure et conjointe prise en compte de la santé, de la sécurité et de la place de l’individu au sein de l’entreprise »¹⁶⁶¹.

Dans l’imaginaire collectif, le bien-être est associé à la philosophie du bonheur et d’épanouissement individuel. Il illustre la prédominance du « je » et le détachement corrélatif du « nous ». Il symbolise « ce que l’être humain pris isolément est capable d’accomplir indépendamment de tous les autres, en concurrence avec eux, du seul fait de sa propre activité »¹⁶⁶². Les propositions commerciales de développement du bien-être au travail sont à ce titre significatives¹⁶⁶³. Ces offres sont marquées par une très forte dimension individuelle et se présentent, comme si le bien-être, ainsi offert, ne laissait plus que le soin d’être heureux. Survalorisé, l’épanouissement prend alors la forme d’une injonction s’exprimant souvent sur plusieurs registres antinomiques¹⁶⁶⁴.

682. La seconde difficulté pour appréhender la notion de bien-être concerne son étendue. La notion de bien-être se traduit-elle pour l’employeur par une obligation de prendre en charge la santé au travail dans un souci d’éviter que la santé du salarié ne se dégrade du fait du travail, ce qui revient à garantir un droit à la santé au travail ? Ou bien, l’employeur prend-il en charge la santé du travailleur par des mesures pouvant s’étendre des préconisations en matière d’alimentation à la lutte contre la sédentarité, ce qui revient à englober tous les facteurs favorisant la santé ? À la lecture du programme national nutrition-santé (PNNS) 2019-2023 qui

¹⁶⁶⁰ BIT, *Principes techniques et éthiques de la surveillance de la santé des travailleurs : principes directeurs*, Série Sécurité, hygiène et médecine du travail n° 72, Genève, 1998.

¹⁶⁶¹ F. HÉAS, article précité.

¹⁶⁶² N. ELIAS, *op. cit.*, p. 129.

¹⁶⁶³ Le bien-être est présenté comme la clé de la motivation au travail. Pour agir sur le bien-être sont proposés des ateliers sport, méditation, nutrition beauté. Sites consultés le 11 mars 2020 : Relactiva.com ; bien-être.fr.

¹⁶⁶⁴ « Chacun de nous est obligé de combiner plusieurs logiques d’épanouissement, potentiellement antinomiques : un “épanouissement professionnel” supposant une mobilité accrue et une totale disponibilité psychique, un “épanouissement familial” supposant des attaches et un enracinement et un “épanouissement personnel” supposant de dégager du temps pour soi. Les différentes facettes de la personne semblent dès lors se détacher et entrer en concurrence les unes avec les autres : à l’intérieur de l’individu se détachent un entrepreneur mobile, performant et totalement identifié avec son travail, un parent ou un conjoint soucieux d’immobilité et tenu par ses attaches, un être culturel, cherchant la tranquillité et maximisant le temps mort de l’introspection psychologique. », F. TARRAGONI, *op. cit.*, p. 82.

prévoit notamment pour les entreprises la possibilité de signer une charte « Entreprise active du PNNS » visant à la mise en place d'actions de promotion de la nutrition au profit des salariés, la seconde hypothèse semble bien être la bonne.

L'idée selon laquelle l'employeur prend en charge le bien-être des salariés n'est pas nouvelle. Elle existait déjà au 19^e siècle sous la forme du paternalisme dans une dimension morale¹⁶⁶⁵. Elle resurgit ici¹⁶⁶⁶ mais elle change de visage. Sa dimension n'est plus moraliste mais utilitaire, le bien-être des salariés contribue à la performance de l'entreprise¹⁶⁶⁷. Cette extension du domaine de l'entreprise signe alors « le renforcement de l'emprise du professionnel sur le personnel »¹⁶⁶⁸.

683. La troisième source de difficultés provient de la valeur accordée au bien-être. Même s'il n'est pas une aspiration nouvelle¹⁶⁶⁹, il est, désormais, présenté, au sein de l'entreprise, comme un vecteur de performance. Cette idée centrale dans le rapport *Lecocq* apparaissait déjà dans le rapport *Lachmann, Laroche, Penicaud* qui affirmait qu'« investir dans la santé au travail est d'abord une obligation sur le plan humain : de plus, ce n'est pas une charge, c'est un atout pour la performance »¹⁶⁷⁰. Faire un lien entre bien-être et performance laisse entendre qu'un salarié qui est « dans un état de complet bien-être » travaille mieux. Cette analyse revient à instrumentaliser le bien-être ainsi, revêtu d'une dimension utilitaire.

Avec le rapport *Lecocq* le bien-être n'est plus seulement le moteur de la performance, il s'articule avec l'effectivité économique¹⁶⁷¹. La performance globale serait atteinte grâce à cette articulation. Or, l'articulation est un point de jonction, un mécanisme permettant à deux

¹⁶⁶⁵ Sur le rôle de père et de mère du patron pour ses ouvriers : J. LE GOFF, *op. cit.*, pp. 64-76.

¹⁶⁶⁶ « Cette extension du domaine de la norme participe incontestablement d'une forme de paternalisme professionnel dont les manifestations dépassent l'exercice des relations de travail », F. HÉAS, « La négociation d'entreprise sur la qualité de vie au travail », *Dr. soc.*, 2019, p. 907.

¹⁶⁶⁷ En ce sens : « Il est possible d'y voir également la mise en place d'un contrôle sanitaire extensif des salariés dans un souci de renforcement de la productivité de l'entreprise », *ibid.*

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁶⁹ « L'idée de bien-être s'est développée principalement aux États-Unis à partir de la seconde moitié du 19^e siècle, alors que la transformation des modes de vie impliquait une vision moins hygiéniste de la santé (une version curative centrée sur la lutte contre les grands fléaux) et plus globale, plongeant l'individu dans un univers social pluriel et portant attention à son équilibre psychique et social. », C. COLLINET, M. DELALANDRE, « L'injonction au bien-être dans les programmes de prévention du vieillissement », *L'année sociologique*, 2014, vol. 64, p. 445.

¹⁶⁷⁰ H. LACHMANN, Ch. LAROCHE, M. PENICAUD, *Bien-être et efficacité au travail, 10 propositions pour améliorer la santé psychologique au travail*, Rapport fait à la demande de Premier ministre, février 2010, 19p.

¹⁶⁷¹ Ch. LECOCQ, B. DUPUIS, H. FOREST, Rapport précité, p. 5.

éléments solidaires de conserver une capacité de mouvement¹⁶⁷². Bien-être et économie seraient alors solidaires, reliés l'un à l'autre. À ce stade, il faut rappeler que la directive 89/391/CEE du 12 juin 1989 considère, « que l'amélioration de la sécurité, de l'hygiène et de la santé des travailleurs au travail représente un objectif qui ne saurait être subordonné à des considérations de caractère purement économique ». En ce sens, les choix en matière de santé ne doivent pas être guidés par un souci économique. Pour autant, articuler le bien-être et l'effectivité économique afin d'atteindre la performance globale induit une question d'efficience. Le rapport coût / utilité est dit efficient lorsqu' « [l'allocation des ressources] permet de satisfaire la plus grande quantité de besoins pour des ressources données, ce qui correspond à l'*optimum* de Pareto »¹⁶⁷³. Il est aisé de mesurer la tension qui peut alors résulter d'une telle articulation ayant pour finalité la performance.

684. Le bien-être au travail tout comme la souffrance au travail n'épuise pas le sujet de la santé au travail. Le déplacement de la souffrance vers le bien-être opère principalement un changement de focale mettant l'accent sur la prévention primaire. En ce sens, l'employeur met tout en œuvre pour garantir un état de bien-être au salarié mais le salarié est également investi dans cet objectif. Il a nécessairement une part de responsabilité dans son propre bien-être. Dès lors, lorsqu'un employeur prend des mesures pour favoriser le bien-être des salariés, le mal-être persistant d'un salarié crée un sentiment de culpabilité. À l'inverse, la souffrance laisse à voir une situation où le risque pourrait se réaliser si rien n'est fait ; l'employeur est alors plus directement responsable.

Norme de santé pour l'OMS, le bien-être est soit instrumentalisé dans des programmes de développement personnel, soit intégré comme élément constitutif de la performance de l'entreprise. Ainsi dénaturé, son traitement juridique s'avère inévitablement hétérogène.

b – De l'hétérogénéité de son traitement

685. Le bien-être est saisi par le droit à la faveur de la QVT. Son introduction dans le Code du travail s'opère dans un premier temps avec l'ANI du 19 juin 2013¹⁶⁷⁴. La qualité de vie au travail y est définie par référence au bien-être. Elle est, en effet, présentée comme « un

¹⁶⁷² « Articulation », Trésor de la langue française, [en ligne], [consulté le 21 juin 2019].

¹⁶⁷³ T. GRÜNDLER, *op. cit.*, p. 36.

¹⁶⁷⁴ ANI précité.

sentiment de bien-être au travail perçu collectivement et individuellement qui englobe l’ambiance, la culture de l’entreprise, l’intérêt du travail, les conditions de travail, le sentiment d’implication, le degré d’autonomie et de responsabilisation, l’égalité, un droit à l’erreur accordé à chacun, une reconnaissance et une valorisation du travail effectué ». La dimension systémique est affirmée, « abordant notamment les modalités de mise en œuvre de l’organisation du travail permettant de concilier les modalités de l’amélioration des conditions de travail et de vie pour les salariés et la performance collective de l’entreprise »¹⁶⁷⁵.

Dans un second temps, la loi du 17 août 2017 dite loi *Rebsamen*¹⁶⁷⁶ en fait un thème de négociation collective obligatoire¹⁶⁷⁷. Ce faisant, la loi énumère un nombre de sujets placés dans le champ de la QVT et de l’égalité professionnelle entre les femmes et les hommes qui dénotent principalement par leur hétérogénéité. La négociation porte, ainsi, sur des thèmes aussi variés que l’articulation entre la vie personnelle et la vie privée, l’insertion des travailleurs handicapés ou les régimes de prévoyance. Les références au travail et à l’organisation présentes dans l’ANI ont toutefois disparu.

686. L’étude du contenu des accords s’est révélée décevante au regard de l’approche multidimensionnelle préconisée dans l’ANI. Un rapport réalisé par ANACT qui constate que les accords sont « en retrait par rapport à l’ambition d’une approche encore plus globale, voire systémique, de l’ANI de 2013 »¹⁶⁷⁸, note que « les rapports de causalité entre l’organisation du travail (charge, autonomie, variété des tâches, efficience...), la santé (absentéisme, RPS, tensions sociales...) et les métiers (compétences, employabilité, mobilité...) ne sont, la plupart du temps, pas évoqués dans les accords analysés »¹⁶⁷⁹.

687. De son côté, à partir d’un échantillon de deux cents accords d’entreprise relatifs à la qualité de vie au travail, Franck Héas répertorie quatre catégories d’accords.

La première catégorie, majoritaire (environ 60%), est composée d’accords *a minima* qui se contentent de reprendre les dispositions légales et conventionnelles sans apport notable. La seconde catégorie (environ 18%) reste dans un champ strictement professionnel avec des

¹⁶⁷⁵ Article 1^{er} de l’ANI du 19 juin 2013.

¹⁶⁷⁶ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 précitée.

¹⁶⁷⁷ Article L.2242-17 du Code du travail.

¹⁶⁷⁸ ANACT, Cap sur l’avenir, analyse de la dynamique de l’accord national interprofessionnel - Qualité de vie au travail - Égalité professionnelle du 19 juin 2013, Rapport, 21 février. 2019, p. 14.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 4.

contenus concernant principalement « les conditions et l'organisation du travail de façon générale »¹⁶⁸⁰.

Les deux autres catégories se situent sur un plan plus personnel. L'une appréhende la qualité de vie au travail dans un cadre global proposant « développement personnel, [...] petit déjeuner au bureau, [...] renforcement de la communication »¹⁶⁸¹. L'autre, que Franck Héas dénomme « les accords comportementalistes », révèle la volonté d'encadrer les comportements en proposant des « thématiques relatives à l'hygiène alimentaire, à la gestion du sommeil, à la prévention des addictions, aux bienfaits des activités sportives, à la sophrologie, à l'ostéopathie, à la grand-parentalité active ou au soutien psychologique »¹⁶⁸². Dans ces deux dernières catégories la focale n'est pas mise sur l'activité et son organisation mais sur la vie au travail : « sous l'effet de la promotion du bien-être et de la qualité de vie au travail, la vie personnelle semble intégrer la santé au travail »¹⁶⁸³. Cette confusion peut s'expliquer par les choix terminologiques : la qualité de vie *au* travail n'est pas la qualité de vie *du* travail ou même la qualité *du* travail. Cette dichotomie montre que le travail est l'angle aveugle de la QVT¹⁶⁸⁴. Elle souligne que la QVT s'exprime en termes de rapport de force entre les acteurs supposés assurer sa promotion et ceux chargés des choix organisationnels selon une rationalité économique¹⁶⁸⁵.

Malgré le caractère décevant des accords, la logique conventionnelle se poursuit avec l'ANI du 10 décembre 2020.

c – De la QVT à la QVTC : la santé intégrée

688. L'ANI pour la prévention renforcée et une offre renouvelée en matière de santé au travail et de conditions de travail du 10 décembre 2020¹⁶⁸⁶ place la prévention de la santé au cœur du dialogue social. Ce faisant, il l'inscrit sous l'angle de la négociation de la qualité de vie au

¹⁶⁸⁰ F. HÉAS, article précité.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*

¹⁶⁸² *Ibid.*

¹⁶⁸³ L. JUBERT, *op. cit.*, p. 61.

¹⁶⁸⁴ « L'expression de qualité de vie au travail exprime le défaut de ne pas inviter à adopter une focale précise sur le travail en train de se dérouler et les tensions ressenties pour s'acquitter des tâches », P. UGHETTO, « La qualité de vie au travail au risque de sa transformation en *process* », cité par S. LE GARREC, *Les servitudes du bien-être au travail. Impacts sur la santé*, Érès, 2021, p. 178.

¹⁶⁸⁵ « Au fond, il ne semble guère possible d'envisager une approche qui serait ouvertement centrée sur le travail et son organisation sans un aval, et même un soutien puissant et constant des directions générales, pour imposer cet arbitrage à l'ensemble des directions aussi bien fonctionnelles qu'opérationnelles », *ibid.* p 184.

¹⁶⁸⁶ ANI précité.

travail qui en devient un des aspects. Dès le préambule, l'accord annonce que « la qualité de vie au travail, dont la santé et la sécurité au travail sont un des aspects, est un facteur de santé et de réalisation personnelle pour les salariés ». En outre, dans la lignée du rapport *Lecocq*, il ajoute que « sur le plan collectif, la qualité de vie au travail est une des conditions de la performance de l'entreprise ». Son caractère multidimensionnel, favorable à l'instauration « de bonnes conditions de travail, un climat de confiance, un environnement et une atmosphère propice à l'échange, au partage et au bien-être au sein de l'entreprise » est souligné.

Telle qu'elle est envisagée par l'ANI, la QVT déborde largement du cadre de l'article L. 2242-17 du Code du travail. En application de cet article, la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie porte sur l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle, les objectifs et les mesures permettant d'atteindre l'égalité professionnelle, les mesures permettant de lutter contre toute discrimination professionnelle, les mesures en faveur des personnes en situation de handicap, les modalités de définition d'un régime de prévoyance, l'exercice du droit d'expression directe et collective des salariés. À cette énumération, la proposition de loi pour renforcer la santé au travail¹⁶⁸⁷ ajoute un article L.2241-19-1 disposant que « la négociation peut également porter sur la qualité des conditions de travail, notamment sur la santé et la sécurité au travail et la prévention des risques professionnels ». Par cette disposition, la QVT devient la qualité de vie et des conditions de travail (QVCT). Déjà protéiforme, la négociation enfle de plusieurs thèmes d'importance. Cette approche inclusive de la santé dans une QVT élargie n'emporte-t-elle pas un risque de dilution, à rebours de la volonté affichée de privilégier le dialogue social ? Est-il réaliste d'envisager que chaque thème sera traité avec l'attention que suppose son importance ?

Alors même que l'analyse laisse apparaître une notion aussi instable qu'évolutive, les salariés interrogés par l'ANACT en 2013 estiment à 87% « qu'une bonne qualité de vie profite autant aux salariés qu'aux entreprises »¹⁶⁸⁸. Dès lors, rattacher cette notion aux principes généraux de prévention dans une approche globale de la santé au travail permettrait de lui conférer un encrasement et une force opératoire qui lui font à ce jour défaut.

¹⁶⁸⁷ Proposition précitée.

¹⁶⁸⁸ J.-E. RAY, « Des conditions de travail aux conditions de vie dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2015, p. 100.

B – Étendre le champ d’application de la protection de la santé à tous les aspects du travail

689. Adopter une approche globale signifie étudier la santé dans tous les aspects du travail conformément à ce que prévoit la directive 89/391/CEE du 12 juin 1989, qui impose aux employeurs une obligation « de sécurité et de santé dans tous les aspects du travail ». Que signifie « tous les aspects du travail » ? Avoir une compréhension globale de sa signification permet de mieux cerner les enjeux, afin d’agir dès le stade de la prévention primaire visant, ainsi, à anticiper la réalisation du risque (1).

690. Développer une approche globale signifie également prendre en compte la notion de pénibilité. La pénibilité renvoie à l’idée d’usure du corps au travail. Si Franck Héas admet que la pénibilité « présente bien une dimension individuelle et subjective »¹⁶⁸⁹, en ce sens que le travail pénible ne rejaillit pas de façon identique sur les individus qui y sont exposés, il souligne néanmoins qu’« elle est immanquablement liée aux conditions de travail dans lesquelles est fournie la prestation du salarié ». L’emprunte marquée des TIC sur les conditions de travail invite alors à intégrer, dans les critères de pénibilité, les aspects technologiques du travail renforçant, ainsi, cette approche globale de la prévention de la santé au travail (2).

¹⁶⁸⁹ F. HÉAS, « La pénibilité au travail, une problématique multidimensionnelle », *Dr. ouvr.*, 2016, p. 339.

1 – La compréhension de « tous les aspects du travail » : l'apport pluridisciplinaire nécessaire

691. Chaque praticien, chaque spécialiste a sa propre vision du travail par référence à sa discipline. Ainsi le juriste, l'ergonome, le sociologue, le psychologue du travail, le médecin, le gestionnaire, chaque expert dans son champ disciplinaire a une analyse de l'objet et « chacune de ces approches apporte une connaissance parcellaire qui privilégie un aspect particulier »¹⁶⁹⁰. Dès lors, pour appréhender en droit le travail, le décloisonnement disciplinaire apparaît comme une nécessité permettant « de jeter utilement des ponts vers d'autres savoirs »¹⁶⁹¹.

692. Pris sous l'angle de l'ergonome, le travail est un geste technique. Alexandra Bidet et Jérôme Porta, s'interrogeant sur ce qui confère au geste sa technicité, relèvent que « ce n'est évidemment pas la chose elle-même qui est technologique, mais une certaine manière de la rapporter à l'activité humaine, qu'elle soit artistique, ludique ou laborieuse »¹⁶⁹². S'attachant à la « description des capacités des êtres humains effectuant des tâches motrices et cognitives, appliquée à la conception d'outils technologiques »¹⁶⁹³, l'ergonomie place ce rapport entre l'homme et l'objet au cœur de son étude. En droit du travail, cet aspect trouve sa traduction dans un certain nombre de dispositions techniques relatives à l'environnement et au poste de travail. Mais l'ergonomie s'intéresse également à la description de l'activité. Son analyse plurifactorielle¹⁶⁹⁴ ne se focalise pas uniquement sur le travail prescrit ; elle intègre également ce qui est appelé le travail réel c'est-à-dire l'intelligence que le travailleur va mobiliser pour atteindre le résultat du travail prescrit. Dans cette dimension, le silence du droit est patent¹⁶⁹⁵.

¹⁶⁹⁰ V. de GAULEJAC, *op. cit.*, p. 24

¹⁶⁹¹ C. WOLMARK, « Quelle place pour le travail dans le droit du travail ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 439.

¹⁶⁹² A. BIDEET, J. PORTA, article précité.

¹⁶⁹³ F. DARSEES, M. de MONTMOLLIN, *L'ergonomie*, La Découverte, 2012, p. 8.

¹⁶⁹⁴ « Dans cette perspective, l'activité du travailleur ne peut être réellement expliquée que si sa tâche particulière et la manière spécifique dont il l'accomplit sont analysées, avec leurs spécificités locales. Cette ergonomie-là ne se préoccupera pas du siège pris isolément, mais de l'ensemble des facteurs qui compose la situation de travail. On découvrira ainsi que si la station assise est pénible, ce n'est pas (seulement) parce que la chaise est inconfortable. C'est parce que les informations qui apparaissent à l'ordinateur sont telles qu'elles interdisent à l'opérateur de quitter l'écran des yeux durant de longues périodes, ce qui implique une posture rigide... L'ergonomie est donc ici orientée vers une description plurifactorielle des situations de travail. », *ibid.*, p. 9.

¹⁶⁹⁵ En ce sens : « En dépit de la croissance des atteintes à la santé mentale, la pénibilité au travail, dès son entrée en vigueur, était limitée à des contraintes physiques. L'activité de travail est ainsi réduite à une vision physique,

693. Du point de vue du gestionnaire, le travail est pris sous l'angle de son organisation. En la matière, les choix organisationnels répondent à des objectifs de production, de croissance et de développement de l'activité. À cet effet, il s'agit de définir le modèle de production le plus efficace pour y parvenir. La rationalité et l'efficacité président à l'organisation de la production se répercutent également à la gestion du personnel. Dans cette logique, la santé au travail est un facteur de performance au service de l'organisation choisie. Les travaux conduits par Christophe Dejourns¹⁶⁹⁶ en psychodynamique du travail ont pourtant mis en lumière le lien entre souffrance au travail et organisation. L'auteur montre que « l'organisation du travail constitue un problème politique à part entière »¹⁶⁹⁷. De ce fait, elle ne peut être abordée scientifiquement que « par l'investigation et la connaissance approfondies du travail vivant, aux deux niveaux de l'individu (l'ingéniosité) et du collectif (la coopération) »¹⁶⁹⁸. En la matière, le déterminisme n'existe pas et il est possible de penser une organisation qui ne soit pas pathogène « en partant du travail réel »¹⁶⁹⁹. Dans cette perspective, la protection de la santé au travail mérite d'interroger l'organisation.

694. Vu sous l'angle du juriste, la santé au travail est saisie en amont, au stade de la prévention et en aval au stade de la réparation. Le droit organise un équilibre entre le pouvoir de direction, prolongement de la liberté d'entreprendre et les impératifs de protection de la santé. Le contentieux relatif aux conventions de forfait en jours illustre, ainsi, le souci des juges de garantir, en amont, une charge de travail raisonnable¹⁷⁰⁰. L'obligation de mettre en œuvre un suivi de l'organisation du travail des salariés visés par de telles conventions et l'exigence que ce contrôle du temps soit régulier et effectif démontrent la volonté de promouvoir des mécanismes juridiques de prévention de la santé au travail. À l'inverse, le contentieux relatif au *benchmarking*¹⁷⁰¹ montre que le choix de l'organisation appartient à l'employeur. Cette

matérielle du travail. Mais surtout l'activité du travail reste, après la loi Rebsamen, l'angle mort du droit du travail », C. WOLMARK, article précité.

¹⁶⁹⁶ Ch. DEJOURS, *Souffrance en France, La banalisation de l'injustice sociale*, Seuil, 1998, 208p ; *Le choix, Souffrir au travail n'est pas une fatalité*, Bayard, 2015, 238p ; *Situations du travail*, PUF, 2016, 301p.

¹⁶⁹⁷ Ch. DEJOURS, *Le choix, Souffrir au travail n'est pas une fatalité*, Bayard, 2015, p. 17.

¹⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 20.

¹⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 105.

¹⁷⁰⁰ V., *supra* n° 270 s.

¹⁷⁰¹ V., *supra* n° 434.

liberté a pour corolaire une responsabilité en matière de santé, l'employeur est alors tenu de réparer la dégradation de la santé.

En droit, les préoccupations en matière de santé au travail se concrétisent également au plan des conditions de travail, sous l'angle d'une législation qui intègre une tendance générale à la flexibilité individuelle du temps de travail et à l'autonomie du salarié associée à la promotion de la qualité de vie au travail.

695. À partir de ces constats, saisir la lettre de la directive 89/391/CEE du 12 juin 1989, imposant aux employeurs une obligation « de sécurité et de santé dans tous les aspects du travail » suppose d'étudier le travail dans trois dimensions. Ainsi, avoir une approche globale de la santé au travail consiste à étudier le travail pris, d'abord, en tant que geste technique, ensuite, situé dans une organisation, et enfin, vu sous l'angle des conditions dans lesquelles il se réalise. Il s'agit d'approcher la réalité du travail et cette grille de lecture à trois entrées participe à en donner une image fidèle¹⁷⁰². Cette compréhension est un préalable nécessaire au travail du juriste pour lui permettre une traduction juridique en adéquation avec les enjeux de santé au travail.

Pour autant, Franck Héas note au sujet de l'ANI pour la prévention renforcée du 10 décembre 2020, une certaine frilosité dans la prise en compte de la question de l'organisation. Il relève que « l'expression "organisation du travail" n'est mentionnée que trois fois »¹⁷⁰³ tandis que « l'occurrence [conditions de travail] se retrouve dans le titre et dans les développements du texte, à dix-neuf reprises »¹⁷⁰⁴. Au-delà de cette comptabilité, il s'interroge sur ce choix. Est-ce « révélateur d'une approche quelque peu biaisée du sujet qui ne se donnerait pas complètement les moyens de ses ambitions »¹⁷⁰⁵ ou « faut-il y voir une stratégie syndicale »¹⁷⁰⁶ visant à limiter le périmètre du pouvoir patronal d'organisation ?

¹⁷⁰² Empruntée à la comptabilité, l'image fidèle est vue « selon F. Pasqualini [comme] la sincérité [qui] s'accompagne du souci de l'établissement d'une information qui soit aussi proche que faire se peut de la réalité, sans se préoccuper de sa compréhension. La fidélité implique le souci complémentaire d'une bonne réception du message par les tiers. De là, la double exigence de traduction de la réalité de l'entreprise et de présentation de documents susceptibles d'être lus sans ombre et sans ambiguïté afin que cette réalité puisse être découverte à travers les comptes », S. JUBÉ, « Pour une image fidèle du travail dans la comptabilité financière », in P. MUSSO, A. SUPIOT (dir.), *op. cit.*, p. 116.

¹⁷⁰³ F. HÉAS, « Un ANI sur la santé au travail, pour quoi faire ? », *Dr. soc.*, 2021, p. 253.

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*

¹⁷⁰⁵ *Ibid.*

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*

Dans le prolongement de ce texte, la proposition de loi pour renforcer la prévention de la santé au travail¹⁷⁰⁷ modifie l'article L. 4121-3 du Code du travail pour ajouter l'organisation du travail dans l'évaluation des risques. Interrogé à ce sujet par Stéphane Artano, rapporteur devant la Commission des affaires sociales au Sénat, Philippe Garabiol répond que « l'organisation du travail n'est pas hors champ, et, de fait, elle peut être un facteur de risque professionnel, notamment pour les "maux du siècle" que sont les troubles musculo-squelettiques ou les risques psychosociaux »¹⁷⁰⁸. Admettant, malgré tout, que la proposition ne répond pas complètement à cette problématique, il conclut en indiquant que « la réponse se trouve, me semble-t-il, dans l'analyse des risques et dans la capacité des services de prévention et de santé à faire face à ces nouveaux enjeux »¹⁷⁰⁹.

Alors que la compréhension de tous les aspects du travail permet une appréhension de la santé au stade de la prévention primaire, la pénibilité mérite également un ancrage dans la prévention.

2 - Prendre en compte de la pénibilité technologique : un ancrage renouvelé dans la prévention

696. Franck Héas définit la pénibilité, comme la résultante de l'exposition à « une situation de travail difficile et contraignante, causant à celui qui fournit la prestation de travail un dommage »¹⁷¹⁰. Ce terme permet de « nommer et d'appréhender les souffrances qui existent au travail »¹⁷¹¹. À ce titre, il constitue le pendant du bien-être au travail qui par son champ lexical positif occulte cet aspect. En effet, si le travail peut être source d'épanouissement et de reconnaissance, il peut aussi être à l'origine de stress et de souffrance. Ainsi, pénibilité et bien-être constituent les deux versants d'une même réalité.

697. En la matière de pénibilité, deux approches sont envisageables. D'une part, la pénibilité peut être vue comme une fatalité, le travail étant intrinsèquement pénible. La pénibilité est alors un outil servant à compenser la dégradation de la santé résultant nécessairement du travail.

¹⁷⁰⁷ Proposition de loi précitée.

¹⁷⁰⁸ Ph. GARABIOI, secrétaire général du Conseil d'orientation des conditions de travail, Audition, Commission des affaires sociales, Sénat, 31 mars 2021.

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*

¹⁷¹⁰ F. HÉAS, « La pénibilité, un enjeu de santé au croisement du travail et de la retraite », *Dr. soc.* 2014, p. 598.

¹⁷¹¹ F. HÉAS, « La pénibilité, une histoire de mots (maux) et de droit(s) », *Dr. soc.*, 2021, p. 300.

D'autre part, la pénibilité peut également être vue comme une conséquence des conditions de travail. La pénibilité prend alors la forme d'actions permettant d'en réduire les effets.

Dans la première acception, la pénibilité intervient au stade de la réparation tandis qu'au sens de la seconde acception, elle intervient au stade de la prévention primaire.

Ces deux approches se retrouvent dans le rapport *Poisson* qui avait proposé de définir la pénibilité au travail comme « le résultat de sollicitations physiques ou psychiques qui, soit en raison de leur nature, soit en raison de la demande sociale, sont excessives en regard de la physiologie humaine et laissent, à ce titre, des traces durables, identifiables et irréversibles sur la santé et sur l'espérance de vie d'un travailleur »¹⁷¹². La notion de pénibilité ainsi placée à la croisée de la prévention et de la retraite¹⁷¹³ revêt des enjeux difficilement compatibles. Si elle a vocation à guider les actions de prévention, alors l'accent doit être mis sur le travail et les conditions de travail tandis que si elle sert à compenser l'usure au travail, la prise en compte de la pénibilité à ce titre ne conduit pas nécessairement à l'amélioration des conditions de travail permettant de lutter contre l'usure prématurée du corps. Dès lors a-t-elle vocation à prévenir l'usure au travail ou à la compenser ?

Ni la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010¹⁷¹⁴ ni celle du 20 janvier 2014¹⁷¹⁵ n'ont choisi de trancher. Cependant utiliser la même notion pour répondre à ces deux enjeux majeurs a suscité autant de confusion que d'incompréhension¹⁷¹⁶.

698. Les difficultés, quant au sens donné à la pénibilité, sont intimement liées à son histoire juridique. D'abord conçue par la loi n° 2003-775 du 21 août 2003¹⁷¹⁷ comme un objet de négociation collective, la pénibilité devient une obligation de prévention pour l'employeur en vertu de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010. Par cette loi, le législateur a étendu les obligations de l'employeur à la mise en œuvre de mesures comprenant des actions de prévention de la pénibilité, venant s'ajouter à celles prévues pour prévenir les risques professionnels. La

¹⁷¹² J.-F. POISSON, *La pénibilité au travail*, Rapport d'information n° 910, AN, 27 mai 2008, p. 55.

¹⁷¹³ En ce sens : F. HÉAS, article précité.

¹⁷¹⁴ Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JORF n° 261 du 10 novembre 2010, texte n° 1.

¹⁷¹⁵ Loi n° 2014-40 du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et la justice d'un système de retraites, JORF n° 17 du 21 janvier 2014, texte n° 1.

¹⁷¹⁶ En ce sens : S. FANTONI-QUINTON, J. QUANDALLE-BERNARD, « La pénibilité au travail : un concept au géométrie (très) variable », *RDSS*, 2012, p. 163 ; G. BONNARD, P.-L. BRAS, J.-F. PILLIARD, *Améliorer la santé au travail, l'apport du dispositif Pénibilité*, Rapport au premier ministre, 2016 p. 24.

¹⁷¹⁷ Loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, JORF n° 193 du 22 août 2003, p. 14310.

mise en œuvre des actions de prévention en matière de pénibilité s'est traduite par la création de fiches d'exposition à certains risques professionnels énumérés à l'article L.4121-3-1 du Code du travail.

À cette première étape s'est ajoutée la création d'un compte personnel de prévention de la pénibilité (C3P) issu de la loi n° 2014-40 du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et la justice d'un système de retraite. Tout salarié exposé à un facteur de pénibilité cumule des points qui viennent s'inscrire dans le C3P et qui peuvent être utilisés pour suivre une formation professionnelle, bénéficier d'un complément de rémunération en cas de diminution du temps de travail ou permettre un départ à la retraite anticipé. Les facteurs de pénibilité sont identiques aux facteurs de risques professionnels faisant l'objet de la fiche d'exposition.

Dès l'entrée en vigueur du C3P, des difficultés de mise en œuvre ont été dénoncées par les employeurs et le Gouvernement a différé d'un an l'application de six critères sur dix. Un rapport au Premier ministre relève que les entreprises craignent des contentieux dus à la complexité de certains facteurs de pénibilité qui nécessitent une connaissance fine des activités réalisées dans l'entreprise¹⁷¹⁸. Certaines fédérations professionnelles interrogées dans le cadre du rapport soulignent le caractère concurrentiel des deux dispositifs initialement prévus pour être complémentaires¹⁷¹⁹.

Avec l'ordonnance du 22 septembre 2017¹⁷²⁰, le C3P devient le compte professionnel de prévention, le C2P. Le terme pénibilité disparaît des textes et Sophie Fantoni-Quinton et Franck Héas remarquent que si les dix facteurs de pénibilité restent inscrits dans le Code du travail, « tout juriste sait trop bien que la pression et les mots utilisés ont toujours un sens et une orientation »¹⁷²¹, d'autant que seuls six facteurs sur les dix sont générateurs de droits au titre du C2P.

699. Cette saga législative serait-elle l'histoire de la naissance avortée de la notion de pénibilité en matière de santé ?

¹⁷¹⁸ Ch. SIRUGUE, G. HUOT, M. DAVY de VIRVILLE, *Compte personnel de prévention de la pénibilité : propositions pour un dispositif plus simple, plus sécurisé et mieux articulé avec la prévention*, Rapport au Premier ministre, mai 2015 p. 4.

¹⁷¹⁹ En ce sens : *ibid.*, p. 31.

¹⁷²⁰ Ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017 précitée.

¹⁷²¹ S. FANTONI-QUINTON, F. HÉAS, « Les réformes en droit du travail : affaiblissement ou opportunité pour le droit de la santé au travail », *Dr. soc.*, 2018, p. 202.

Dans la prise en compte des formes de pénibilité, « le législateur a incontestablement voulu rester prudemment dans le domaine de l'objectivable »¹⁷²² limitant le dispositif du C3P aux seules formes physiques de pénibilité. La pénibilité issue des risques psychosociaux n'est pas niée, en revanche, elle est écartée pour l'acquisition des droits au titre du C3P en raison de difficultés de faisabilité ; les critères de pénibilité physique étant plus faciles à mesurer. Le lien entre la pénibilité et la compensation explique que certaines formes de pénibilité aient été écartées pour les calculs de droit. Selon un rapport au Premier ministre, cette exclusion serait sans conséquence sur les politiques de prévention de la pénibilité grâce à leur inscription dans un cadre juridique¹⁷²³.

Toutefois, depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017, la pénibilité ne figure plus dans les obligations de prévention. Elle n'en disparaît évidemment pas pour autant du travail réel¹⁷²⁴. D'ailleurs, en 2015, le rapport au Premier ministre soulignait l'importance d'ancrer la pénibilité dans la prévention¹⁷²⁵. Si la pénibilité réapparaît dans le projet de loi instituant un système universel de retraite en discussion devant le Parlement en 2020, la logique reste similaire aux précédents dispositifs. Il s'agit avant tout de compenser la pénibilité par l'acquisition de points.

Le dépassement de la logique quantifiable pour faire place à une approche plus globale est pourtant la meilleure voie pour « mobiliser tous les moyens pour “dompter” la pénibilité »¹⁷²⁶. Il implique alors de coupler la pénibilité aux principes de prévention.

¹⁷²² B. LARDY-PÉLISSIER, « La pénibilité : au-delà de l'immédiat et du quantifiable », *RDT*, 2011, p. 160.

¹⁷²³ « Si les politiques de prévention ne prenaient en compte que les seules pénibilités donnant lieu à une reconnaissance administrative, on risquerait de faire sortir les autres types de pénibilité de la réflexion sur l'amélioration des conditions de travail et du champ des actions prévention mises en œuvre dans les entreprises. Mais, l'existence d'un cadre juridique qui inscrit la prévention dans une perspective plus large que celle des seuls critères du compte préserve de ce risque de focalisation sur les 10 critères, risque qui, au terme des entretiens, a semblé à la mission plus théorique qu'avéré. La conscience même qu'ont les acteurs de ce danger (représentants des salariés et des employeurs, médecins du travail, ingénieurs de préventions, CRAM) les incite à la vigilance. », G. BONNARD, P.-L. BRAS, J.-F. PILLIARD, rapport précité, 2016, p. 26.

¹⁷²⁴ En ce sens : « Les innovations technologiques, le développement de la numérisation et de l'automatisation, la part croissante des services dans la production peuvent laisser penser que la pénibilité physique, serait-elle remplacée par d'autres contraintes liées à l'intensification du travail, est appelée à se réduire naturellement. Or, les données d'enquête ne confirment pas cette décroissance spontanée. Avec des variations selon les critères de pénibilité retenus, le pourcentage de personnes exposées ne diminue pas, entre 1984 et 2013. Ainsi, l'exposition aux contraintes physiques, aux produits dangereux ou aux risques infectieux augmente sur la période. Seule l'exposition aux fumées et poussières, mesurée sur une période plus courte, diminue entre 2005 et 2013. Pour les contraintes posturales entre 1984 et 2013, on constate une augmentation souvent très importante, jusqu'à un doublement des effectifs pour l'exposition aux secousses ou vibrations entre 1984 et 2013. », *ibid.*, pp. 6-7.

¹⁷²⁵ « Le C3P doit s'inscrire dans démarche globale plus large de prévention de la pénibilité, plus constructive, plus collective, plus dynamique comportant trois étapes : diagnostic de la pénibilité dans le cadre du DUER (“volet pénibilité” du DUER), plan de prévention de la pénibilité, recensement des unités de travail exposées à la pénibilité (ou groupes homogènes d'exposition) pour réparation ultérieure. », Ch. SIRUGUE, G. HUOT, M. DAVY de VIRVILLE, rapport précité, p. 38.

¹⁷²⁶ B. LARDY-PÉLISSIER, article précité.

700. *In fine*, le double ancrage de la pénibilité, d'une part dans la prévention et d'autre part dans un dispositif de compensation, a été préjudiciable pour la prévention. Or, la pénibilité demeure une problématique de santé au travail ; non seulement elle conserve tout son sens dans sa dimension préventive mais son extension à d'autres formes prégnantes, telle que la pénibilité technologique, apparaît comme une nécessité pour prendre en compte les mutations du travail¹⁷²⁷.

Dans cette perspective, la pénibilité qui est « une notion aux contours flous »¹⁷²⁸ dispose de la plasticité nécessaire pour saisir les contraintes de travail induites par la technologie contribuant ainsi à une prise en compte globale de la santé au travail.

§2 - Traduire la prise en charge globale de la santé dans les obligations de l'employeur

701. En matière de protection de la santé, les obligations qui pèsent sur l'employeur confèrent un contenu positif au droit à la protection de la santé. Partant, elles participent à son effectivité. L'affirmation du droit à « la sécurité et à l'hygiène dans le travail »,¹⁷²⁹ à « des conditions de travail » respectueuses de la santé, la sécurité et la dignité¹⁷³⁰, et au bénéfice « dans son milieu de travail [à] des conditions satisfaisantes de protection »¹⁷³¹, trouvent alors à s'exprimer dans l'obligation de sécurité et de santé d'origine prétorienne ainsi que dans le respect des principes généraux de prévention énoncés par le Code du travail.

Dans la perspective d'inscrire la protection de la santé dans « tous les aspects du travail », l'obligation de sécurité doit être lue à la lumière de la directive 89/391/CEE du 12 juin 1989 (A).

Les principes généraux de prévention, quant à eux, apparaissent comme une catégorie juridique à part dans le champ de la santé au travail. En ce sens, ils dénotent de la réglementation sanitaire dont l'objet principal porte sur la description précise des caractéristiques techniques. Leur énoncé normatif « recommandatoire »¹⁷³² appelle, alors, à s'interroger sur leur valeur juridique (B).

¹⁷²⁷ En ce sens : F. HÉAS, article précité.

¹⁷²⁸ B. LARDY-PÉLISSIER, article précité.

¹⁷²⁹ Charte sociale du Conseil de l'Europe, article précité.

¹⁷³⁰ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article précité.

¹⁷³¹ Charte communautaire des droits sociaux des travailleurs, article précité.

¹⁷³² C. THIBIERGE, « Le droit souple », *RDT civ.*, 2003, p. 599.

A – Le renforcement de l’obligation de santé et de sécurité par une prise en compte globale de la santé au travail

702. L’obligation de sécurité mise en lumière par le juge a fait l’objet de plusieurs mues juridiques. Initialement fondée sur le contrat de travail, le juge lui a donné ensuite une assise légale. À ce changement de fondement, s’est également ajoutée une variation d’intensité de l’obligation. En effet, après avoir découvert dans un premier temps une obligation de résultat, le juge l’a requalifiée en obligation de moyen. Cette double mutation (1) est l’occasion d’un ancrage européen propice à son renforcement (2).

1 - Réflexions sur la double mue de l’obligation de sécurité

703. Initialement, l’obligation de sécurité dont l’employeur est le débiteur résulte du contrat de travail. En droit commun des contrats, il est classique de distinguer entre l’obligation de moyen et l’obligation de résultat. Cette distinction mise en lumière par René Demogue, utilisée notamment dans le contentieux civiliste de la responsabilité contractuelle, a servi à la Chambre sociale de la Cour de cassation à faire apparaître dans le contrat de travail une obligation de résultat de sécurité. Si Sophie Fantoni-Quinton et Pierre-Yves Verkindt soulignent le caractère logique de ce raisonnement juridique¹⁷³³, ils relèvent cependant que la Chambre sociale à partir de 2005¹⁷³⁴ change de fondement abandonnant « la référence au contrat [pour découvrir] dans l’article L.230-2, (devenu L.4121-1) du Code du travail, le fondement de l’obligation qu’elle

¹⁷³³ « Que l’obligation de sécurité de résultat réapparaisse à l’occasion d’un contentieux relatif à la faute inexcusable en matière de réparation des accidents du travail n’a donc rien de surprenant. », S. FANTONI-QUINTON, P.-Y. VERKINDT, « L’obligation de résultat en matière de santé au travail, À l’impossible, l’employeur est tenu », *Dr. soc.*, 2013, p. 229.

¹⁷³⁴ « Mais attendu que, selon l’article 1er du décret n° 92-478 du 29 mai 1992, devenu l’article R.3511-1 du Code de la santé publique, l’interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif s’applique dans tous les lieux fermés et couverts qui constituent les lieux de travail ; qu’en application de l’article 4 dudit décret, devenu les articles R.3511-4 et R.3511-5 du Code de la santé publique, dans les établissements mentionnés aux articles L.231-1 et L.231-1-1 du Code du travail, il appartient à l’employeur qui entendrait déroger à cette interdiction dans les locaux de travail autres que ceux affectés à l’ensemble des salariés, tels les bureaux à usage collectif, d’établir, après consultation du médecin du Travail, du Comité d’hygiène et de sécurité et des conditions de travail ou, à défaut, des délégués du personnel, un plan d’organisation ou d’aménagement destiné à assurer la protection des non-fumeurs ; [...] ; qu’elle en a exactement déduit que l’employeur, tenu d’une obligation de sécurité de résultat vis-à-vis de ses salariés en ce qui concerne leur protection contre le tabagisme dans l’entreprise, n’avait pas satisfait aux exigences imposées par les textes précités », *Cass. soc.*, 29 juin 2005, arrêt précité.

va désormais appliquer »¹⁷³⁵. Ce faisant, les juges transposent « le mécanisme créé dans le cadre de l'obligation contractuelle à une obligation légale »¹⁷³⁶.

En parallèle de ce premier changement, l'évolution de l'obligation de sécurité se poursuit en s'articulant autour d'un triptyque prétorien formé par les arrêts *Snecma*, *Fnac* et *Areva*¹⁷³⁷.

Cette double (r)évolution appelle deux remarques, l'une sur l'objet de l'obligation, l'autre sur l'intensité de l'obligation.

704. La première remarque porte sur les conséquences du glissement du fondement de l'obligation. Le passage d'une obligation contractuelle à une obligation légale a eu pour effet un déplacement de l'objet de l'obligation. Son rattachement à la prévention légale circonscrit son champ d'application aux principes de prévention légales énumérées à l'article L.4121-2 du Code du travail. En conséquence, l'obligation de sécurité s'en trouve *de facto* limitée à cette liste et l'employeur bénéficie d'une grille de lecture qui n'a rien d'imprévisible.

Le changement d'objet de l'obligation se traduit également au niveau du contentieux. Alors que l'obligation fondée sur le contrat de travail s'appliquait aux cas de responsabilité de l'employeur face au dommage causé du fait d'une atteinte à l'intégrité physique ou mentale au salarié, l'obligation légale met en relief les principes de prévention. En effet, à compter des arrêts *Fnac* et *Areva*, les juges contrôlent l'efficacité des mesures de prévention en vérifiant si l'employeur a mis en œuvre « tous les moyens utiles »¹⁷³⁸. Ce contrôle leur offre un regain de visibilité.

Cette jurisprudence est reprise dans l'ANI du 10 décembre 2020. Indiquant que « pour rappel, la jurisprudence a admis qu'un employeur et ses délégataires pouvaient être considérés comme ayant rempli leurs obligations s'ils ont mis en œuvre les actions de prévention », l'ANI fait toutefois une lecture est très réductrice puisqu'il ne suffit pas que l'employeur ait pris des mesures pour s'acquitter de son obligation. Pour apprécier la validité des mesures de prévention, la Cour de cassation ne se contente pas d'en vérifier l'existence. Il appartient à la Cour d'appel dans son pouvoir souverain d'appréciation d'en vérifier l'adéquation au regard des enjeux. L'attendu de principe de l'arrêt *Areva*¹⁷³⁹, en ce qu'il énumère l'ensemble des

¹⁷³⁵ S. FANTONI-QUINTON, P.-Y. VERKINDT, article précité.

¹⁷³⁶ *Ibid.*

¹⁷³⁷ Sur ces arrêts, *supra*, n° 235 s.

¹⁷³⁸ Cass. soc., 5 mars 2015, arrêt précité.

¹⁷³⁹ Cass. soc., 22 octobre 2015, arrêt précité.

dispositifs de prévention mis en œuvre par l'employeur, valide l'appréciation faite par la Cour d'appel au regard des moyens mobilisés par l'employeur. L'exposé des motifs de la proposition de loi n° 3718 pour renforcer la prévention de la santé au travail reprend la formulation de l'ANI sans pour autant l'inscrire dans la loi.

705. La deuxième remarque porte sur le constat que l'obligation légale de sécurité est partiellement restée sous la tutelle du droit civil. En témoigne le recours à la distinction fondée sur l'intensité de l'obligation empruntée au droit civil.

Au plan civil, l'intensité de l'obligation varie en fonction de l'aléa qui pèse sur la réalisation du résultat. En l'absence d'aléa rien ne justifie que le résultat ne soit pas atteint : l'obligation est de résultat. *A contrario* la présence d'un aléa rend la réalisation du résultat incertaine : l'obligation est alors de moyen. En matière de sécurité, le contentieux de la responsabilité civile prend en compte le rôle de la victime pour apprécier l'intensité de l'obligation. Lorsque la victime est active, elle est partiellement ou en totalité investie de sa sécurité : l'obligation est de moyen. Dans le cas contraire, la victime passive n'a pas de prise sur sa sécurité : l'obligation est alors de résultat. Ces principes trouvent notamment de nombreuses illustrations dans la jurisprudence relative à la sécurité des remontées mécaniques ainsi que dans le contentieux des transports notamment ferroviaires.

La parenté civiliste a-t-elle pour effet de se répercuter sur le rôle du salarié quant au maintien de sa sécurité ? En d'autres termes, le rôle du salarié dans le maintien de sa santé et de sa sécurité est-il de nature à faire varier l'intensité de l'obligation qui pèse sur l'employeur ? L'article L.4122-1 du Code du travail dispose « il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ». Autrement dit, le salarié est actif quant au maintien de sa sécurité et de sa santé. Son rôle actif est néanmoins limité puisque l'article précise d'une part, que le salarié se conforme « aux instructions qui lui sont données par l'employeur, dans les conditions prévues au règlement intérieur pour les entreprises tenues d'en élaborer un » et, d'autre part, que cette obligation est « sans incidence sur le principe de la responsabilité de l'employeur ». Il faut conclure que l'appréciation civiliste sur l'intensité de l'obligation au regard du rôle de la victime ne s'applique pas à l'obligation de sécurité et de santé au travail.

706. Le changement d'intensité de l'obligation de sécurité met la focale sur la prévention qui devient « un moyen et non une fin »¹⁷⁴⁰.

Certains auteurs voient dans la décontractualisation de l'obligation la possibilité de changer de raisonnement pour consacrer un devoir de sécurité et de santé¹⁷⁴¹. Pascal Lokiec souligne qu'« il aurait été possible d'aller jusqu'au droit à la santé qui est le degré supérieur »¹⁷⁴². De son point de vue « trois degrés [sont] concevables : d'abord l'obligation de l'employeur, ensuite, à un degré supplémentaire, le devoir de sécurité et enfin, le degré ultime, le droit de la personne, du salarié »¹⁷⁴³.

Dans cette perspective, une nouvelle lecture de la directive 89/391/CEE du 12 juin 1989 serait un gage d'effectivité.

2 - Un ancrage européen, l'occasion d'une effectivité renouvelée ?

707. L'obligation de sécurité, en changeant de nature a également changé d'objet. De par sa nature légale, son objet est à présent relatif aux principes de prévention contenu dans le Code du travail. Or ces principes sont le fruit de la transposition de la directive 89/391/CEE. Concernant les obligations générales en matière de santé, l'article 6 de la directive dispose que « dans le cadre de ses responsabilités, l'employeur prend les mesures nécessaires pour la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, y compris les activités de prévention des risques professionnels, d'information et de formation ainsi que la mise en place d'une organisation et de moyens nécessaires ». En outre, il prévoit que la mise en œuvre de ces obligations impose le respect de principes généraux. L'employeur doit notamment « adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment d'atténuer le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé »¹⁷⁴⁴ et « planifier la prévention en visant un ensemble cohérent qui intègre dans la prévention la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations

¹⁷⁴⁰ G. PIGNARRE, L.-F. PIGNARRE, article précité.

¹⁷⁴¹ En ce sens : P. LOKIEC, A. DAVID, « L'obligation de sécurité de résultat, une norme visant à rendre effectif le droit à la santé et à la sécurité dans le travail », *BICC*, n° 847, 15 septembre 2016, p. 7.

¹⁷⁴² *Ibid.*, p. 13.

¹⁷⁴³ *Ibid.*

¹⁷⁴⁴ Article 6, paragraphe 2, d, de la directive 89/391/CEE.

sociales et l'influence des facteurs ambiants au travail »¹⁷⁴⁵. La directive fait le lien entre la technique, l'organisation du travail et les mesures de prévention visant à protéger la sécurité et la santé des salariés. Ce faisant, elle adopte une « approche globale de la notion de protection »¹⁷⁴⁶.

En droit interne, la transposition de la directive 89/391/CEE a donné lieu à l'introduction des principes généraux de prévention dans le Code du travail aux articles L.4121-1 et suivants. L'article L.4121-2, 7° du Code du travail reprend, en des termes identiques à l'article 6 de la directive, l'obligation d'adapter le travail à l'homme et fait le lien entre prévention, technique et organisation du travail. En d'autres termes, organiser la prévention en intégrant de manière cohérente la technique constitue un principe général de prévention, et « la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés »¹⁷⁴⁷ figure parmi les mesures que l'employeur a l'obligation de prendre.

Toutefois, il faut relever une distance entre la lettre de la directive et sa transposition en droit français. Alors que l'article 5 de la directive 89/391/CEE prévoit que « l'employeur est obligé d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs dans tous les aspects liés au travail, l'article L.4121-1 du Code du travail dispose que « l'employeur prend toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé mentale et physique des travailleurs ». Les deux textes n'ont donc pas la même portée.

Alors que le texte européen met l'accent sur l'obligation faite à l'employeur de garantir la santé du travailleur dans tous ses aspects du travail, le texte national est centré sur les mesures et ne porte que sur la santé mentale et physique. La dimension globale de la santé au travail a disparu.

708. Si la volonté de donner un ancrage européen à l'obligation de sécurité a pu ressortir de certains arrêts, elle reste, malgré tout, timide. Elle transparait quand même de l'arrêt du 28 février 2006¹⁷⁴⁸ rendu au visa de l'article L.230-2, I, du Code du travail [devenu L.4121-1] « interprété à la lumière de la directive 89/391/CEE du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail ». La dénomination du texte communautaire citée dans son intégralité

¹⁷⁴⁵ Article 6, paragraphe 2, g, de la directive 89/391/CEE.

¹⁷⁴⁶ F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT, *op. cit.*, p. 585.

¹⁷⁴⁷ Article L.4121-1, 3° du Code du travail.

¹⁷⁴⁸ Cass. soc., 28 février 2006, arrêt précité.

démontre la volonté des juges de mobiliser l'ensemble de la directive¹⁷⁴⁹. Au sujet de cet arrêt, la Cour de cassation indique, dans son rapport annuel que « l'obligation de sécurité de résultat, fondée sur le respect de l'exigence d'effectivité, a ainsi commencé à devenir une norme autonome irriguant toutes les phases de la vie au travail » et elle ajoute que « ces règles participent au droit fondamental à la santé et à la sécurité du salarié »¹⁷⁵⁰.

709. L'obligation de sécurité, dont l'objet est désormais la prévention, s'enracine dans les principes généraux de prévention. Ce fondement a pour conséquence d'investir le juge d'un pouvoir de contrôle renouvelé de ces principes.

B – Un renouveau des principes de prévention de la santé

710. L'exercice de prospective « Mode et méthodes de production en France en 2040 : quelles conséquences en santé et sécurité au travail ? » réalisé par l'INRS en novembre 2016 montre deux tendances qui se sont dessinées lors des vingt dernières années et qui semblent s'affirmer. D'une part, la robotisation et la dématérialisation des relations entraînent des transformations profondes, d'autre part, les différences entre les secteurs secondaire et tertiaire s'amenuisent chacun empruntant à l'autre des techniques de production¹⁷⁵¹. Qu'il s'agisse de la présence de robots, ou de cobots (ces robots collaboratifs) dans l'industrie ou de la présence d'automates dans les services, le travail est marqué par l'omniprésence des outils numériques.

Dans ce contexte, deux hypothèses extrêmes sont envisageables : soit les rythmes de travail sont définis par la technologie, la part du travail prescrit exerçant une forte contrainte ; soit la technologie est au service de l'homme offrant une diminution de la pénibilité tout en garantissant une latitude de créativité. Dès lors, les risques de pression technologique et les conséquences en matière de santé qui en résultent vont largement dépendre des modes

¹⁷⁴⁹ En ce sens : S. BOURGEOT, M. BLATMAN, « De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés, *Dr. soc.*, p. 653.

¹⁷⁵⁰ COUR DE CASSATION, « Obligation de sécurité pesant sur l'employeur », Rapport annuel, La Documentation française, 2006, p. 224.

¹⁷⁵¹ « La différence entre secteurs secondaire et tertiaire s'estompe dans un double mouvement : industrialisation des services – les techniques organisationnelles qui ont longtemps été propres à l'industrie, le management par la qualité par exemple, s'étant imposés dans les services – et ce que produit l'industrie se rapprochant d'un service – plus qu'un produit il devient essentiel de vendre un service (le produit mais aussi son installation, sa maintenance, son remplacement, la formation des utilisateurs...). », INRS, *Mode et méthodes de production en France en 2040 : quelles conséquences en santé et sécurité au travail ?*, novembre 2016, p. 7.

d'organisation mis en place par les entreprises et l'importance donnée aux outils numériques sera alors déterminante.

En réponse à ces transformations, « la santé impose une approche globale et une prise en compte croisée des risques inhérents à l'activité professionnelle »¹⁷⁵². Cette optique de prévention globale de la santé amène à proposer une reconfiguration des principes généraux de prévention (1). Leur donner plein effet suppose alors une autonomie à l'égard de la réalisation du risque (2).

1 - Reconfigurer les principes de prévention

711. En vertu des articles L.4121-1 et L.4121-2 du Code du travail, l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs sur le fondement des principes généraux de prévention. La présentation de ces principes selon une configuration numérotée amène à s'interroger sur leur ordonnancement. Obéissent-ils à un ordre chronologique matérialisant une hiérarchie entre eux. La lecture des trois premiers principes invite à *éviter* d'abord, *évaluer* ensuite et *combattre* enfin les risques. Il ne paraît pas cohérent d'éviter les risques sans procéder à une évaluation. Dès lors, la numérotation des principes ne semble pas répondre à une logique organisée selon une chronologie recherchée.

En l'absence de chronologie ou hiérarchie apparente, chaque principe présente une valeur équivalente. Pour autant, certains principes pourraient servir de principes directeurs afin donner une dimension globale à l'évaluation qui s'en trouverait ainsi renforcée (a). Par ailleurs, toujours dans cette logique de prise en compte globale de la santé, l'évaluation des risques devrait intégrer les TIC dont la présence dans les entreprises n'a pas fini de se déployer (b).

¹⁷⁵² S. FANTONI, F. HÉAS, « Pour une reconfiguration des principes en santé au travail », *Dr. soc.*, 2016, p. 531.

a – Identifier des principes directeurs

712. Dans la perspective d'une approche globale de la santé au travail dans tous les aspects du travail, deux principes généraux retiennent l'attention. Il s'agit d'adapter « le travail à l'homme »¹⁷⁵³ et de « planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales »¹⁷⁵⁴.

713. Les sources du principe d'adaptation du travail à l'homme sont plurielles.

Au plan international, il figure dans la Convention n° 155 de l'OIT qui indique que la politique nationale en matière de sécurité et de santé des travailleurs doit tenir compte notamment « des liens qui existent entre les composantes matérielles du travail et les personnes qui exécutent ou supervisent le travail ainsi que l'adaptation des machines, des matériels, du temps de de travail, de l'organisation du travail et des procédés de travail aux capacités physiques et mentales des travailleurs »¹⁷⁵⁵. La Convention n° 187, pour sa part, indique que le programme national doit « promouvoir le développement d'une culture de prévention »¹⁷⁵⁶. Il est toutefois nécessaire de noter que la France n'a ratifié que cette dernière convention.

Ce principe est également présent au niveau européen. Il est mentionné en premier lieu à l'article 6, 2, d) de la directive 89/391/CEE. En prévoyant que les mesures de protection de la sécurité et de la santé sont mises en œuvre notamment sur la base du principe d'adaptation du travail à l'homme, la directive affiche la volonté de poser « la priorité de l'homme sur la production »¹⁷⁵⁷. Il figure également dans la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail¹⁷⁵⁸. Il apparaît aussi en filigrane dans la directive 90/270/CEE du Conseil du 29 mai 1990 concernant les prescriptions

¹⁷⁵³ Article L.4121-2, 4° du Code du travail.

¹⁷⁵⁴ Article L.4121-2, 7° du Code du travail.

¹⁷⁵⁵ OIT, Convention n° 155 sur la sécurité et la santé des travailleurs, entrée en vigueur le 11 août 1983.

¹⁷⁵⁶ OIT, Convention n° 187 sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail, entrée en vigueur le 20 février 2009, ratifiée par la France par loi n° 2014-200 du 24 février 2014, JO n° 47 du 25 février 2014, texte n°3.

¹⁷⁵⁷ D. NAZET ALLOUCHE, « Droits sociaux », *Rep. Eur.*, Dalloz. n° 123.

¹⁷⁵⁸ Article 13, directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, JOCE, L 307, 13 décembre 1993, p. 18, « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que l'employeur qui envisage d'organiser le travail selon un certain rythme tienne compte du principe général de l'adaptation du travail à l'homme, notamment en vue d'atténuer le travail monotone et le travail cadencé en fonction du type d'activité et des exigences en matière de sécurité et de santé, particulièrement en ce qui concerne les pauses pendant le temps de travail ».

minimales de sécurité et de sécurité relatives au travail sur des équipements à écran de visualisation¹⁷⁵⁹. Ce texte prévoit qu'au titre de l'interface ordinateur/homme « les systèmes doivent afficher l'information dans un format et à un rythme adaptés aux opérateurs » et « les principes d'ergonomie doivent être appliqués en particulier au traitement de l'information par l'homme ».

Transposé en droit interne à la suite de la directive 89/391/CEE, ce principe impose à l'employeur de prendre des mesures de prévention qui concernent en particulier « la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé »¹⁷⁶⁰.

714. Le principe d'adaptation du travail à l'homme renvoie à l'étude globale du travail en matière de santé tant dans la dimension des conditions de travail sous l'angle de l'ergonomie¹⁷⁶¹ que dans la dimension organisationnelle sous l'angle de la charge de travail. La référence « à l'homme » démontre « la primauté de la personne sur l'ordre des choses et de l'argent »¹⁷⁶². Adapter exprime l'idée que l'employeur prend toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentales des travailleurs. Alors que l'obligation légale de sécurité est à présent une obligation de moyen, l'obligation de prévention dans une dimension globale prend tout son sens. L'ANI pour une prévention renforcée du 10 décembre 2020 affirme que la prévention « doit être centrée sur les réalités du travail ». Affirmant s'appuyer sur les travaux de l'OIT et notamment la Convention n° 187, l'accord entend mettre l'humain au cœur des préoccupations de santé et de sécurité au travail. Dans cette perspective, l'ANI affirme que « le principe de l'adaptation du travail à l'homme [...] constitue la base de la prévention primaire ».

¹⁷⁵⁹ JOCE, L 156, 21 juin 1990, p. 14.

¹⁷⁶⁰ Article L.4121-2, 4° du Code du travail.

¹⁷⁶¹ En ce sens : « Le mot adaptation est utilisé ici dans le sens d'approprier. Il signifie, à titre d'utilisation, que ce n'est pas le travailleur qui doit s'accroupir pour ébavurer une pièce au sol, et ce faisant adopter des postures pénibles l'exposant à un risque d'accident ou de pathologie dorsolombaire, mais la pièce qui doit être déposée sur un support approprié, à hauteur d'homme, le cas échéant orientable, de manière à ce que le travail puisse être réalisé dans les meilleures conditions de santé et de sécurité, et probablement, au passage, de qualité et de productivité. », H. LANOUZIÈRE, « Adapter le travail à l'homme : la portée pratique et juridique insoupçonnée d'un principe essentiel de la santé au travail », *Sem. Soc. Lamy*, n° 1873, 9 septembre 2019.

¹⁷⁶² M. BONNECHÈRE, « Santé-sécurité dans l'entreprise et dignité de la personne au travail », *Dr. ouvr.*, novembre 2003, p. 453.

715. Dans une démarche de prévention globale, l'adaptation du travail à l'homme doit être lue en combinaison avec le principe de planification de la prévention dans un ensemble cohérent intégrant la technique, l'organisation et les conditions de travail. Ce principe définit un mode opératoire de la planification de la prévention. L'ensemble des composantes du travail ainsi visé s'intègre dans un ensemble cohérent.

L'évaluation des risques vient alors se placer sous la tutelle de ces deux principes qui servent de lignes directrices à cette approche de la prévention « dans tous les aspects du travail ». L'évaluation n'en perd pas son intérêt mais s'en trouve au contraire enrichie.

b - L'obligation d'évaluer les risques : l'approche globale

716. Le document unique d'évaluation des risques prévu à l'article R.4121-1 du Code du travail constitue la formalisation de l'obligation d'évaluer les risques permettant de mettre en œuvre des actions de prévention des risques professionnels satisfaisant ainsi à l'obligation d'assurer la sécurité et de protéger la santé physique et mentale des salariés. Évaluer consiste dresser un inventaire réalisé dans chaque unité de service. La circulaire n° 6 DRT du 18 avril 2002¹⁷⁶³ souligne que l'évaluation *a priori* des risques professionnels « constitue un moyen essentiel de préserver la santé et la sécurité des travailleurs, sous la forme d'un diagnostic en amont - systématique et exhaustif - des facteurs de risques auxquels ils peuvent être exposés ».

Ce diagnostic en amont s'inscrit dans une démarche préventive visant à anticiper les risques. Une « approche globale et pluridisciplinaire c'est-à-dire à la fois technique, médicale et organisationnelle » est préconisée dans la circulaire.

717. Dresser un inventaire des risques passe d'abord par l'identification des dangers. Cette première étape est déterminante puisqu'elle marque le point de départ de l'analyse des risques. À ce titre, prenant exemple de l'association des rythmes et de la durée du travail, la circulaire note que des facteurs liés à l'organisation peuvent paraître sans risque pris isolément et s'avérer à risque pris en combinaison. Elle conclut que « l'évaluation des risques se définit comme le fait d'appréhender les risques créés pour la santé et la sécurité des travailleurs, dans tous les aspects liés au travail ».

¹⁷⁶³ Circulaire n° 6 DRT du 18 avril 2002 prise pour l'application du décret n° 2001-1016 portant création d'un document relatif à l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs, prévue par l'article L.230-2 du Code du travail (devenu R. 4121-1) et modifiant le Code du travail.

Dans cette même logique, l'ANI du 10 décembre 2020 énonce que « la connaissance du risque suppose une vision précise du travail tel qu'il est prescrit formellement et tel qu'il est réalisé dans les faits » et souligne l'importance de « recueillir et prendre en compte les points de vue des salariés pour bâtir une politique de prévention » adaptée aux réalités du travail.

Dans cette perspective, il insiste sur la centralité du document unique d'évaluation des risques professionnels. Afin de transcrire cette volonté, la proposition de loi n° 3718 renforce les dispositions relatives au DUERP. Inscrit dans la partie réglementaire du Code du travail, il prend place en partie législative à l'article L. 4121-3-1. Dans l'objectif de favoriser la traçabilité des risques professionnels, l'article prévoit la conservation des versions successives « pour une durée qui ne peut être inférieure à quarante ans ». En outre, l'article ajoute que « le DUERP est transmis par l'employeur au service de prévention de santé au travail auquel il est affilié, à chaque mise à jour ».

718. La promotion des principes de prévention comme clé de voute de la santé au travail suppose également une autonomie qui en garantit le plein effet.

2 – La force des principes de prévention à parfaire

719. Un principe est une catégorie juridique dont la normativité est faible. Selon Georges Ripper, les principes sont dans un procès « des vêtements magnifiques pour des opinions discutables »¹⁷⁶⁴. Sa nature juridique particulière « tient à son caractère de généralité »¹⁷⁶⁵. Énoncé en terme abstrait, il est une « notion première qui commande un ensemble de règles »¹⁷⁶⁶. Guidant l'œuvre du législateur, il tire sa force de sa « puissance d'intimidation »¹⁷⁶⁷.

Qu'en est-il des principes de prévention ? Ils caractérisent bien une notion première, en ce sens qu'ils servent de fondement aux mesures que doit prendre l'employeur. Si ces principes guident l'action de prévention de l'employeur, d'où tirent-ils leur force ? Sont-ils revêtus d'une puissance d'intimidation ? En d'autres termes, ont-ils un caractère obligatoire ? Dans le rapport fait au nom de la commission des Affaires sociale devant le Sénat au moment de l'adoption de

¹⁷⁶⁴ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J, [en ligne], 1955, p. 327, [consulté le 19 mai 2020].

¹⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 329.

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 337.

¹⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 343.

la loi du 31 décembre 1991, le rapporteur Jean Madelin indique que « ces obligations figuraient déjà partiellement dans le Code du travail. Toutefois, elles doivent désormais correspondre à des objectifs, dénommés “principes généraux” »¹⁷⁶⁸.

Les principes généraux de prévention sont-ils des obligations ou des objectifs ? L'article L.4121-2 du Code travail qui énumère ces principes s'inscrit sous le Chapitre 1^{er} intitulé *Obligations de l'employeur (articles L.4121-1 à L.4121-5)*. L'article L.4121-2 entre donc dans le champ des obligations. Cette précision ne résout cependant que partiellement la question puisque l'obligation mentionnée est celle de prendre les mesures *sur le fondement des principes généraux*.

720. Des éléments de réponse se dessinent à la lumière de l'étude de la jurisprudence laissant cependant apparaître un traitement hétérogène.

Dans un arrêt du 30 novembre 2018¹⁷⁶⁹, la Cour d'appel de Douai a eu l'occasion de se prononcer sur principe d'adaptation du travail à l'homme au regard de sa dimension organisationnelle. En l'espèce, une salariée initialement embauchée au poste d'assistance dans une société de nettoyage de locaux professionnels se voit confier à partir de 2011 un poste de gestion de la clientèle. À ce titre, elle supervise le nettoyage de soixante-quinze agences bancaires auquel s'ajoute un an plus tard la gestion de soixante-cinq autres agences pour palier le remplacement d'une salariée absente. En arrêt maladie à partir de février 2014, le médecin la déclare inapte à son poste de travail mais apte à un poste identique dans un environnement différent, l'employeur la licencie pour inaptitude. La salariée saisit le Conseil des Prud'hommes qui valide le licenciement. Interjetant alors appel notamment pour manquement par l'employeur à son devoir de prévention sur le fondement du harcèlement moral prévu à l'article L.1152-4 du Code du travail, la Cour d'appel donne raison à la salariée.

Les motifs qui infirment le jugement méritent l'attention. La Cour d'appel, qui retient que la salariée a été victime de harcèlement moral, relève au soutien de sa décision que l'employeur « non seulement, ne justifie pas avoir mis en œuvre les mesures de prévention prévues par les articles L.4121-1 et L.4121-2 du Code du travail et notamment celles permettant *d'adapter le travail à l'homme* en particulier en ce qui concerne les méthodes de travail et de production, mais encore, alors qu'il était informé de l'existence de faits susceptibles de porter atteinte à la

¹⁷⁶⁸ J. MADELIN, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi modifiant le code du travail et le code de la sécurité sociale en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition des directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail*, Sénat, 1991, p. 47.

¹⁷⁶⁹ CA Douai, 30 novembre 2018, n° 2199/18.

santé de la salariée, n'a pris aucune mesure immédiate propre à les faire cesser. » Pour la Cour d'appel, la source de l'altération de la santé de la salariée résulte de la dégradation des conditions de travail liées aux « méthodes de gestion mises place [par l'employeur, qui] ont ainsi imposé à la salariée une surcharge de travail par l'accomplissement d'heures supplémentaires ou l'obligation de travailler en dehors de ses heures de travail ».

En d'autres termes, la Cour d'appel de Douai fait un double constat. En amont, l'employeur n'a pas pris les mesures de prévention permettant d'adapter le travail à l'homme ; en aval, les méthodes de gestion à l'origine de la surcharge de travail ont dégradé la santé de la salariée.

721. Cette autonomie des principes de prévention ne s'étend pas toutefois à l'évaluation des risques. En matière civile, l'absence d'établissement du document unique n'est plus une faute susceptible d'engager la responsabilité civile de l'employeur.

Depuis un arrêt de la Chambre sociale du 13 avril 2016¹⁷⁷⁰ le manquement de l'employeur à ce principe n'emporte plus réparation d'un préjudice nécessairement causé par le seul fait de ce manquement. L'arrêt du 25 septembre 2019 s'inscrit dans le prolongement de ce revirement de jurisprudence jugeant que « la Cour d'appel, dans l'exercice de son pouvoir souverain, a estimé que la salariée ne justifiait d'aucun préjudice résultant du défaut d'établissement du document unique de prévention des risques ».

Faut-il comprendre que le salarié devra établir l'existence d'un préjudice ayant pour origine le défaut d'établissement de ce document ou bien que l'absence de document unique ne serait constitutive d'un préjudice qu'en cas de réalisation d'un risque. S'il faut attendre la réalisation du risque, pour qu'un préjudice résultant du défaut d'établissement du document unique soit réparé alors la prévention des risques fondée sur leur évaluation perd toute sa valeur.

Lorsque l'employeur se soustrait à son obligation d'évaluation des risques, il se soustrait par voie de conséquence à son obligation de prévention ; il en découle une moindre garantie de la santé du salarié. Comment garantir l'effectivité des principes généraux de prévention si la première obligation qui consiste à évaluer les risques n'est pas respectée ? L'obligation d'évaluer les risques est-elle détachée de l'obligation de prévention des risques ? Si l'obligation d'évaluer les risques n'est sanctionnée qu'à l'aune de la réalisation d'un risque, il apparaît clairement qu'elle n'est pas une composante de l'obligation de prévention.

¹⁷⁷⁰ Cass. soc., 13 avril 2016, n° 14-28.293, Bull. civ. V, n° 849 ; *D.* 2016. 900 ; *ibid.* 1588, chron. P. Flores, E. Wurtz, N. Sabotier, F. Ducloz et S. Mariette ; *Dr. soc.* 2016. 650, étude S. Tournaux.

722. Au plan pénal, en revanche, l'article L.4741-1 du Code du travail incrimine le fait de méconnaître les dispositions légales et réglementaires en matière de santé et de sécurité. Il s'agit de délit-obstacle puisque l'incrimination est constituée à titre autonome par le seul non-respect de l'obligation indépendamment d'un dommage. Ainsi, le défaut d'établissement du document unique d'évaluation des risques est sanctionné par une amende pénale.

723. La force des principes de prévention apparaît donc d'intensité variable. Variable au sein de la jurisprudence sociale ; elle varie également entre le plan pénal et le plan civil.

Conclusion de la Section 2

724. Les préoccupations en matière de santé au travail qui ressortent des différents rapports institutionnels montrent une évolution dans sa prise en compte de la notion de souffrance à celle de bien-être. Ce faisant, un glissement s'opère de la prise en compte de la santé dans le travail vers la prise en compte de la santé du travailleur. Dans cette perspective, la mission de santé dont l'entreprise est investie prend les traits d'un néo paternalisme, « l'entreprise prend alors l'allure d'un thérapeute qui fera émerger la possibilité de bien-être et de découverte de soi »¹⁷⁷¹.

Le renouveau de cette fonction sociale n'est pas sans ambivalence puisque dans le même temps l'individu, autonome, doit aussi être acteur de son projet de vie. Dans ce modèle où l'entreprise est revêtue d'une dimension humaniste, où les managers « sont les gardiens de l'humain »¹⁷⁷², les causes du mal être se déplacent : elles sont à rechercher chez l'individu. Pour autant, *in fine*, le bien être en entreprise et la santé au travail sont présentés comme un levier de performance. Ainsi instrumentalisée, la santé n'est plus alors une fin ; elle devient un moyen.

Dans ce mouvement de fond consistant à renforcer la productivité en prenant appui sur l'innovation, l'organisation du travail et la technique apparaissent comme des impensés. Pourtant les travaux en ergonomie montrent l'importance d'analyser le travail réel. Dans le prolongement juridique de cette analyse, intégrer les TIC, qui sont présentées comme la solution incontournable à la productivité de l'entreprise, conduit à une lecture renouvelée des principes généraux de prévention sous l'angle européen. Ce recentrage de la prévention de la santé « dans tous les aspects du travail » permettrait de saisir la technique et les organisations pour protéger la santé du travailleur au travail.

¹⁷⁷¹ D. LINHART, *op. cit.*, p. 45.

¹⁷⁷² *Ibid.* p. 40.

Conclusion du Chapitre 2

725. Renforcer la protection du salarié, pour répondre aux défis posés par les TIC en matière de droit du travail, suppose d'intervenir dès stade de l'élaboration de la norme afin d'influer sur le degré d'effectivité. Si comme le souligne Julien Demaille la norme ne commence à produire des effets qu'à compter de son entrée en vigueur, les conditions de cette effectivité sont « "pré" déterminées au stade de son élaboration »¹⁷⁷³. Le contenu de la norme, pour lequel l'auteur précise que la qualité matérielle sera déterminante¹⁷⁷⁴, figure alors parmi les éléments qui concourent à son effectivité.

726. Suivant cette logique, renforcer le degré d'effectivité de la protection de la personne au travail suppose de considérer le salarié, en tant que personne c'est-à-dire sujet de droit et appelle à agir sur la norme.

La première action se situe au niveau de la médiation du travail par la technique. Le travail humain a toujours été médié par la technique, « il ne s'agit donc pas de contester la nécessité des outils »¹⁷⁷⁵ ; il s'agit de « remettre l'humain au cœur de l'informatisation et de l'automatisation »¹⁷⁷⁶. En ce sens, la notion de travail décent, offre un angle de protection appréhendant la personne au travail envisagée en tant qu'« entité originale »¹⁷⁷⁷ c'est-à-dire prise dans son intégralité. Adopter cette focale permet alors de s'intéresser au travail dans sa fonction instituante.

La deuxième action porte sur les mutations de la technique par le truchement de l'informatique et ses répercussions dans le champ du travail. À ce titre, l'adaptation des règles relatives à la protection des données au réalité du travail apparaissent déterminantes pour garantir le droit à l'autodétermination au bénéfice des salariés.

¹⁷⁷³ J. BETAÏLLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, M. PRIEUR (dir.), Thèse de doctorat, Droit public, Université de Limoges, [en ligne], 2012, p. 327, [consulté le 26 août 2019].

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁷⁵ P. MUSSO, A. SUPIOT (dir.), *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?*, *op. cit.*, p. 471.

¹⁷⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷⁷ Th. REVET, F. ZENATI – CASTING, *Droit des personnes*, Presses universitaires de France, 2006, p. 219.

La troisième action relève de l'engagement du salarié dans le travail. Elle suppose d'admettre que l'accomplissement de soi n'est pas la seule valeur du travail et que « le travail est [et reste aussi] l'engagement de l'énergie individuelle dans des conditions diversement pénibles d'effort physique et de charge mentale »¹⁷⁷⁸. Dans cette dimension, le droit du travail par le renforcement du régime de protection de la santé du salarié, renouvelé à la lumière des TIC, sert à « humaniser la technique »¹⁷⁷⁹.

¹⁷⁷⁸ P.-M. MENGER, « Travail instrumental et travail expressif. À quelles conditions le travail peut-il revêtir une valeur pleinement positive », in P. MUSSO, A. SUPIOT (dir.), *op. cit.*, p. 79.

¹⁷⁷⁹ A. SUPIOT, « Travail, droit et technique », *Dr. soc.*, 2002, p. 13.

Conclusion du Titre 1

727. L'importance croissante des TIC dans l'entreprise est à l'origine de transformations visant le travail et les organisations. Ces mutations ont rompu l'équilibre des pouvoirs au sein de l'entreprise. Dès lors, le renforcement du cadre juridique de protection du salarié apparaît comme un enjeu de justice sociale. Le recours aux droits fondamentaux permettrait de servir de socle à la refondation de la protection de la personne au travail.

728. Atteindre cet objectif soulève la question de l'effectivité de la norme et plus précisément des conditions en amont favorisant cette effectivité. À ce stade, deux conditions apparaissent déterminantes. La première concerne la place occupée par les droits fondamentaux au regard des TIC. La seconde porte sur l'élaboration d'un cadre juridique traduisant en droit positif la primauté des droits fondamentaux.

Dans l'ordre juridique, le rang occupé par une norme détermine sa prévalence sur les autres normes. Ce premier niveau d'analyse sommaire permet certes d'affirmer la primauté des droits fondamentaux sur les TIC mais ne reflète pas la réalité des difficultés. Les entraves sont d'abord d'ordre interne au système juridique. Elles résultent d'une justiciabilité variable qui ne permet pas toujours au justiciable de mobiliser utilement un droit. Les obstacles sont également d'ordre externe au système juridique. Ils découlent d'une croyance forte du progrès technologique au service de la croissance économique.

Néanmoins, les résistances internes, liées au système juridique, et externes, liées à la concurrence de systèmes entre eux, ne doivent pas faire occulter que le travail met en jeu la personne au sens de l'*homo juridicus*. À ce titre, prendre en compte la personne au travail dans son intégralité justifie de repenser le travail dans ces multiples représentations. Dans cette perspective, consacrer le travail décent permet d'appréhender le travail non pas comme simple facteur de production mais comme « essence de l'homme »¹⁷⁸⁰.

Le travail saisi par les TIC invite également à protéger la personne au travail en mobilisant l'article 88 du RGPD qui prévoit une marge de manœuvre pour les États permettant de prendre « des mesures appropriées et spécifiques pour protéger la dignité humaine, les intérêts légitimes

¹⁷⁸⁰ « Dans [cette représentation], le travail n'est pas un moyen en vue d'une autre fin, il est une fin lui-même, l'exercice du vrai travail est tout simplement une jouissance puisque dans celui-ci j'exerce pleinement mon individualité et mon caractère d'être social », D. MÉDA, *op. cit.*, p. 46.

et les droits fondamentaux de la personne concernée, en accordant une attention particulière à la transparence du traitement, au transfert des données à caractère personnel [...] et aux systèmes de contrôle sur le lieu de travail ».

Le travail, en ce qu'il est engagement du corps et de l'esprit nécessite de protéger la santé de la personne. Or le travail médié par les TIC présente des spécificités que l'entreprise doit prendre en compte pour continuer à garantir l'effectivité de cette protection. Pour ce faire, inscrire les TIC comme facteur de risque dans les mesures de prévention énumérées par le Code du travail invite les entreprises à repenser les TIC dans une perspective technocritique et non plus uniquement comme vecteur de performance.

729. Si la place d'une norme dans l'ordre juridique et la construction d'un énoncé normatif cohérent sont des conditions nécessaires au regain d'effectivité de la protection du salarié ; elles ne sont pas suffisantes.

En effet, le droit du travail se distingue d'autres branches du droit par un certain nombre de spécificités qui font son originalité. À cet égard, la forte coloration collective des relations sociales dans l'entreprise figure parmi ces particularismes les plus marquants. Les relations individuelles entre le salarié et l'employeur elles-mêmes s'inscrivent dans cette dynamique collective ; le travail en porte la marque et de nombreuses normes relèvent de la négociation collective. Dès lors, dans quelles mesures la dimension collective des relations du travail peut-elle participer à renforcer la protection du salarié ?

Titre 2

La voie collective : le clair-obscur de l'effectivité de la protection

730. S'intéresser aux droits fondamentaux du salarié consiste d'abord à porter son attention sur les relations individuelles du travail, traitant le salarié comme sujet de droit. S'interroger sur la place des droits fondamentaux dans les relations collectives consiste à se demander si « le collectif » peut jouer un rôle dans la protection effective des droits fondamentaux du salarié. Cette interrogation sous-tend également qu'il faut douter de la pertinence de l'autonomie de la volonté du salarié pour garantir l'effectivité de la protection.

731. Le Code du travail consacre le droit à l'expression directe et collective des salariés qui a pour objet de définir les actions à mettre en œuvre pour améliorer leurs conditions de travail, l'organisation de l'activité¹⁷⁸¹. La deuxième partie de la Partie législative du Code du travail intitulée « les relations collectives du travail » comporte trois livres : les syndicats, la négociation collective et les institutions représentatives du personnel.

À la suite des récentes réformes, les relations collectives ont fait l'objet d'une importante refonte. Dans le même temps, les trois institutions représentatives du personnel ont été fondues au sein d'une seule et unique institution cumulant les compétences des trois précédentes institutions tandis que la négociation collective a été promue instrument idéal pour réguler les relations de travail.

Cet allègement de la représentation collective est renforcé par l'affaiblissement de la représentation syndicale. Ce mouvement, qui s'accompagne de l'individualisation des relations de travail, prive le salarié d'un socle collectif sur lequel prendre appui. Les TIC introduisent une couche de flexibilité supplémentaire en permettant le travail nomade. À ce titre, elles participent également à la déconstruction de la dimension collective du travail. Pour autant, la représentation collective, qu'Alain Supiot compare à une pièce « d'une machinerie institutionnelle qui convertit des rapports de force en rapports de droit »¹⁷⁸², conserve cette fonction. Dès lors, le renouvellement du collectif est une nécessité participant à l'effectivité de la protection du salarié (Chapitre 1).

¹⁷⁸¹ Article L.2281-1 et s. du Code du travail.

¹⁷⁸² A. SUPIOT, *Le droit du travail*, op. cit., p. 82.

In fine, cette double tendance, visant à alléger la représentation collective et à renforcer la négociation collective, dénote d'une même volonté tendant à assouplir le cadre juridique posé par le Code du travail. L'assouplissement le droit du travail par la voie de la négociation collective est fondé sur l'idée que les normes négociées correspondent nécessairement aux besoins des intéressés et partant, leur réception est mieux garantie. Or, l'affirmation des droits fondamentaux reste purement déclaratoire si elle n'est pas assortie de garanties qui relèvent de la compétence du législateur en l'application de l'article 34 de la Constitution. Ceci plaide pour nuancer la place de la négociation collective au profit de l'édiction d'un cadre légal (Chapitre 2).

Chapitre 1

Un nécessaire renouveau des relations collectives

732. L'analyse historique du droit du travail montre l'importance des luttes collectives dans la conquête des droits des travailleurs. Les premières lois relatives à la réduction du temps de travail, l'interdiction du travail de nuit pour les enfants, les premiers congés payés votés à la suite de mouvements sociaux très durs soulignent la place déterminante de la dimension collective dans les relations de travail. Il est classique d'admettre que la construction du droit du travail traduit la volonté de sortir des rapports individuels du travail pour les transposer sur le plan collectif¹⁷⁸³.

Or, la prise en compte progressive de l'individu dans la relation de travail interroge sur la place du collectif. L'individualisation en droit du travail est définie par Patrice Adam comme « une évolution des normes juridiques composant la matière *droit du travail* qui contribue à réhabiliter le salarié – chaque salarié – comme être indépendant et singulier »¹⁷⁸⁴.

733. La première amorce d'individualisation date des années 1970 avec la loi n° 73-1195 du 27 décembre 1973 relative à l'amélioration des conditions de travail¹⁷⁸⁵. La loi précise que « les employeurs sont autorisés à déroger à la règle de l'horaire collectif de travail et à pratiquer des horaires individualisés » à la demande des salariés. Cette désynchronisation du temps collectif participe à la promotion des choix individuels en dénouant l'emprise de la contrainte de l'horaire collectif. Ce faisant, elle instaure « discrètement une complète recomposition des rapports entre le dedans et le dehors de l'entreprise »¹⁷⁸⁶. Cette nouvelle pratique a eu également pour effet de contribuer « subrepticement mais avec une remarquable efficacité à la destruction

¹⁷⁸³ En ce sens : P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail, essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, *op. cit.*, p. 8 ; sur l'entrée en scène du collectif sur les barricades de la Commune et la fonction syndicale contre la révolution sociale, v., J. LE GOFF, *op. cit.*, pp. 257 s.

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 57.

¹⁷⁸⁵ JORF du 30 décembre 1973.

¹⁷⁸⁶ J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 520.

du social dans l'entreprise »¹⁷⁸⁷. Les syndicats frileux à cette mesure avaient témoigné de leurs inquiétudes quant à « la fragmentation du collectif de travail »¹⁷⁸⁸.

À l'individualisation des horaires s'ajoute, ensuite, celle des salaires à partir des années 1990. Ayant « fonction de stimulant, d'instrument de mobilisation des énergies »¹⁷⁸⁹, elle crée une compétition entre salariés en rupture avec l'idée de solidarité propre au collectif. D'autres pratiques vont, par la suite, être déployées notamment en matière de formation professionnelle, participant à cette même dynamique.

734. La montée de l'individualisation, qui évoque « un mouvement, un sens vers l'individu »¹⁷⁹⁰, est largement soutenue par les outils numériques venant renforcer l'autonomie du salarié dans le travail et l'incitant par voie de conséquence à souhaiter un regain d'individualisation. Ces deux tendances, individualisation et autonomie, forment un mouvement circulaire qui a pour effet de désolidariser l'individu du collectif. Pour autant, Norbert Elias souligne l'importance du collectif dans la quête de singularité. Dans son ouvrage *La société des individus*, il développe la thèse selon laquelle l'individu se singularise *dans* et *par* sa relation à ses semblables¹⁷⁹¹.

735. Alors qu'il est classiquement admis que le collectif a vocation à s'interposer entre le salarié et l'employeur, ce mouvement d'individualisation pose la question de l'avenir du collectif et de l'avenir de relations de travail dénuées de leur dimension collective. Agissant comme un tiers facilitateur, il participe à la défense des intérêts des salariés, constitue l'interlocuteur privilégié du dialogue social et contribue *in fine* à l'équilibre des pouvoirs dans l'entreprise. Dès lors, bien qu'il subisse les assauts de l'individualisation et que de nouvelles formes de travail annoncent son délitement, il faut en souligner l'importance (Section 1), son renouveau serait alors l'occasion de repenser la fonction écran des relations collectives entre la personne au travail et l'employeur (Section 2).

¹⁷⁸⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*

¹⁷⁸⁹ *Ibid.*

¹⁷⁹⁰ P. ADAM, *op. cit.*, p. 5.

¹⁷⁹¹ En ce sens : N. ELIAS, *op. cit.*, pp. 61-62 ; p. 99.

Section 1 – Les relations collectives : la participation à l'équilibre des pouvoirs en discussion

736. Le terme « collectif » peut être compris de différentes manières. Dans le Code du travail, il fait référence aux relations collectives qui constituent le Livre II de la deuxième partie de la partie législative. Au-delà des relations collectives institutionnalisées par le droit, la notion de collectif recouvre les notions de communautés et de partage de valeurs communes.

Pris comme adjectif, il concerne un ensemble de choses ou de personnes caractérisé par des traits communs. Pris comme substantif, il représente un ensemble de personnes participant de manière concertée à une même entreprise.

Cette double acception (§1) correspond également à deux fonctions distinctes mais complémentaires. En effet, les relations collectives participent à la défense des intérêts des salariés tandis que la notion de collectif contribue à la construction de l'identité au travail renvoyant *in fine* à la fonction écran des relations collectives au travail (§2).

§ 1 – La double acception du terme « collectif »

737. Au sens du Code du travail, le collectif s'exprime dans l'institution des relations collectives. Bien que le Code du travail ait vocation à régler les relations individuelles entre le salarié et l'employeur ; il a également vocation à organiser les relations collectives. Les aspects collectifs sont d'une importance telle qu'aucun thème du droit du travail supposément individuel n'y échappe. Les relations collectives créent un maillage autour de l'individu dont le tissage s'est progressivement distendu (A).

738. Au sens commun du terme, le collectif fait référence à la notion de métier. Le travail organisé par métiers qui a été combattu à la Révolution française a donné lieu à l'abolition des corporations. Lorsqu'en 1884 la loi Waldeck-Rousseau instaure la liberté syndicale, elle ne restaure pas pour autant le corporatisme ; la liberté professionnelle reste la règle. Bien que la révolution ait aboli les corporations ; elle n'a pas fait disparaître les communautés de travail (B).

A – Les relations collectives instituées par le droit en devenir

739. La dynamique collective du travail a souvent été à l'origine d'évolutions en droit du travail¹⁷⁹². Au plan salarial, la représentation instituée par le Code du travail est bicéphale, soit issue d'une désignation, soit issue d'une élection. L'effectivité de la défense des droits des salariés est subordonnée des institutions représentatives fortes. Or, la représentation désignée qui appartient au domaine syndical est marquée depuis plusieurs années par une crise de légitimité à laquelle le législateur tente de répondre (1). La représentation électorale est également marquée par une refonde majeure. La volonté de rationalisation à l'origine du passage d'une représentation tripartite à une représentation unique pose des enjeux de pérennité (2).

1 – La représentation désignée en quête de légitimité

740. L'individualisme révolutionnaire s'est construit en réponse au corporatisme issu de l'ancien régime. L'adoption les 2 et 17 mars 1791 du décret *d'Allarde* proclamant la liberté du travail, suivie de la loi *Le Chapelier* adoptée les 14 et 17 juin 1791 abolissant les corporations, marquent la fin de l'organisation des métiers existant sous l'Ancien régime. Imprégnée de l'idéal libéral, la Révolution française rejette le corporatisme au profit de l'individualisme. L'individu, raisonnable et responsable est libre de ses choix. À partir de 1804, le Code civil consacre l'autonomie de la volonté des parties et le travail devient l'objet du contrat de louage. Dans cette approche juridique de la société, toute entrave à la liberté individuelle doit être combattue et la réunion en groupement en vue de défendre des intérêts communs est constitutive du délit de coalition prévu et réprimé par le Code pénal de 1810 à l'article 414 pour « ceux qui font travailler des ouvriers » et à l'article 415 pour les ouvriers.

741. Deux lois, la première en 1864, la loi *Ollivier* dépénalisant la coalition et la seconde en 1884, la loi *Waldeck-Rousseau* abrogeant la loi *Le Chapelier* vont permettre la défense des intérêts collectifs. La liberté syndicale ainsi instaurée n'est pas un retour au corporatisme de l'Ancien régime ; elle reste marquée par le sceau de la liberté individuelle qui veut que l'adhésion à un syndicat soit libre. Le Préambule de la Constitution de 1946 proclame à

¹⁷⁹² En ce sens : « Le droit du travail s'est construit et déployé pour et par la prise en compte de rapports collectifs de travail. », G. AUZÉRO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 5 ; « Ainsi instituées par le droit du travail, ses relations collectives sont devenues un véritable moteur de son évolution. », A. SUPIOT, *op. cit.*, p. 81.

l'alinéa 6 que « tout homme peut défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ». Son intégration au bloc de constitutionnalité lui donne valeur constitutionnelle.

Dans sa rédaction, l'alinéa 6 consacre la liberté syndicale dans deux dimensions. La dimension individuelle ressort de la liberté d'adhésion à un syndicat, tandis que la dimension collective s'illustre par l'action syndicale. Cette double perspective est inscrite dans le Code du travail. À titre individuel, le Code du travail protège le salarié contre toute forme de discriminations patronales résultant de son appartenance à un syndicat ou de l'exercice d'une activité syndicale¹⁷⁹³. Au plan collectif, le Code du travail dispose que « les syndicats [...] peuvent se constituer librement »¹⁷⁹⁴. Entrés dans l'entreprise à la faveur de mai 1968¹⁷⁹⁵, les syndicats, depuis la réforme de 2008¹⁷⁹⁶, « peuvent s'organiser librement dans toutes les entreprises »¹⁷⁹⁷.

742. L'étendue du droit syndical dans l'entreprise dépend cependant de la représentativité. La représentativité qui peut se définir comme « l'aptitude reconnue à un syndicat professionnel d'être le porte-parole des salariés dont il prétend défendre et promouvoir les intérêts »¹⁷⁹⁸, s'apprécie à l'aune de critères qui ont fait l'objet d'une réforme en 2008. Par la loi du 20 août 2008, le législateur a souhaité redéfinir ces critères afin d'asseoir la légitimité des syndicats. La disparition de la présomption irréfragable de la représentativité¹⁷⁹⁹ et la mesure de l'audience

¹⁷⁹³ Article L.2141-5 du Code du travail.

¹⁷⁹⁴ Article L.2131-2, al. 1^{er} du Code du travail.

¹⁷⁹⁵ Loi n° 68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises, JORF du 31 décembre 1968.

¹⁷⁹⁶ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JORF n° 194 du 21 août 2008, texte n° 1.

¹⁷⁹⁷ Article L.2141-4, al. 2 du Code du travail.

¹⁷⁹⁸ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 1293.

¹⁷⁹⁹ La présomption irréfragable de représentativité est accordée par arrêté ministériel du 31 mars 1966 à cinq confédérations syndicales (CGT, CFTC, CFDT, FO et CGC).

électorale¹⁸⁰⁰ souhaitées par les syndicats signataires d'une proposition commune¹⁸⁰¹ sont deux apports majeurs de la loi du 20 août 2008.

743. Ériger l'audience électorale au rang de critère principal de représentativité modifie la conception de l'adhésion à un syndicat. Alors que l'adhésion syndicale renvoie à la notion d'identité, le vote impose « le rapport classique de représentation individualiste dans lequel les adhérents et les non-adhérents ont les mêmes droits »¹⁸⁰². Le changement de modèle, que cela induit, a vocation à créer des liens plus étroits entre salariés et institutions syndicales¹⁸⁰³.

744. Si cette réforme n'a pas freiné le reflux syndical au plan national¹⁸⁰⁴, le regain de légitimité qu'elle visait reste sujet à caution. À la suite d'enquêtes réalisées pendant une dizaine d'années dans les grandes entreprises privées et publiques françaises, deux auteurs formulent l'hypothèse, que les changements, à l'œuvre dans les entreprises, ne permettent plus la construction d'un référentiel commun aux organisations syndicales, aux salariés et au management sur la question du travail, ni « d'inventer des processus de régulation collective pertinents »¹⁸⁰⁵. Ce décrochage existant entre représentants syndicaux et salariés est illustré à partir de situations concrètes. À titre d'illustration, une grève née à la suite d'une réorganisation

¹⁸⁰⁰ L'audience établie à partir des résultats aux élections professionnelles est un des sept critères énumérés par l'article L.2121-1 du Code du travail. « La représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants : 1° Le respect des valeurs républicaines ; 2° L'indépendance ; 3° La transparence financière ; 4° Une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Cette ancienneté s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts ; 5° L'audience établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L.2122-1, L.2122-5, L.2122-6 et L.2122-9 ; 6° L'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ; 7° Les effectifs d'adhérents et les cotisations. ».

¹⁸⁰¹ Communiqué commun des organisations syndicales sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, MEDEF, CFDT, CGPME, CFE-CGC, UPA, CFTC, CGT-FO, Paris, 9 avril 2008.

¹⁸⁰² A. BEVORT, « La réforme des règles de la représentativité syndicale (2008-1010) », *Idées économiques et sociales*, mars 2011, n° 163, p. 15.

¹⁸⁰³ Ce point de vue défendu par certains acteurs syndicaux n'est cependant pas unanimement partagé, « d'abord, parce que la loi encouragerait bien plus un syndicalisme d'électeurs qu'un syndicalisme d'adhérents ; ensuite, parce que le faible taux de syndicalisation tient aussi à d'autres facteurs que la loi ne modifie pas, dont le fait que le bénéfice des accords est en France garanti à tous les salariés, qu'ils soient ou non syndiqués », S. BÉROUD, K. YON, « Représenter les salariés dans l'entreprise après la loi du 20 août 2008, sur les limites de la "démocratie sociale" » *Politique de communication*, 2014, n° 2, p. 52.

¹⁸⁰⁴ Selon les chiffres de la DARES, le taux de syndicalisation s'établit autour de 10% depuis le début de années 1990. Il s'établit à 11% en 2013 (19,4 pour la fonction publique et 8,5% pour les secteurs associatif et marchand) et à 10,8% en 2016 (18,7 pour la fonction publique et 8,4% pour les secteurs associatif et marchand), DARES, *La syndicalisation en France*, DARES Analyses, [en ligne], mai 2016, n° 25, p. 3, [consulté le 29 juin 2020].

¹⁸⁰⁵ C. DEQUECKER, P.-E. TIXIER, « Travail et représentation des intérêts collectifs à l'épreuve de la globalisation », *Négociations*, 2013, n° 19, p. 27.

qui avait fait l'objet d'une négociation montre les tensions existantes entre les salariés et leurs représentants syndicaux. Dans cette entreprise, les représentants syndicaux avaient principalement orienté la négociation vers la création de postes, alors que les salariés revendiquaient des augmentations de salaires. Dans un contexte de forte défiance, les représentants syndicaux « expriment le sentiment d'un décalage vis-à-vis des opérateurs qu'ils jugent immatures : *“ils veulent tout, tout de suite”*. Les opérateurs déclarent que les représentants syndicaux ne sont pas crédibles, qu'ils ne travaillent plus dans les unités de production depuis longtemps et sont absorbés par les tâches syndicales »¹⁸⁰⁶.

Dès lors, les enjeux de légitimité restent prégnants. Le renouveau des critères de représentativité n'est pas suffisant pour enrayer l'affaiblissement syndical et l'objectif de renforcement de la légitimité des représentants syndicaux visé par la réforme n'est pas atteint. À cela s'ajoute une reconfiguration des institutions représentatives du personnel marquée par la volonté de rationaliser ces instances collectives.

2 – Le rétrécissement de la représentation élue à l'aune de la rationalisation

745. Antérieurement à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, la représentation élue du personnel était composée des délégués du personnel issus de la loi du 16 avril 1946¹⁸⁰⁷, du comité d'entreprise institué par ordonnance du 22 février 1945¹⁸⁰⁸ et du CHSCT résultant de la fusion, du comité d'hygiène et de sécurité et du comité en charge des conditions de travail, initiée par la loi du 23 décembre 1982¹⁸⁰⁹.

Aux délégués du personnel, il revenait la mission de veiller à l'application des normes en droit du travail, de transmettre les réclamations des salariés à l'employeur et de saisir l'inspecteur du travail en cas de dysfonctionnements relevant de sa compétence. Au comité d'entreprise, il appartenait d'exercer un pouvoir de gestion en matière sociale et un pouvoir consultatif en matière économique. Au CHSCT, il incombait une mission de conseil et de contrôle en matière de sécurité.

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 31.

¹⁸⁰⁷ Loi n° 46-730 du 16 avril 1946 fixant le statut des délégués du personnel dans les entreprises, JORF du 17 avril 1946.

¹⁸⁰⁸ Ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprises, JORF du 23 février 1945.

¹⁸⁰⁹ Loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982, 4^e loi Auroux relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, JORF n° 300 du 26 décembre 1982, p. 3858.

Ainsi, « cette pluralité ne rimait pas avec confusion, dans la mesure où chacune de ces institutions était dotée de prérogatives propres et spécifiques »¹⁸¹⁰. Cette répartition pouvait être vue, comme un gage d'efficacité fondé sur les compétences spécifiques de chaque institution, ou au contraire comme une absence de vision globale des problématiques salariales¹⁸¹¹. En outre, le périmètre des attributions s'avèrerait poreux et certains thèmes, tels que la santé ou les conditions de travail, faisaient l'objet de compétences partagées, de sorte que des questions identiques pouvaient être traitées par deux institutions sous deux angles différents.

746. Perte de temps ou enrichissement des points de vue¹⁸¹², face à d'éventuels risques de confusion supposés ou avérés, la loi du 20 décembre 1993¹⁸¹³ a initié un mouvement de rationalisation instituant une délégation unique du personnel facultative pour les entreprises de moins de deux cents salariés. Cette dynamique s'est ensuite poursuivie avec la loi du 17 août 2015¹⁸¹⁴ pour s'achever par l'ordonnance du 22 septembre 2017¹⁸¹⁵. Alors que la loi de 2015 avait facilité l'institution de la délégation unique, l'ordonnance de 2017 instaure une nouvelle organisation des instances représentatives. Avec cette réforme, la fusion des institutions marque ainsi le passage d'une représentation tripartite à une représentation unique obligatoire. Le Comité social et économique remplace les délégués de personnel, le comité d'entreprise et le CHSCT.

747. Toutefois, si le CSE est la fusion des trois précédentes instances, « il n'en est pas l'addition »¹⁸¹⁶. La perte de spécificité qui en résulte a vocation à se traduire par un regain de rationalisation. De plus, le cumul d'attributions au sein d'une même instance a pour objectif de promouvoir une approche globale des problématiques de travail. Cette vision idéale n'est pas unanimement partagée et nombre d'auteurs craignent, au contraire, que certaines dimensions d'un même problème ne soient occultées au profit d'autres. D'autres s'alarment de voir la

¹⁸¹⁰ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 1332.

¹⁸¹¹ En réponse à ces remarques, les auteurs ajoutent que « le cumul des mandats, relativement fréquent, atténuait cette situation. Mais ce phénomène donnait par là même un argument supplémentaire aux partisans de la fusion des institutions. », *ibid.*, pp. 1332-1333.

¹⁸¹² Pour des illustrations de chevauchements de compétences, v., G. LOISEAU, « Le comité social et économique », *Dr. soc.*, 2017, p. 1044.

¹⁸¹³ Loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, JORF n° 295 du 21 décembre 1993, p. 17769.

¹⁸¹⁴ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, précitée.

¹⁸¹⁵ Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, précitée.

¹⁸¹⁶ G. LOISEAU, article précité.

polyvalence de cette nouvelle instance s'accompagner d'une diminution de la capacité d'action¹⁸¹⁷.

748. Cette crainte concerne tout particulièrement le domaine de la santé, sécurité et conditions de travail¹⁸¹⁸. L'existence du CHSCT, distinct du CE, permettait de dissocier les aspects économiques et ceux relevant de la santé et de la sécurité, favorisant une discussion sur le travail réel à l'abri du prisme économique¹⁸¹⁹. En outre, le haut niveau de technicité de certaines questions de sécurité justifie une spécialisation, qui n'est plus de mise avec la réforme¹⁸²⁰.

Certains auteurs dont Hervé Lanouzière, soulignent l'intérêt de cette fusion et relèvent qu'au-delà du défaut de spécificité, l'attribution des questions de santé au CSE vise à les placer « au même rang et en même temps que les implications économiques et sociales des projets d'investissement et de réorganisation de l'entreprise, décisifs pour les conditions de travail de demain »¹⁸²¹, afin qu'elles soient traitées de concert avec les orientations stratégiques.

749. La crise sanitaire liée à la pandémie de la covid-19 a été l'occasion d'éprouver le rôle des représentants du personnel en matière de sécurité et de santé à l'aune de la réforme. L'urgence et les mesures d'exceptions prises dans ce contexte très particulier se sont-elles traduites par une dépossession de leurs attributions ? Les décisions de justice rendues en matière sanitaire n'offrent pas une réponse univoque. Concernant de délais de consultation, le tribunal judiciaire de Nanterre a fait primer l'urgence et les mesures dérogatoires¹⁸²² tandis que la Cour d'appel de Paris, en ordonnant la restriction d'activité à la société Amazon dans l'attente de la

¹⁸¹⁷ « C'est dans les entreprises de 11 à 49 salariés que la réduction de la capacité d'action du CSE est la plus flagrante. Sans personnalité juridique, l'instance est privée de la capacité d'agir en justice. Sans ressources financières, elle n'a pas les moyens de ses attributions s'agissant, spécialement, de promouvoir la santé, la sécurité et les conditions de travail dans l'entreprise et de réaliser des enquêtes en matière d'accidents du travail ou de maladies professionnelles », *ibid.*

¹⁸¹⁸ P.-Y. VERKINDT, « La bête noire est morte. À propos de la commission santé sécurité et conditions de travail », *Sem. Soc. Lamy*, 2017, n° 1790, p. 67.

¹⁸¹⁹ « Compte tenu de l'ensemble des attributions du CSE, dont celles jusqu'alors dévolues au CE, il sera sans doute plus difficile aux représentants du personnel de préserver leurs regards et leurs actions en matière de santé et de sécurité, de l'influence de considérations économiques ou gestionnaires. », H. LANOUZIÈRE, I. ODOUL-ASOREY, F. COCHET, « La fusion des institutions représentatives du personnel porte-t-elle atteinte à leur capacité d'intervention en matière de santé et de sécurité au travail ? », *RDT*, 2017, p. 691.

¹⁸²⁰ En ce sens : *ibid.*

¹⁸²¹ *Ibid.*

¹⁸²² « S'il est incontestable que les délais imposés par le décret du 2 mai 2020 sont contraints et obligent l'ensemble des acteurs à travailler dans l'urgence, il n'en demeure pas moins que les délais ne sont pas de nature à priver le CSE de son droit à une protection juridictionnelle effective et à un procès équitable », TJ Nanterre, 17 juin 2020, n° 20/02552, *RDT* 2020. p. 486, obs. F. Guiomard.

consultation effective et pertinente des différents CSE¹⁸²³, a mis l'accent sur la sauvegarde du fonctionnement des institutions.

Au-delà de ces divergences, Savine Bernard fait remarquer l'absence du CSE à l'initiative des contentieux. Elle relève que « l'intégralité des actions pour obtenir du juge le droit à la participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail a été menée par les syndicats et les inspecteurs du travail »¹⁸²⁴. Ce silence contraste avec le dynamisme du CHSCT qui à la suite de l'arrêt *SNECMA* a régulièrement saisi les juges pour assurer de défense de la protection de la santé au travail¹⁸²⁵. En contrepoint, Vincent Roulet fait valoir que les attributions du CSE n'ont pas été bafouées ; elles ont même été élargies par l'administration qui « contre la lettre des textes »¹⁸²⁶ a exigé la consultation du CSE dans les entreprises de moins de cinquante salariés pour la mise en œuvre exceptionnelle de l'activité partielle. L'auteur note que le point de crispation porte principalement sur le raccourcissement des délais de consultation prévu par le décret n° 2020-508 du 2 mai 2020. Ce dispositif dérogatoire est d'ailleurs circonscrit par les juges. En ce sens, le tribunal judiciaire de Nanterre précise qu'« il n'a vocation à s'appliquer qu'aux seules mesures ponctuelles prises par les entreprises pour s'adapter à la situation »¹⁸²⁷. Il ajoute que « ce n'est que sur des projets, précis et *limités* dans le temps, liés aux *seules* mesures prises par les entreprises pour faire face à la réorganisation du travail induite par la lutte contre la propagation du virus »¹⁸²⁸ que le décret n° 2020-508 du 2 mai 2020 a vocation à s'appliquer. Le tribunal précise enfin que la consultation des instances représentatives du personnel doit avoir lieu à chaque étape du plan de reprise d'activité.

750. Pour assister le CSE dans sa mission de santé, la commission santé, sécurité et conditions de travail est instituée en son sein. Cependant cette commission n'est obligatoire que dans les

¹⁸²³ « Par conséquent, il appartenait à la société Amazon de consulter le CSE central dans le cadre de l'évaluation des risques - comprenant la modification du DUER -, puis la mise en œuvre des - 16 - mesures appropriées, sans pour autant ignorer les CSE d'établissement lesquels, dans le cadre de cette démarche d'évaluation, devaient être consultés et associés en leur qualité de représentants des salariés, étant rappelé que le comité social et économique a pour mission de promouvoir la santé, la sécurité et l'amélioration des conditions de travail dans l'entreprise. », CA Versailles, 24 avril 2020, n° 20/01993, *RDT* 2020. p. 482, obs. P.-E. Berthier.

¹⁸²⁴ S. BERNARD, V. ROULET, « Controverse : le CSE et le droit à la participation des travailleurs : des victimes collatérales de la covid-19 », *RDT*, 2020, p. 440.

¹⁸²⁵ En ce sens : *ibid.*

¹⁸²⁶ *Ibid.*

¹⁸²⁷ TJ Nanterre, 17 juin 2020, jugement précité.

¹⁸²⁸ *Ibid.*

entreprises ou établissements distincts d'au moins trois cents salariés¹⁸²⁹, alors que le CHSCT était obligatoire à partir d'au moins cinquante salariés. Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés pour lesquelles la création de la commission santé sécurité et conditions de travail n'est pas obligatoire, sa mise en place facultative peut être décidée, soit en application d'un accord majoritaire sur ce point, soit par décision unilatérale de l'employeur, soit par décision de l'inspecteur du travail au vue de la nature des activités, de l'agencement ou de l'équipement des locaux.

Dépourvue de la personnalité juridique, la commission est placée sous la dépendance du CSE qui lui confie, par délégation, tout ou partie de ses attributions en matière de santé, à l'exception du recours à un expert et des attributions consultatives dévolues au comité. Exceptée la formation de ses membres qui est d'ordre public, les modalités de fonctionnement ainsi que les moyens alloués sont laissés à la négociation d'un accord d'entreprise. Le rôle et l'importance donnée à chaque commission sera donc très variable et dépendra du contenu des accords. Il n'est cependant pas impossible que le rôle de la commission et la place accordée à la santé reviennent sur le devant de la scène à la faveur d'un contentieux relatif à l'obligation de sécurité et à la mise en œuvre des principes de précaution pesant sur l'employeur¹⁸³⁰.

751. La crise de légitimité que traverse la représentation désignée assortie de la crise existentielle visant la représentation désignée démontrent le déclin des relations collectives. Le rétrécissement de la dimension collective dans les relations de travail comporte un risque de vulnérabilité pour le salarié.

B – Les collectifs de travail saisis par le droit

752. La notion de collectif de travail existait déjà avant la révolution industrielle avec le compagnonnage et les corporations. Elle renvoie alors à la transmission du métier. La révolution industrielle marque l'apparition de nouvelles formes de collectifs où le partage d'un savoir-faire n'est plus le dénominateur commun. Rationalisation, division du travail et organisation scientifique sous-tendent l'idée du travail. Regroupés dans les manufactures afin d'améliorer la productivité grâce au progrès mécanique, les ouvriers mettent alors en commun uniquement leur force de travail. Réunis dans un même lieu, le collectif de travail s'organise

¹⁸²⁹ Article L.2315-36 du Code du travail.

¹⁸³⁰ En ce sens : H. LANOUZIÈRE, I. ODOUL-ASOREY, F. COCHET, article précité.

autour du partage de conditions de travail similaires. Ce partage permet la création de solidarité qu'Émile Durkheim situe au plan mécanique et organique. La solidarité mécanique est fondée sur le partage de valeurs, d'identité commune tandis que la solidarité organique est celle qui dérive de la division du travail et qui s'exprime par la spécialisation des tâches. Le partage est alors fondé sur des relations de dépendance qui lient les individus les uns aux autres. Le collectif de travail se construit dans cette double solidarité.

753. Le droit du travail ne s'intéresse pas directement à la notion de collectif. Néanmoins, les dispositions relatives à l'organisation du travail ont des effets directs sur la constitution des collectifs. Ainsi, l'idée de partage qui définit la construction d'un collectif s'organise autour d'une même dimension spatio-temporelle. Or, à partir des années 1970, le droit du travail est traversé par un mouvement d'individualisation. Les premières dispositions relatives à l'individualisation du temps de travail vont rompre avec l'unité de temps propice à la construction des collectifs (1). Le travail à distance marque une seconde rupture, celle de l'unité de lieu (2).

1 – Le collectif de travail à l'ère industrielle : l'unité de temps propice à la construction d'un collectif de travail

754. Le temps partagé à l'origine de la construction d'un collectif de travail recouvre deux acceptions. Il concerne, d'une part, le temps de travail journalier et, d'autre part, il fait référence à un temps plus long, celui de la durée du contrat de travail, le temps passé au sein de l'entreprise.

755. Au 19^e siècle, le temps journalier dans les usines est celui de la mesure ; il rythme les cadences de travail. Il vise à unifier deux rythmes, celui de la machine et celui des ouvriers dans un même corps, l'usine¹⁸³¹. Le temps rythmique permet de soumettre l'homme à la « cadence

¹⁸³¹ « Faisant corps l'usine est un "système organisé", rythmé, visant une organisation du travail qui "dompte le naturel réfractaire des ouvriers accoutumés à expédier l'ouvrage par boutades". Puisque l'usine utilise une source d'énergie et un automatisme avec des machines, tout le problème est d'adapter le travail humain à ses automates qui commandent en fixant la cadence », P. MUSSO, *op. cit.*, p. 572.

technique »¹⁸³². Cette organisation synchrone des rythmes impose une discipline assujettissant notamment les ouvriers au respect d'un horaire collectif d'entrée et de sortie d'usine.

756. De cette rigueur, issue de l'identité de cadence imposées aux ouvriers et de l'organisation collective des temps, il résulte des solidarités¹⁸³³. En ce sens, le modèle d'organisation du temps de travail selon un horaire collectif identique garantissant la présence dans l'entreprise de l'ensemble du personnel crée les conditions de cette solidarité. Ce modèle décline à partir des années 1970. La loi du 27 décembre 1973¹⁸³⁴, qui autorise la mise en place des horaires variables, illustre les prémisses de l'individualisation du temps de travail. Les horaires individualisés consistent « à fixer une période quotidienne de présence obligatoire, encadrée de “plages” à l'intérieur desquelles chaque salarié choisit librement son heure de début et son heure de fin de travail selon ses convenances et ses impératifs familiaux et sociaux (en supprimant la hantise du retard) »¹⁸³⁵. En offrant le choix des horaires d'entrée et de sortie, l'individu prend le pas sur le salarié, les besoins de l'individu-salarié sont reconnus marquant ainsi le début du recul du collectif au profit de l'individu.

757. La pratique des horaires individualisés, les dispositifs d'aménagement du temps de travail à l'intérieur de la semaine, sur plusieurs semaines ou sur l'année n'ont eu de cesse de renforcer l'hétérogénéité des temps. À ce titre, Alain Supiot souligne que « cette évolution porte en germe un démantèlement progressif de tous les rythmes collectifs qui imprimaient la vie dans et hors de l'entreprise (repos nocturne, repos dominical, pause du midi), et l'affaiblissement corrélatif des solidarités assises sur ces rythmes (syndicales, familiales, conviviales) »¹⁸³⁶. En d'autres termes, la maîtrise individuelle du temps de travail permise et encouragée par la loi concourt à l'affaiblissement du temps collectif et par voie de conséquence renforce l'individualisation au détriment des collectifs de travail.

¹⁸³² « L'usine réunit deux corps : d'un côté, un grand automate machinique et de l'autre, une communauté humaine. Le défi est donc de coordonner leurs rythmes, de les unifier de manière à ne faire qu'un seul corps gouverné par une unique mesure (rythmique). », *ibid.*

¹⁸³³ En ce sens : A. SUPIOT, « Temps de travail : pour une concordance des temps », *Dr. soc.*, 1995, p. 947.

¹⁸³⁴ Loi n° 73-1195 du 27 décembre 1973, précitée.

¹⁸³⁵ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 1063.

¹⁸³⁶ A. SUPIOT, article précité.

758. L'appartenance à un collectif de travail résulte également du temps long, la cohésion d'un groupe s'inscrit dans la durée. La durée pendant laquelle un salarié reste dans une entreprise est à ce titre un facteur déterminant¹⁸³⁷. Or, les chiffres de la DARES montre que la mobilité professionnelle s'est accrue¹⁸³⁸. L'ancienneté moyenne dans une entreprise est de 9,8 ans et les parcours professionnels sont principalement individuels. Ce contexte n'est pas favorable aux interactions nécessaires à la constitution d'un collectif.

2 – Le collectif de travail à l'ère numérique : le bris de l'unité de lieu

759. À partir du 19^e siècle, avec l'organisation du travail posté, le lien qui se noue est d'origine spatial. Sur une chaîne de production, les ouvriers ne partagent pas la réalisation d'une œuvre, dont la coordination extérieure leur échappe. En revanche, ils partagent un même espace au sein duquel ils fournissent des tâches différenciées, non pas ensemble mais côte-à-côte. Le lieu est alors le lien qui les unit.

760. Alors que la révolution industrielle est marquée par la concentration de la production en un même lieu, la révolution numérique signe l'avènement de l'entreprise en réseau, symbole de relations de travail éclatées géographiquement. Ces transformations du travail se répercutent sur les collectifs qui à l'image du travail en réseau, prennent une dimension réticulaire.

Les formes de travail à distance sont variées. Travailler à distance peut signifier être présent sur le lieu de travail de l'entreprise tout en travaillant en relation avec d'autres salariés eux-mêmes situés à distance ou au contraire il peut s'agir de situations de travail extérieurs à l'entreprise instaurées par le télétravail formel ou informel. Dans tous ces cas de figure, la relation n'est plus physique mais numérique. Le lieu collectif disparaît à la fois comme lieu de travail formel mais également comme lieu d'échange informel. Ce changement est-il

¹⁸³⁷ « “Pas de long terme” est un principe qui corrode la confiance, la fidélité et l'engagement mutuel. », J.-L. METZGER, « Élaboration et mode d'usage d'une typologie des collectifs », in A.-F. SAINT LAURENT-KOGAN, J.-L. METZGER (dir.), *Où va le travail à l'ère du numérique*, Presses des Mines, 2007, pp. 23-49.

¹⁸³⁸ Selon les chiffres de la DARES le taux de rotation qui mesure les flux de main d'œuvre est passé en 1993 de 28,7% dans les établissements de cinquante salariés ou plus à 95,8% en 2017. Le taux de rotation est la moyenne des taux d'entrée et de sortie. Il s'agit donc de la moyenne des entrées et des sorties une période donnée, rapportée à l'effectif moyen associé sur la période. La part des contrats d'une seule journée s'est accrue de 8 % en 2001 à 30 % des CDD en 2017, DARES, *Comment évoluent les embauches et les ruptures depuis 25 ans ?*, DARES Analyses, [en ligne], juin 2018, n° 26, p. 9, [consulté le 29 juin 2020].

significatif de la disparition des collectifs de travail ? La proximité physique est-elle une condition nécessaire à l'appartenance à un collectif de travail ?

Si dans une approche traditionnelle, le collectif est fondé sur un environnement de travail stable et délimité géographiquement, l'inscription dans un collectif de travail peut aussi résulter d'autres formes de travail. À ce titre, la notion de travail en projet ouvre la voie à une certaine forme de collectifs. Défini comme le fait de travailler en commun en vue de la réalisation d'un objectif à atteindre, le travail en projet constitue une manière de créer du lien social et nouer des solidarités. Toutefois, la solidarité, qui en est attendue, ne porte pas sur la défense d'intérêt commun ; ce n'est pas un collectif de lutte. La nature des relations relève de la mise en commun de compétences. Dans la perspective d'un travail en projet, le collectif répond à l'intérêt personnel de chacun ; il comporte une dimension opportuniste dans l'occasion qu'il crée de développer un réseau individuel de ressources stratégiques¹⁸³⁹.

Des enquêtes de terrain montrent que des affinités peuvent se nouer entre salariés même en l'absence d'interaction physique¹⁸⁴⁰. La distance physique, compensée par la proximité communicationnelle via des outils numériques, n'aurait pas pour effet automatique d'isoler les personnes et ne détruirait pas nécessairement la dimension collective du travail.

Ce constat doit cependant être tempéré car le collectif ne se réduit pas à un simple échange d'informations ; il suppose des échanges de savoir-faire constitutifs d'entraide et de réciprocité accompagnés d'un sentiment d'appartenance¹⁸⁴¹. Le seul maintien du lien communicationnel par-delà la distance physique n'épuise pas les éléments constitutifs d'un collectif.

L'exemple des travailleurs de plateforme est à ce titre topique. L'absence d'échange, l'absence de partage d'horaires et de lieux de travail collectifs, entravent la construction d'un collectif. La solidarité tant mécanique qu'organique peine à se construire¹⁸⁴², alors même que la mise en concurrence systématique des travailleurs via le calcul algorithmique crée des conditions de travail délétères. « Des mouvements concertés de protestation se sont produits,

¹⁸³⁹ Sur l'inscription des collectifs dans le travail en projet v., P. VENDRAMIN, « Les métiers des TIC : un nomadisme coopératif », in A.-F. SAINT LAURENT-KOGAN, J.-L. METZGER (dir.), *op. cit.*, pp. 89-104.

¹⁸⁴⁰ « Les affinités sont donc à la fois le fruit des relations personnelles, mais aussi des relations de travail. Beaucoup de salariés avouent ainsi se sentir très proches de personnes qu'ils côtoient quotidiennement par messagerie ou par téléphone, sans pour autant les avoir déjà rencontrées physiquement. Au travers des interactions répétées, des relations de confiance se construisent. La confiance joue ici un rôle clef puisqu'elle soutient les relations de travail, les anticipations et les interprétations. », J. ROSANVALLON, « Travail à distance et représentation du collectif de travail », *Interventions économiques* [en ligne], 2006, [consulté le 12 juin 2020].

¹⁸⁴¹ J.-L. METZGER, *op. cit.*, pp. 23-49.

¹⁸⁴² Au plan mécanique, « les individus peinent à voir la similitude de leur condition » ; au plan organique, « ils n'arrivent pas à appréhender la complémentarité de leurs fonctions », A. A. CASILLI, *op. cit.*, p. 273.

mais ils demeurent rares. Intégrer au mouvement syndical ou à d'autres structures associatives des travailleurs précarisés, flottant d'un emploi à un autre, n'est pas simple »¹⁸⁴³.

Dès lors, identifier les ressorts favorisant la construction d'un collectif de travail est important car comme le souligne Pierre Sargos, les conditions d'un dialogue social réussi ne sont pas à trouver uniquement dans l'organisation des relations collectives ; elles sont à trouver au cœur des collectifs de travail¹⁸⁴⁴.

§ 2 – Une double fonction participant à l'équilibre des pouvoirs

761. Les relations collectives ont vocation à permettre l'instauration du dialogue social dans l'entreprise (A). Le collectif peut également être considéré comme un relai à partir duquel se construit une identité collective. *In fine* la cohésion qui en résulte est propice à l'établissement d'un équilibre dans les pouvoirs au sein de l'entreprise à la base d'un dialogue social de qualité. À ce titre, le collectif a une fonction structurante(B).

A – L'exercice de la fonction représentative : la participation au dialogue social

762. Depuis une décision QPC du Conseil constitutionnel du 26 juillet 2013, la combinaison de l'alinéa 6 et 8 du Préambule de la Constitution de 1946 sert de fondement constitutionnel à la représentation des travailleurs¹⁸⁴⁵. En d'autres termes, le cadre juridique de la représentation collective est soumis au respect de la liberté syndicale et du droit à la participation.

La liberté syndicale énoncée par la loi du 21 mars 1884 et consacrée à l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution de 1946 reste pendant de nombreuses années une liberté « sans charges »¹⁸⁴⁶. Jean-Maurice Verdier relève qu'elle est liberté à tous les étages de la vie

¹⁸⁴³ J.-M. SERVAIS, « Travailleurs des plateformes numériques de services : quelles garanties sociales ? », *Revue Interventions économiques* [en ligne], 2018, n° 60, [consulté le 1^{er} septembre 2020].

¹⁸⁴⁴ En ce sens : P. SARGOS, « La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale », Cour de cassation, Rapport annuel, La Documentation française, 2004, pp. 97-102.

¹⁸⁴⁵ « Considérant que le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose en son huitième alinéa que : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises » ; qu'il ressort notamment de ces dispositions qu'il incombe au législateur de déterminer, dans le respect de ce principe et de la liberté syndicale, garantie par le sixième alinéa, les conditions et garanties de sa mise en œuvre et, en particulier, les modalités selon lesquelles la représentation des travailleurs est assurée dans l'entreprise ; [...] », Cons. const., 26 juillet 2013, n° 2013-333 QPC, *M. Philippe M. et a.*, JO n° 174 du 28 juillet 2013, p. 12663, cons. 5, *D.*2013. 1894 ; *Rev. Sociétés* 2014. 112, note F. Petit.

¹⁸⁴⁶ J.-M. VERDIER, « Le pouvoir syndical dans l'entreprise », *Pouvoirs*, 1983, n° 26, pp. 55-67.

économique mais elle n'est pas droit, c'est-à-dire dotée de moyens dans l'entreprise¹⁸⁴⁷. Historiquement la représentation syndicale est en effet marquée par une faculté importante de mobilisation de la rue et une faible présence en entreprise. La loi du 27 décembre 1968, complétée par la loi du 28 octobre 1982, instituent la représentation syndicale dans l'entreprise en lui donnant des moyens d'exercice.

Le droit à la participation, reconnu à tout travailleur, s'exerce « par l'intermédiaire de ses délégués [...] »¹⁸⁴⁸. L'imprécision du terme « délégué » a suscité des interrogations quant à la dévolution de l'exercice de ce droit (1). Au-delà de l'identification des acteurs, se pose la question de l'étendue des attributions, qui est déterminante pour garantir un exercice effectif du droit à la participation. La volonté de promouvoir le dialogue social a-t-elle pour effet d'investir les représentations du personnel d'un pouvoir de cogestion (2) ?

1 – Des acteurs au service de la participation à la détermination collective des conditions de travail

763. Le Conseil constitutionnel a jugé qu'aux termes du sixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et du huitième alinéa du même Préambule « si ces dispositions confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective ; que des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité, peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives »¹⁸⁴⁹. En l'absence de monopole syndical, le législateur au fil des réformes, dans sa volonté de promouvoir la négociation collective, a largement étendu la possibilité de participer à la représentation des travailleurs à d'autres protagonistes. Trois hypothèses sont ainsi envisageables : la présence de délégués syndicaux, leur absence avec ou sans mandatement d'un salarié par une organisation syndicale.

¹⁸⁴⁷ *Ibid.*

¹⁸⁴⁸ Alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946.

¹⁸⁴⁹ Cons. const., 6 novembre 1996, n° 96-383 DC, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation*, JO du 13 novembre 1996, p. 16531, cons. 8 ; *Dr. soc.* 1997. 25, obs. M.-L. Morin.

764. En présence de délégués syndicaux dans l'entreprise, les organisations syndicales ont « vocation naturelle » à assurer la défense des droits et intérêts des salariés. Dans les entreprises dont l'effectif habituel est au moins égal à cinquante salariés, cette mission sera assurée par ordre de priorité soit par les membres titulaires de la délégation du personnel du CSE expressément mandatés par un syndicat¹⁸⁵⁰, soit par les membres titulaires de la délégation du personnel du CSE non expressément mandatés¹⁸⁵¹ soit par des salariés élus expressément mandatés par une organisation syndicale et à défaut par des salariés élus non mandatés¹⁸⁵². L'ouverture à d'autres négociateurs que les représentants syndicaux démontre la volonté du législateur de promouvoir l'accord collectif¹⁸⁵³.

765. Dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, cette volonté de faciliter le dialogue social est encore plus marquée. Pour celles-ci, la loi autorise, dès 1996, les représentants élus ou des salariés mandatés par une organisations syndicale à conclure des accords à condition que le principe de cette négociation ait été prévu par accord de branche étendu.

Au fil des réformes¹⁸⁵⁴, le législateur n'a eu de cesse d'étendre la catégorie des négociateurs susceptibles de participer à la négociation collective. Ainsi dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et cinquante salariés, en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement, les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent être négociés, conclus, révisés ou dénoncés soit par un salarié expressément mandaté par une organisation syndicale, peu importe qu'il soit membre ou non de la délégation du personnel du comité social et économique, soit par un titulaire de la délégation du personnel du comité social et économique¹⁸⁵⁵. Le Code du travail ne précise pas d'ordre de préférence dans le choix des interlocuteurs. La volonté de lever les obstacles à la négociation et d'encourager le développement du dialogue social et la négociation collective au sein des entreprises de moins

¹⁸⁵⁰ Article L.2232-24 du Code du travail.

¹⁸⁵¹ Article L.2232-25 du Code du travail.

¹⁸⁵² *Ibid.*

¹⁸⁵³ En ce sens : A. FABRE, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme », *Dr. soc.*, 2020, p. 539.

¹⁸⁵⁴ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n° 105 du 5 mai 2004, p. 7983 ; Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 précitée ; Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 précitée ; Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 précitée ; Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 précitée ; Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 précitée.

¹⁸⁵⁵ Article L.2232-23-1 du Code du travail.

de cinquante salariés se dévoile également dans la mise en place d'un « observatoire d'analyse et d'appui au dialogue social et à la négociation, institué au niveau départemental par décision de l'autorité administrative compétente »¹⁸⁵⁶.

766. Dans les très petites entreprises (TPE) la volonté du législateur prend une dimension obsessionnelle au point d'admettre qu'un accord d'entreprise puisse être conclu sans négociateur. Ainsi, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés¹⁸⁵⁷ ainsi que dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et vingt salariés, en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du CSE¹⁸⁵⁸, l'employeur peut proposer aux salariés un projet d'accord portant sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévu par le Code du travail. Après consultation du personnel, si le projet d'accord est approuvé à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré comme un accord d'entreprise valide. Dans ce mécanisme, l'approbation par le personnel n'est pas subordonnée à la présence d'un négociateur du côté salarié. Dans ces conditions est-il encore possible de parler « d'accord » ?

Un accord d'entreprise est un contrat soumis aux règles de droit commun des contrats. En application de l'article 1101 « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Il est « formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager. »¹⁸⁵⁹. Si la négociation contractuelle est encadrée par le Code civil depuis la réforme du droit des contrats¹⁸⁶⁰ ; elle ne figure pas dans les conditions de validité des contrats mentionnées à l'article 1128 du Code civil¹⁸⁶¹. L'absence de négociation n'invalide donc pas le contrat. En revanche, il ne correspond plus à la catégorie des contrats de gré à gré « dont les stipulations sont négociables entre les parties »¹⁸⁶² ; il relève de la catégorie des contrats d'adhésion comportant « un ensemble de clauses non négociables, déterminées à

¹⁸⁵⁶ Article L.2234-4 du Code du travail.

¹⁸⁵⁷ Article L.2232-21 du Code du travail.

¹⁸⁵⁸ Article L.2232-23 du Code du travail.

¹⁸⁵⁹ Article 1113, al. 1^{er} du Code civil.

¹⁸⁶⁰ Article 1112 du Code civil et s.

¹⁸⁶¹ « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° le consentement des parties ; 2° leur capacité de contracter ; 3° un contenu licite et certain. ».

¹⁸⁶² Article 1110, al. 1^{er} du Code civil.

l'avance par l'une des parties »¹⁸⁶³. Or, pour ce type de contrat, l'article 1971 du Code civil dispose que « toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». Dès lors, l'absence de négociateur n'invalide pas le contrat mais comporte un risque de voir le contenu invalidé par le juge en cas de déséquilibre significatif. En d'autres termes, cette forme d'accord nouvellement promue par le législateur ne gagne pas en sécurité juridique. En outre, par cette mesure, si le législateur ne contribue pas au renforcement du dialogue social, il contribue très nettement à favoriser la production normative au niveau de l'entreprise.

2 – La portée de la participation à la gestion de l'entreprise

767. L'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 dispose que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués [...] à la gestion de l'entreprise ». La portée de la participation à la gestion va dépendre de l'appréciation de son contenu. Tandis qu'une acception large imposerait la présence des représentants des travailleurs dans tous les organes de gestion de l'entreprise, qu'ils soient décisionnels ou consultatifs, une lecture restrictive cantonnerait ce principe à la présence des représentants dans les seules instances représentatives.

Si le juge constitutionnel admet que pousser la logique à l'extrême imposerait « une véritable cogestion »¹⁸⁶⁴, il précise que « tel n'est pas le sens que leur prête la jurisprudence constitutionnelle »¹⁸⁶⁵. Lors d'une question prioritaire de constitutionnalité, le juge a tranché ce point en énonçant que « le huitième alinéa du Préambule de 1946 n'impose pas la présence de représentants des salariés au sein des organes de direction de l'entreprise »¹⁸⁶⁶, précisant qu'« il incombe au législateur de déterminer, dans le respect de ce principe et de la liberté syndicale, garantie par le sixième alinéa, les conditions et garanties de sa mise en œuvre et, en particulier, les modalités selon lesquelles la représentation des travailleurs est assurée dans l'entreprise »¹⁸⁶⁷. Or, pour le juge « il ne résulte pas du huitième alinéa du Préambule de 1946 que cette participation doit être mise en œuvre dans les mêmes conditions selon qu'elle

¹⁸⁶³ Article 1110, al. 2 du Code civil.

¹⁸⁶⁴ Cons. const., 4 août 2017, QPC n° 2017-652, commentaire p. 10, [en ligne], [consulté le 27 juin 2019].

¹⁸⁶⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶⁶ Cons. const., 26 juillet 2016, QPC n° 2013-333.

¹⁸⁶⁷ *Ibid.*

s'applique aux organes dirigeants de l'entreprise ou aux institutions représentatives du personnel »¹⁸⁶⁸.

En d'autres termes, si la participation des représentants des salariés aux organes de gestion est possible ; elle n'est pas obligatoire. Dans une dimension strictement lexicale, Gilles Auzero souligne pourtant que « la participation ne saurait donc être conçue autrement que comme une participation aux décisions »¹⁸⁶⁹.

768. Si le Conseil constitutionnel apparaît frileux pour reconnaître le droit à la participation des salariés aux décisions de l'entreprise, il reconnaît lui-même que « le principe de participation à la gestion des entreprises revêt en pratique une acception limitée dans la jurisprudence constitutionnelle »¹⁸⁷⁰. Ainsi à l'occasion de la saisine de la loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, interrogés sur la constitutionnalité de l'article 1^{er} de la loi relatif à l'instauration d'un régime fiscal dérogatoire destiné à favoriser le recours aux heures supplémentaires, les juges ont notamment écarté le grief portant sur la violation du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Dans cette décision, les juges ont considéré conforme à ce principe, la loi qui se bornait à prévoir l'information et la consultation du comité d'entreprise sur l'utilisation et le volume horaire d'heures supplémentaires effectuées, sans autre précision sur les modalités de mise en œuvre¹⁸⁷¹.

Alors que le droit à la participation dans le domaine de la gestion a suscité de vives oppositions dès son inscription dans le Préambule de la Constitution de 1946, il n'a pas non plus fait l'objet d'une jurisprudence constitutionnelle audacieuse. Selon Valérie Bernaud « la faute en revient probablement aux diverses significations qu'il recouvre et qui ne peuvent faire l'unanimité en politique comme en doctrine. Dès lors, il n'est pas surprenant de constater que le Conseil constitutionnel laisse au législateur une large marge de manœuvre quant à la détermination des modalités de la participation.

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*

¹⁸⁶⁹ « Ainsi que l'a récemment souligné un auteur, "si gérer a pour synonyme : administrer, diriger, gouverner, et si participer signifie prendre part, avoir parmi d'autres une action dans..., partager", alors les salariés qui n'ont pas de pouvoir décisionnel ne peuvent être considérés comme ayant un tel droit. », G. AUZERO, « La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance », *Dr. soc.*, 2013, p. 740.

¹⁸⁷⁰ Cons. const., 4 août 2017, QPC, commentaire précité, p. 10.

¹⁸⁷¹ Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-555 DC, *Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*, JO n° 193 du 22 août 2007, p. 13959, cons. 9 ; *D.* 2008. 2025, obs. V. Bernaud et L. Gay.

769. Alors que le Conseil constitutionnel apparaît peu enclin à donner au principe de participation une portée ambitieuse, la loi du 14 juin 2013¹⁸⁷² a été l’occasion pour le législateur d’inscrire dans le Code du travail « de nouveaux droits collectifs en faveur de la participation des travailleurs »¹⁸⁷³. L’article 8 de la loi crée un article L.2323-7-1 qui dispose que « chaque année, le comité d’entreprise est consulté sur les orientations stratégiques de l’entreprise, définies par l’organe chargé de l’administration ou de la surveillance de l’entreprise, et sur leurs conséquences sur l’activité, l’emploi, l’évolution des métiers et des compétences, l’organisation du travail, le recours à la sous-traitance, à l’intérim, à des contrats temporaires et à des stages ». Cette consultation présente deux volets : d’une part, elle porte sur les orientations qui relèvent de la prévision et de l’anticipation et qui se situent en amont des décisions et, d’autre part, elle concerne leurs conséquences d’ordre social.

Les auteurs travaillistes soulignent la responsabilisation des salariés véhiculée en filigrane par cette réforme¹⁸⁷⁴, sans être pour autant assortie d’un regain de pouvoir que seul un droit de veto aurait pu matérialiser¹⁸⁷⁵. Du point de vue des économistes¹⁸⁷⁶, en revanche, ces dispositifs contribuent à la création d’une communauté d’intérêt source de performance pour l’entreprise.

770. Si la volonté de promouvoir le dialogue social ressort clairement de la très large désignation des acteurs investis d’un pouvoir de participation, la portée de la participation à la gestion de l’entreprise est limitée. À côté de cette fonction représentative, le collectif a aussi une fonction structurante.

¹⁸⁷² Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l’emploi, JORF n° 138 du 16 juin 2013, texte n° 1.

¹⁸⁷³ Section 2 de la loi.

¹⁸⁷⁴ En ce sens : F. GÉA, « La réforme de l’information et de la consultation du comité d’entreprise, Bâtir une “culture de la confiance” ? », *Dr. soc.*, 2013, p. 717 ; G. AUZERO, « La participation des salariés à la stratégie de l’entreprise », *Dr. soc.*, 2015, p. 1006.

¹⁸⁷⁵ « Les partenaires sociaux signataires se sont bien gardés de consacrer un système permettant aux représentants des salariés d’agir sur les grands choix stratégiques par la reconnaissance d’un véritable droit de veto. La méthode retenue est tout autre... C’est celle, pour le ainsi dire, de la responsabilisation par la procéduralisation. », F. GÉA, article précité.

¹⁸⁷⁶ « Les entreprises qui combinent à la fois des dispositifs participatifs financiers et non financiers (représentation dans les grandes instances décisionnelles et décentralisation des décisions au niveau de l’organisation du travail) sont plus performantes par rapport à celles qui n’ont soit pas articulé ces deux formes de participation, soit introduit l’une des deux formes de participation, ce qui va dans le sens de la thèse sur la complémentarité des dispositifs participatifs. Cette complémentarité témoignerait d’une culture participative “cohérente” alliant confiance et convergence durable des objectifs. [...] Aujourd’hui, cette communauté d’intérêts est justement l’une des clés de la performance économique et sociale des entreprises. », S. BENHAMOU, « Gouvernance, participation des salariés et performance des entreprises : enjeux et prospective économique et sociale », *Dr. soc.*, 2014, p. 550.

B – La fonction structurante

771. Un collectif de travail se caractérise par des échanges basés sur l’entraide. Il forme une communauté de travail ayant pour fonction de participer à la construction des identités (1) ; il constitue un filet de protection qui évite l’isolement de l’individu au travail (2).

1 – Le collectif au sens d’une communauté juridique de travail

772. En première analyse, la notion de communauté de travail « trouve son essence dans la doctrine allemande qui propose un système de valeurs communs aux employeurs et aux salariés au nom de l’intérêt de l’entreprise »¹⁸⁷⁷. Cette approche a nourri, au début de 20^e siècle, un courant doctrinal, concevant la relation de travail « comme un rapport communautaire, qui prend naissance par le seul fait de l’intégration du travailleur dans la communauté de travail »¹⁸⁷⁸. Dans cette conception, l’appartenance à la communauté de travail n’est pas déterminée par le contrat de travail : elle ne résulte pas du droit, elle résulte des faits. Cette idée renvoie à la théorie institutionnelle de l’entreprise¹⁸⁷⁹ portée en droit du travail par Paul Durand. Celui-ci proposait de définir la relation de travail par « combinaison du contrat et de l’institution »¹⁸⁸⁰.

773. La réception de cette théorie a rencontré un succès notable au moment des loi Auroux. Son influence est également perceptible dans la jurisprudence. Pierre-Yves Verkindt relève que l’« on doit à la théorie institutionnelle de l’entreprise d’avoir mis en valeur l’existence d’une collectivité de travail, ayant des intérêts propres, et non réductible à un simple agrégat de contrats individuels de travail »¹⁸⁸¹. La collectivité de travail n’est pas régie par le Code du travail, pas plus qu’elle n’est définie. Lorsqu’elle est saisie par le juge, elle revêt alors un caractère fonctionnel. Il en est de même pour la notion de communauté de travail. Le juge utilise

¹⁸⁷⁷ A. MUSSIER, *op. cit.*, p. 58.

¹⁸⁷⁸ A. SUPLOT, *Critique du droit du travail, op. cit.*, p. 18.

¹⁸⁷⁹ V., *supra* n° 679.

¹⁸⁸⁰ A. SUPLOT, *op. cit.*, p. 21.

¹⁸⁸¹ P.-Y. VERKINDT, « La collectivité de travail ou “la belle inconnue” », *Dr. soc.*, 2012, p. 1006.

ces notions pour reconstituer *en fait* ce qui ne se donne pas à voir *en droit* afin d'en dégager des effets de droit.

774. La notion d'intégration étroite et permanente à la communauté de travail mise en œuvre par la Cour de cassation est emblématique de cette démarche. Elle est mobilisée pour déterminer les salariés entrant dans la computation des effectifs et dans la détermination des conditions d'éligibilité. Avec l'externalisation de nombreux services de l'entreprise¹⁸⁸², la question s'est posée de savoir à quelle communauté de travail appartiennent les salariés mis à disposition. Qu'un intense contentieux se soit cristallisé autour de cette question n'a rien d'étonnant car « voter, c'est exister »¹⁸⁸³. Or, « c'est l'exact contraire de la négation que subissent les salariés sous-traitants sur les sites »¹⁸⁸⁴. La problématique du vote aux élections des instances collectives est donc étroitement liée à la communauté de travail.

Le Président Sargos souligne la place « cardinale » de la communauté de travail dont il importe qu'elle « corresponde à une réalité allant au-delà de constructions juridiques abstraites ou artificielles »¹⁸⁸⁵. Ainsi, dans un arrêt de la Chambre sociale en date du 28 mars 2000¹⁸⁸⁶, la Cour de cassation a écarté le critère juridique de la subordination pour déterminer l'effectif d'une société et la détermination de la composition de la délégation du personnel. Se faisant, les juges retiennent un principe de réalité prenant en compte les salariés « effectivement intégrés dans la collectivité de travail »¹⁸⁸⁷ de l'entreprise d'accueil.

Deux arrêts sont venus préciser la notion « d'intégration dans la collectivité de travail ». La prise en compte d'un salarié mis à disposition pour les élections des délégués du personnel

¹⁸⁸² « Avec le développement de l'externalisation de l'activité des entreprises depuis le milieu des années 1970, coexistent sur de nombreux sites des travailleurs d'une entreprise gestionnaire du site et des travailleurs d'entreprises extérieures mis à la disposition de la première, d'abord pour assurer des activités périphériques, telles que l'informatique, le gardiennage, la restauration, le nettoyage ou la maintenance, puis des activités de plus en plus proches du « cœur du métier » de l'entreprise. », J. DUPLAT, « À la recherche des critères de l'intégration étroite et permanente », *Sem. Soc. Lamy*, n° 1375, novembre 2008.

¹⁸⁸³ E. BOUSSARD-VERRECHIA, X. PETRACHI, « Regards croisés sur la communauté de travail », *Dr. ouvr.*, juillet 2008, p. 364.

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁸⁵ Le Président Sargos souligne le « véritable travail de recherche de la vérité de la communauté de travail dans l'entreprise [réalisé depuis trente ans par la Chambre sociale], dont la finalité est de trouver, au-delà de seuils plus ou moins arbitraires, voire de manœuvres plus ou moins avouées pour évincer, altérer ou limiter la représentation sociale, la réalité économique et sociale, sinon sociologique, de cette communauté de travail. », P. SARGOS, « La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale », précité, p. 97.

¹⁸⁸⁶ Cass. soc., 28 mars 2000, n° 98-60.440, Bull. civ. V, n° 133, *D.* 2000. p. 125 ; *Dr. soc.* 2000. p. 797, obs. C. Roy-Loustaunau.

¹⁸⁸⁷ *Ibid.*

concernant l'entreprise d'accueil résulte de sa participation « aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice »¹⁸⁸⁸ qui « n'est pas restreinte au seul métier de l'entreprise ou à la seule activité principale de celle-ci »¹⁸⁸⁹. Le Président Sargos précise que « la formule est très large dans la mesure où [...] une entreprise ne doit utiliser que des salariés nécessaires à son fonctionnement »¹⁸⁹⁰.

Afin d'endiguer l'essor de cette jurisprudence vue comme une source d'instabilité et de complexité¹⁸⁹¹, le législateur avait adopté une disposition visant à limiter aux seuls salariés de l'entreprise le corps électoral appelé à désigner ses représentants aux instances collectives¹⁸⁹². Interrogé sur la validité de cet article, le Conseil constitutionnel retient que les bénéficiaires du droit à la participation « par l'intermédiaire de leurs délégués » sont « sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, même s'ils n'en sont pas les salariés »¹⁸⁹³. Au-delà du contrat de travail, l'appartenance à la même communauté de travail est constitutive du droit de participer à la détermination des conditions de travail ainsi qu'à la gestion de l'entreprise.

775. La Chambre sociale dans un arrêt du 13 novembre 2008 énonce, de manière particulièrement explicite, les conditions constitutives de l'intégration étroite et permanente à la communauté de travail des salariés mis à disposition par une entreprise extérieure. Elle rappelle qu'il est fait « abstraction du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur », et que l'intégration résulte de la présence « dans les locaux de l'entreprise utilisatrice » et du travail « depuis une certaine durée, partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs »¹⁸⁹⁴.

¹⁸⁸⁸ Cass. soc., 26 mai 2004, n° 03-60.358, Bull. civ. V, n° 141, *D.* 2004. IR 1862 ; *RJS* 2004. 633, n° 935 ; *JSL* 2004, n° 148-2.

¹⁸⁸⁹ *Ibid.*

¹⁸⁹⁰ P. SARGOS, « La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale », précité, p. 100.

¹⁸⁹¹ Cons. const., 28 décembre 2006, DC n° 2006-545, Commentaire, *Cah. Cons. Const.*, n° 22, juin 2007.

¹⁸⁹² Article 54, loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, JO n° 303 du 31 décembre 2006, texte n° 1.

¹⁸⁹³ Cons. const., 28 décembre 2006, DC n° 2006-545, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié*, JO n° 303 du 31 décembre 2006, p. 20320, cons. 29 ; *RDT* 2007. 84, étude A. Lyon-Caen.

¹⁸⁹⁴ Cass. soc., 13 novembre 2008, n° 07-60.434, n° 07-60.465, n° 08-60.331, Bull. civ. V, n° 219 ; *D.* 2008. *AJ.* 2945 ; *SSL* 2008, n° 1375, avis J. Duplat.

La Cour de cassation dégage deux critères : d'une part, la présence *in situ* et, d'autre part, la présence durable. Or, dans la construction des identités de travail, les sociologues identifient trois facteurs : l'identité par le métier, l'identité par l'appartenance au groupe et l'identité par l'appartenance à une entreprise. Ainsi, la présence durable sur le lieu de travail pour déterminer l'intégration juridique à une communauté de travail renvoie pour partie à la construction des identités d'un point de vue sociologique.

2 – La fonction du collectif de travail dans la protection des salariés

776. La présence d'un collectif de travail emporte des effets juridiques dans le champ de la protection de l'intégrité physique et mentale. Ainsi, le Code du travail prévoit des règles de prévention spécifiques associées à certaines activités ou opérations¹⁸⁹⁵. Au-delà de ces dispositions particulières, le collectif de travail participe à la protection de la personne par la résistance qu'il oppose face aux situations délétères.

En ce sens, des chercheurs ont montré l'importance du collectif dans le partage des émotions au travail. Désigné « partage social », ce terme renvoie à la propension des individus à retracer les événements ayant une forte intensité émotionnelle¹⁸⁹⁶. Les auteurs expliquent que le partage social d'une situation émotionnellement éprouvante a une fonction d'ajustement pour l'individu et une fonction d'expertise pour le collectif¹⁸⁹⁷. Ils soulignent d'une part, la valeur du partage en ce qu'il contribue au « renforcement du sentiment d'appartenance à une communauté de travail » et, d'autre part, l'isolement qui apparaît en creux comme facteur de rumination et d'enfermement pour l'individu privé de la faculté de partage social. De nombreux travaux en sociologie et en psychologie montrent l'influence de l'isolement sur la dégradation de la santé au travail¹⁸⁹⁸. Par l'instauration d'un dialogue, le collectif permet le déplacement des questions relevant de la personnalité aux questions relevant de l'organisation du travail. Par ce changement de focale, il participe à la protection de la santé des travailleurs.

¹⁸⁹⁵ Articles L.4511-1 à L.4541-1 du Code du travail.

¹⁸⁹⁶ J. MARC, V. GROSJEAN, M. C. MARSELLA, « Dynamique cognitive et risques psychosociaux : isolement et sentiment d'isolement au travail », *Le travail humain*, 2011, vol. 74, n° 2, p. 111.

¹⁸⁹⁷ « Les émotions des proches – ici des collègues – constituent pour le sujet une source importante de son ajustement présent et futur face aux opportunités et aux menaces qui existent dans leur milieu commun. Ainsi, partant du fait que ce qui a affecté un collègue est susceptible d'affecter un jour un autre membre du groupe, le collectif développe par le partage social une expertise sur les caractéristiques pertinentes de son environnement. », *ibid.*, p. 112.

¹⁸⁹⁸ *Ibid.*, p. 113.

Or, cette fonction est mise à mal par les transformations de l'organisation du travail privilégiant l'autonomie et la responsabilisation des salariés. L'individualisation accrue souvent associée aux méthodes d'évaluation par objectif reposent sur l'investissement individuel. Les systèmes de rémunération individualisée liés à la mesure de la performance individuelle induisent un recentrage de la gestion sur la personne et instaurent par voie de conséquence un climat de rivalités portant atteinte aux solidarités¹⁸⁹⁹. Dans ces organisations, se développent des « relations duelles non médiatisées »¹⁹⁰⁰ laissant l'individu seul, face à des relations principalement « intersubjectives »¹⁹⁰¹ dépourvues de la médiation du collectif assurant la fonction du tiers¹⁹⁰².

Investiguant les liens entre santé et travail, Dominique Lhuilier assimile les troubles pathologiques à « l'expression d'un blocage »¹⁹⁰³ de la capacité d'un individu à négocier avec son milieu et lui-même pour trouver un « équilibre protecteur »¹⁹⁰⁴. Par son rôle d'expertise et de transmission de savoir-faire, le collectif peut participer à la construction de cet équilibre.

777. Le collectif de travail renvoie également à la notion du pouvoir et de rééquilibrage des pouvoirs dans l'entreprise. Cette dimension est variable selon la place occupée par le salarié dans l'organisation. De cette place occupée découle un certain pouvoir individuel. Lorsque le pouvoir individuel est faible, le collectif sert de contre-pouvoir. Lorsque la possession de compétences spécifiques place le salarié dans une position de force, la fonction de contre-pouvoir du collectif ne joue pas ; les relations au sein de l'entreprise ne constituent alors pas une nécessité. Dès lors, « l'élévation du pouvoir des individus au sein des organisations aurait pour effet immédiat une fragilisation des collectifs de travail du fait de l'affaiblissement du besoin et de l'intérêt d'appartenir à un groupe »¹⁹⁰⁵. Dans un sens assez similaire, la délégation d'autorité détenue par un salarié a pour effet de l'exclure du collège électoral des salariés¹⁹⁰⁶.

¹⁸⁹⁹ V. CHARAZAC, « Le néolibéralisme au mépris du collectif, Souffrance au travail, management par objectifs, délitement des groupes », *Connexions*, 2010, vol. 94, n° 2 p. 123.

¹⁹⁰⁰ D. LHUILIER, « Travail, management et santé psychique », *Connexions*, 2009, vol. 91, n° 1, p. 91.

¹⁹⁰¹ *Ibid.*

¹⁹⁰² En ce sens : *ibid.*

¹⁹⁰³ *Ibid.*

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁹⁰⁵ C. IMHOFF, « L'émergence de nouveaux collectifs de travail : ruptures et continuités dans l'histoire de l'entreprise », *Management & Avenir*, 2017, vol. 93, n° 3, p. 95.

¹⁹⁰⁶ Article L.513-1 du Code du travail.

Conclusion de la Section 1

778. Si la valorisation de l'individu dans la société contemporaine a pour effet le recul de la dimension collective¹⁹⁰⁷, la participation des collectifs de travail et des institutions représentatives à la défense des intérêts des salariés en soulignent l'importance. Toutefois la décentralisation du travail permise par les TIC fragilise à la construction des collectifs de travail initialement inscrit dans l'enceinte de l'entreprise.

La liberté syndicale et le droit à la participation constituent les deux versants de la relation collective. À cet égard, le droit présente un visage inégal. La volonté de renforcer la légitimité de la représentation syndicale démontre le souhait de contribuer à la promotion du dialogue social. En contrepoint, la réforme des institutions représentatives laisse un doute sur la place accordée à ces instances notamment dans le domaine de la santé. Pour autant, les fonctions représentatives restent de premier ordre. Elles contribuent à la protection des salariés et constituent des espaces de discussion offrant « une ligne de résistance aux dérives pathogènes du travail »¹⁹⁰⁸ et concourent par cette voie, à l'équilibre des pouvoirs dans l'entreprise.

¹⁹⁰⁷ Du point de vue de Norbert Elias « la structure des sociétés évoluées de notre temps a pour trait caractéristique d'accorder une plus grande valeur à ce par quoi les hommes se différencient les uns des autres, à leur l'"identité du je", qu'à ce qu'ils ont en commun leur "identité du nous". La première l'"identité du je" prime sur l'"identité du nous". », N. ELIAS, *op. cit.*, p. 208.

¹⁹⁰⁸ P.-Y. VERKINDT, article précité.

Section 2 – La défense des intérêts des salariés par le collectif : la nécessaire prise en compte des TIC

779. Le terme « défense » peut être pris dans le sens de bataille à livrer, de conflit. Pris dans le sens d'association, de participation, il renvoie plutôt aux moyens mis en œuvre pour protéger et sauvegarder des intérêts. Alors que le travail, les organisations et les conditions de travail sont enserrés dans une gangue technologique, les institutions représentatives du personnel peuvent constituer un espace privilégié de discussion propice à la construction d'un dialogue social proche du travail réel, à la condition toutefois, d'une intégration effective des TIC dans la défense des intérêts collectifs (§1) et dans la protection des intérêts individuels (§2).

§ 1 – La prise en compte des TIC dans la défense des intérêts collectifs

780. Le développement des objets connectés et de l'intelligence artificielle dans les entreprises va susciter des transformations dans le travail qui justifient que les acteurs sociaux se saisissent de la question. Or, la volonté de simplification à l'œuvre dans la fusion des institutions se retrouve également au niveau de la prise en compte des TIC dans les attributions des institutions représentatives signant un recul de la question technologique saisie par les représentants du personnel. Soucieux de valoriser la négociation sur ce sujet l'accord-cadre européen sur la numérisation du 22 juin 2020 propose toutefois une méthodologie de discussion (A).

En outre, le recours aux expertises supposé fournir un éclairage pertinent a fait l'objet de nombreuses critiques conduisant à sa refonte (B).

A – La place des TIC dans la prise en compte des intérêts collectifs par les IRP

781. À la suite de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, la mise en place des IRP, antérieurement organisée autour des trois seuils (moins de onze salariés, moins de cinquante salariés et au moins cinquante salariés), a fait l'objet d'une simplification. Le CSE, devenu l'instance unique de représentation du personnel, est institué dans les entreprises d'au moins onze salariés¹⁹⁰⁹. Les attributions du CSE varient selon l'effectif de l'entreprise. Ainsi, il faut

¹⁹⁰⁹ Article L.2311-2 du Code du travail.

distinguer les attributions dans les entreprises de moins de cinquante salariés (1) et celles qui sont mises en œuvre dans les entreprises de plus de cinquante salariés (2).

1 – La place des TIC dans les IRP au sein des entreprises de moins de cinquante salariés

782. Dans les entreprises d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés, l'article L.2312-5 du code du travail dispose que « la délégation du personnel au comité social et économique a pour mission de présenter à l'employeur les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du Code du travail et des autres dispositions légales concernant notamment la protection sociale, ainsi que des conventions et accords applicables dans l'entreprise. Elle contribue à promouvoir la santé, la sécurité et l'amélioration des conditions de travail dans l'entreprise et réalise des enquêtes en matière d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ou à caractère professionnel. » À la lecture de cette disposition, se dessinent trois attributions. La première consiste à présenter des réclamations, la seconde vise la promotion de la santé, sécurité et conditions de travail et la troisième porte sur la possibilité de réaliser des enquêtes.

783. En matière de réclamation, la Cour de cassation opère une distinction entre les revendications qui relèvent de la compétence syndicale et les réclamations qui entrent dans le champ des attributions des représentants du personnel¹⁹¹⁰. La frontière qui peut s'avérer délicate à tracer est à l'origine de conflits notamment en matière de salaire¹⁹¹¹. Abstraction faite des salaires, la nature des réclamations n'étant pas définie limitativement, les membres de la délégation du personnel bénéficient d'une large latitude pour présenter des demandes visant à garantir l'application des dispositions légales ou conventionnelles.

Pour délimiter le champ des réclamations présentées, l'article L.2312-5 du Code du travail fait référence « à l'application du code du travail et aux autres dispositions légales concernant *notamment* la protection sociale ». L'usage du terme *notamment* renvoie à un ou plusieurs éléments cités de façon non exhaustive dans un ensemble. Le champ des réclamations n'est donc pas limité aux seules dispositions intéressant la protection sociale. Il s'en infère qu'il est

¹⁹¹⁰ En présence d'une section syndicale dans l'entreprise, les attributions des représentants du personnel « doivent se combiner » avec les attributions syndicales, Cass. crim., 24 mai 1973, n° 71-93.051, Bull. crim., n° 239, *D.* 1973. 599, note J. Savatier.

¹⁹¹¹ Notamment, sur l'augmentation de la rémunération, Cass. crim., 26 janvier 1993, n° 89-85.389, Bull. crim., n° 43 ; sur les coefficients hiérarchiques, Cass. soc., 13 mai 1980, n° 78-15.782, Bull. soc., n° 424, *D.* 1981. IR 123, obs. Langlois.

ouvert à l'application de dispositions légales telles que celles portant sur la protection des données à caractère personnel. Bien que ne figurant pas dans le Code du travail ; les dispositions relatives à la protection des données à caractère personnel sont d'ordre légal. Il semble envisageable qu'elles fassent l'objet de réclamations.

784. En matière de santé, de sécurité et d'amélioration des conditions de travail dans l'entreprise, la délégation bénéficie d'attributions en propre qui ne sont plus uniquement supplétives, contrairement à ce qui était en vigueur antérieurement à la réforme. Avant la réforme, les délégués du personnel dans les entreprises de moins de cinquante salariés étaient appelés à suppléer la carence de CHSCT. Ils sont désormais pleinement investis d'un rôle de promotion de la santé mais cette attribution n'a pas donné lieu à une augmentation des heures de délégations qui restent fixées à dix heures par mois¹⁹¹². Seul le temps consacré aux enquêtes, constitutif de temps de travail effectif, ne vient pas s'imputer sur le crédit d'heures de délégation¹⁹¹³. Tant que des moyens spécifiques ne sont pas attachés à cette mission, le doute reste quant à son effectivité, alors même que les salariés travaillant dans les petites entreprises apparaissent dans les enquêtes comme ceux pour lesquels le risque en matière d'accident est le plus élevé¹⁹¹⁴.

785. Outre ces attributions, le comité doit être consulté sur un certain nombre de sujets prévu par la loi intéressant à l'emploi, à la formation, et aux conditions de travail. Figure parmi les consultations la mise en œuvre du télétravail. Le télétravail tel qu'il est défini dans le Code du travail, est mis en place dans le cadre d'un accord collectif ou, à défaut, dans le cadre d'une charte élaborée par l'employeur après avis du comité social et économique, s'il existe¹⁹¹⁵.

¹⁹¹² Article L.2315-7 du Code du travail.

¹⁹¹³ Article L.2315-11, 3° du Code du travail.

¹⁹¹⁴ « La Charte européenne des petites entreprises les désigne comme “l'épine dorsale de l'économie européenne” en représentant 67 % de l'emploi et dans le même temps 82 % des accidents et maladies professionnelles dans l'Union européenne. L'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail reconnaît qu'elles font face à des défis particuliers en matière de santé au travail, leurs ressources étant limitées : “les défis liés à la gestion de la santé- sécurité au travail sont d'autant plus significatifs que l'entreprise est petite”. De nombreux rapports nationaux font le même constat en France et font le lien avec les risques psychosociaux. La taille de l'entreprise révèle un taux d'accidentalité au détriment des petites entreprises. Selon la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés, en 2013, 22 % des accidents du travail auraient lieu dans des établissements de 20 à 50 salariés tandis qu'ils ne représentent que 16 % de l'emploi total. À l'inverse, les établissements de plus de 200 salariés représentent 26 % des travailleurs du régime général mais seulement 18 % des accidents du travail. », L. LEROUGE, G. GRAFTEAU, « Santé au travail, risques psychosociaux dans les petites entreprises en droit du travail », *RTD*, 2015, p. 705.

¹⁹¹⁵ Article L.1222-9 al. 1, 3 du Code du travail.

L'absence d'accord collectif ou de charte n'empêche pas le recours au télétravail qui peut être mis en place par accord amiable entre le salarié et l'employeur¹⁹¹⁶. Dans cette hypothèse, le CSE n'est pas consulté. Il n'est pas non plus consulté en cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, ou en cas de force majeure. Le Code du travail indique qu'en pareils circonstances, la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés¹⁹¹⁷. Le ministre du travail fait référence à cette hypothèse dans les circonstances de l'épidémie de Covid-19¹⁹¹⁸.

786. Dans les entreprises de moins de cinquante salariés les problématiques relatives aux TIC pourront être abordées à la faveur d'une réclamation ou lors de la mise en place du télétravail. Il faut cependant relever la faiblesse des attributions au plan de la santé, sécurité et conditions de travail.

2 – Les consultations visant les TIC dans les entreprises d'au moins cinquante salariés

787. À partir du seuil de cinquante salariés, les consultations du CSE sont accrues. Aux consultations déjà prévues pour les entreprises de moins de cinquante salariés, s'ajoutent d'autres consultations dont la périodicité est soit récurrente soit ponctuelle.

788. De façon récurrente¹⁹¹⁹, le CSE est informé et consulté sur les orientations stratégiques de l'entreprise, la situation économique et financière¹⁹²⁰, la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi.

En application de l'article L.2312-24 du Code du travail, le comité social et économique est consulté sur les orientations stratégiques de l'entreprise, définies par l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise, et sur leurs conséquences sur l'activité,

¹⁹¹⁶ Article L.1222-9 al. 4 du Code du travail.

¹⁹¹⁷ Article L.1222-11 du Code du travail.

¹⁹¹⁸ « Mon employeur peut-il m'imposer le télétravail ? OUI : L'article L.1222-11 du Code du travail mentionne le risque épidémique comme pouvant justifier le recours au télétravail sans l'accord du salarié. La mise en œuvre du télétravail dans ce cadre ne nécessite aucun formalisme particulier », Ministère du travail, « Télétravail et déconfinement », Questions / Réponses, mai 2020.

¹⁹¹⁹ Le contenu, la périodicité et les modalités des consultations récurrentes du CSE peuvent être modifiés par accord d'entreprise en application de l'article L.2312-19 du Code du travail.

¹⁹²⁰ Cette consultation est citée pour mémoire ; elle ne fera pas l'objet de développement.

l'emploi, l'évolution des métiers et des compétences, l'organisation du travail, le recours à la sous-traitance, à l'intérim, à des contrats temporaires et à des stages. Cette consultation porte, en outre, sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, sur les orientations de la formation professionnelle et sur le plan du développement des compétences. Le CSE émet un avis qui ne lie pas l'entreprise. Il doit cependant faire l'objet d'une réponse argumentée de la part de l'organe de décision auquel il a été transmis.

Aux termes de l'article L.2312-26 du Code du travail, la consultation annuelle sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi porte sur l'évolution de l'emploi, les qualifications, le programme pluriannuel de formation, les actions de formation envisagées par l'employeur, l'apprentissage, les conditions d'accueil en stage, les actions de prévention en matière de santé et de sécurité, les conditions de travail, les congés et l'aménagement du temps de travail, la durée du travail, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et les modalités d'exercice du droit d'expression des salariés dans les entreprises non couvertes par un accord sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail. Dans l'optique de cette consultation, l'entreprise met à la disposition du CSE des informations contenues dans la base de données économiques et sociales.

789. Jusqu'à la loi du 17 août 2015, deux consultations récurrentes portaient sur la technologie.

D'une part, le comité d'entreprise était consulté sur la politique de recherche et de développement technologique de l'entreprise, et le défaut de consultation emportait suspension des aides publiques en faveur des activités de recherche et de développement technologique¹⁹²¹. La loi du 17 août 2015 maintient cette consultation mais supprime la sanction qui est attachée au défaut de consultation.

D'autre part, dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, le comité d'entreprise était informé et consulté sur les problèmes généraux intéressant les conditions de travail résultant de l'organisation du travail, de la technologie, des conditions d'emploi, de l'organisation du temps de travail, des qualifications et des modes de rémunération. À cet effet, il étudiait leurs incidences sur les conditions de travail des projets et décisions patronales. Pour se faire, il bénéficiait le cas échéant du concours du CHSCT¹⁹²². Cette seconde disposition ayant été abrogée par l'ordonnance du 22 septembre 2017 les enjeux en matière de technologies ne sont plus abordés de manière annuelle. Ils restent traités au plan de la consultation annuelle sur la

¹⁹²¹ Article L.2323-12 anc. du Code du travail.

¹⁹²² Article L.2323-27 anc. du Code du travail.

situation économique et financière de l'entreprise, mais uniquement, pris sous l'angle de la politique de recherche.

Dans la mesure où l'article L.2312-26 du Code du travail dispose que la consultation porte notamment sur les conditions de travail et les actions de préventions en matière de santé et sécurité, ils auraient pu être vus dans le cadre de la consultation annuelle sur la politique sociale de l'entreprise et les conditions de travail et l'emploi. Cependant la liste des informations devant être mises à disposition du comité par l'employeur ne faisant pas mention de cette catégorie de données, il faut comprendre que le législateur n'a pas prévu que les TIC et leurs conséquences en matière de santé et de conditions de travail soient envisagées à ce stade.

Bien que les questions technologiques ne soient plus précisément abordées dans les consultations récurrentes, il semble bien que ce soit le niveau le plus pertinent pour envisager ces problématiques qui irriguent autant les orientations stratégiques de l'entreprise en termes d'activité et d'organisation du travail que les conditions de travail. Elles pourraient cependant resurgir à la faveur de la mission d'analyse des risques professionnels exercée par le CSE.

790. De façon ponctuelle jusqu'à la loi du 17 août 2015, le comité d'entreprise était 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 travail¹⁹²³. De plus, lorsque l'employeur envisageait de mettre en œuvre des mutations technologiques importantes et rapides, il devait établir un plan d'adaptation transmis, pour information et consultation, au comité d'entreprise¹⁹²⁴. En parallèle, le CHSCT était consulté avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou des conditions de travail¹⁹²⁵ et sur le projet et lors de l'introduction de nouvelles technologies sur les conséquences de ce projet ou de cette introduction sur la santé et la sécurité des travailleurs¹⁹²⁶. L'ensemble de ces dispositions a été abrogé pour être remplacé par l'article L.2312-8 du Code du travail qui dispose que « le comité est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur l'introduction de nouvelles

¹⁹²³ Article L.2323-13 anc. du Code du travail.

¹⁹²⁴ Article L.2323-14 anc. du Code du travail.

¹⁹²⁵ Article L.4612-8-1 anc. du Code du travail.

¹⁹²⁶ Article L.4612-9 anc. du Code du travail.

technologies, tout aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail ».

Le regroupement de quatre articles sous une seule bannière n'est pas sans conséquence quant à l'étendue de cette consultation. Aux termes de l'article L.2312-8 nouveau du Code du travail la consultation du CSE porte dès lors, sur deux situations : d'une part, l'introduction de nouvelles technologies, attribution antérieurement partagée entre le CE et le CHSCT, et, d'autre part, tout aménagement important, attribution exclusivement dévolue au CHSCT.

Concernant la première situation portant sur l'introduction de nouvelles technologies, le CSE est toujours consulté ; ce point reste inchangé au regard de la réforme. En revanche, il n'est plus nécessaire qu'il s'agisse de projet important. Le comité devra être consulté dans tous les cas où une nouvelle technologie est introduite indépendamment de tout critère d'importance. La suppression de ce critère va dans le sens de l'extension de la consultation du CSE et écarte tout litige quant à son appréciation. Il n'est plus non plus prévu de subordonner la consultation à l'éventualité que l'introduction de nouvelles technologies soit susceptible d'avoir des conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail tel qu'envisagé par l'article L.2323-29 abrogé. Par la simplification apportée à la rédaction, la réforme a ouvert plus largement la consultation en matière d'introduction d'une nouvelle technologie. Son caractère reste toutefois ponctuel, puisqu'elle n'est mise en œuvre qu'au moment de l'introduction d'une technologie. Le contrôle des effets sur le long terme aurait supposé une consultation récurrente.

Concernant la deuxième situation, celle portant sur la mise en œuvre de mutations technologiques et rapides, la consultation du CSE n'est plus une exigence. Elle porte à présent sur l'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail.

Entre les deux dispositions, des différences d'ordre lexical sont d'abord à relever. Une mutation est un changement radical et profond tandis qu'un aménagement est une modification, une amélioration. Faut-il en conclure que le degré d'avancée technologique dans les entreprises est tel qu'elles ne devraient plus connaître des mutations radicales mais simplement des aménagements ? Il paraît assez probable que les progrès en matière d'intelligence artificielle conservent encore une faculté importante de bouleversement des organisations à venir. Faut-il plutôt faire une lecture extensive du terme aménagement et considérer que la consultation sera nécessaire également en cas de mutation ?

Il faut ensuite s'interroger sur l'absence d'adjectif qualificatif associé au terme « aménagement ». Ce défaut de précision laisse supposer que la nature de l'aménagement est

indéterminée. Il faut alors comprendre que l'aménagement peut alors être, de façon indifférente, relatif à la technologie ou porter sur autre objet.

Il convient enfin de noter que cette consultation est subordonnée à la modification des conditions de santé, de sécurité ou les conditions de travail. La portée de la consultation est limitée aux seuls cas où les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail subissent des modifications. Pour être prises en compte, ces modifications sont supposées apparaître au moment du projet d'aménagement.

791. Outre ces dispositions visées au titre des attributions générales, le comité est informé, préalablement à leur introduction dans l'entreprise, sur les traitements automatisés de gestion du personnel et sur toute modification de ceux-ci. Il est également 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 salariés¹⁹²⁷.

À ce titre, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser le périmètre de la consultation et dresser ainsi une frontière entre ce qui relève du pouvoir de direction et ce qui suppose une consultation du CSE. Un salarié licencié sur la base des résultats d'un audit faisait notamment valoir, pour contester la mesure, que le moyen de contrôle mis en place n'avait pas été soumis à la consultation des représentants du personnel. La Cour de cassation écarte ce grief retenant que « la finalité de l'audit [...] n'était pas de mettre en place un moyen de contrôle des salariés, [...] mais visait à analyser l'organisation du travail [...] »¹⁹²⁸. En l'espèce, la finalité du procédé portait sur l'amélioration de l'organisation, peu importe « si de manière incidente, il amène à révéler un comportement fautif d'un salarié »¹⁹²⁹. En d'autres termes, la finalité assignée au procédé en détermine le régime juridique applicable.

792. Chacune de ces consultations ne porte que sur l'introduction ou la mise en œuvre d'une technologie. L'introduction suppose un changement ou une nouveauté. Si la consultation est importante à ce stade, l'enjeu ne se limite pas à cette étape. Les conséquences de l'introduction d'une nouvelle technologie se mesurent dans le temps ; elle varie selon son appropriation par les usagers. Ajouter à la consultation ponctuelle, une consultation récurrente permettrait

¹⁹²⁷ Article L.2312-38, al. 2, 3 du Code du travail.

¹⁹²⁸ Cass. soc., 12 juillet 2010, n° 09-66.339, Bull. civ. V, n° 168, *D.* 2010. 1948 ; *Dr. soc.* 2010. 1008, obs. L. Pécaut-Rivolier ; *RJS* 2010. 664.

¹⁹²⁹ L. PÉCAUT-RIVOLIER, note sous l'arrêt, *Dr. soc.*, 2010, p. 1008.

d'assurer un suivi des effets en matière de santé et des conditions de travail suite à l'introduction d'une nouvelle technologie. Un rapport du CSA énonce des recommandations visant à intégrer les conséquences des TIC sur les conditions de travail. Il recommande notamment la réalisation d'un suivi des usages afin de mesurer leur appropriation et les conséquences sur les conditions de travail¹⁹³⁰ et invite à associer les représentants du personnel à cette démarche¹⁹³¹. Un suivi annuel de cet aspect pourrait être intégré au niveau de la consultation récurrente sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi participant ainsi à la réalisation de ces recommandations.

793. Ce panorama montre des faiblesses dans la prise en compte des TIC par les institutions représentatives. Cette situation est préjudiciable à la discussion sur le travail réel et peu propice à la participation éclairée des représentants du personnel. Partant, elle ne concourt pas pleinement à la protection de la personne au travail.

B – Les enjeux de l'information éclairée par l'expertise

794. L'expertise est la procédure par laquelle un ou plusieurs experts rendent un avis sur des éléments présentant des aspects techniques. L'expert est un spécialiste qui émet un avis sur une question exigeant des connaissances spécifiques. Il est détenteur d'un savoir sur lequel le décideur va s'appuyer pour fonder sa décision. Cette position lui confère un pouvoir qui pose en contrepoint la question de sa neutralité. La neutralité est une exigence qui garantit la légitimité de l'expertise. « Outil d'appropriation des connaissances scientifiques et technologiques par une collectivité ou un décideur »¹⁹³² l'expertise apporte un éclairage afin de constituer une aide à la décision. Se pose alors la question de l'indépendance des décideurs face à l'avis rendu par l'expert.

¹⁹³⁰ CSA, *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, Recommandation n° 3, Rapport précité, p. 276.

¹⁹³¹ *Ibid.*, Recommandation n° 9, p. 279-280.

¹⁹³² M. CARON, P.-Y. VERKINDT, « Laisser sa chance à l'intelligence collective dans l'entreprise, Regards sur les rapports entre l'expertise et les instances représentatives du personnel », *Dr. soc.*, 2009, p. 425.

795. Très critiquée¹⁹³³, l'expertise dans le domaine de la représentation collective a fait l'objet d'une profonde refonte. Le degré de technicité des objets de la consultation est souvent élevé. Dès lors l'expertise qui constitue le point de jonction entre le pouvoir et le savoir participe à l'équilibre des pouvoirs. Le transfert des savoirs donne à la consultation son effet utile. L'ensemble de ces éléments conserve à son recours son caractère indispensable (1). Ayant pour fonction d'éclairer le décideur, sa légitimité réside dans la qualité de l'information délivrée tout en préservant la volonté du décideur (2).

1 – Un éclairage incontournable

796. Face à la diversité des domaines de consultation des représentants du personnel, la nécessité de recourir à un expert s'est imposée très tôt. Le recours à un expert-comptable existe depuis la création du comité d'entreprise en 1946. À partir des lois Auroux les cas de recours à l'expertise s'intensifient. La loi du 14 juin 2013¹⁹³⁴ a marqué un premier coup d'arrêt à cette expansion en prévoyant notamment que les honoraires d'expertise seraient supportés sur le budget de fonctionnement du comité d'entreprise à hauteur de 20%. L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 étend la participation au financement à d'autres expertises et donne à l'employeur des moyens étendus de contester les recours aux expertises.

L'article L.2315-78 du Code du travail énonce la possibilité pour le CE de recourir à un expert-comptable ou à un expert habilité dans les cas prévus par le Code du travail. Hormis les cas limitativement énumérés par la loi, il n'existe pas un droit général à l'expert habilité. La Cour de cassation a ainsi écarté la demande le recours à une expertise sollicitée par un CHSCT qui faisait état du risque général de stress lié aux diverses réorganisations mises en œuvre dans l'entreprise, en l'absence d'éléments objectifs susceptibles de caractériser un risque avéré¹⁹³⁵. Par dérogation aux articles L.2315-78 et L.2315-81, le CSE peut faire appel à tout type d'expertise qu'il souhaite. L'ouverture de cette faculté est cependant subordonnée à la prise en charge par le CSE de la rémunération.

¹⁹³³ « Les critiques, quant à elles, tendent à stigmatiser, outre le coût engendré par le recours à l'expert, les risques d'instrumentalisation ; elles portent moins sur l'utilisation des informations collectées que sur la distance attendue de l'expert à l'égard des options de son mandant et sur l'impact de la procédure d'expertise sur le ralentissement du processus décisionnel dans lequel elle s'insère. », *ibid.*

¹⁹³⁴ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, précitée.

¹⁹³⁵ Cass. soc., 14 novembre 2013, 12-15.206, inédit, *RDT* 2014. 198, obs. F. Signoretto.

797. Dans le domaine de l'expert habilité, tel qu'il est prévu à l'article L.2315-94 du Code du travail, trois recours sont envisagés. En premier lieu, le CES peut faire appel à un expert lorsqu'un risque grave, identifié et actuel est constaté dans l'entreprise. En second lieu, il peut solliciter un expert en cas d'introduction de nouvelles technologies ou de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail. En dernier lieu, le recours à l'expertise est possible dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, en vue de préparer la négociation sur l'égalité professionnelle.

En matière de technologie et de projet, le 2° de l'article L.2315-94 prévoit deux cas de recours semblant devoir être envisagés de façon distincte. L'expertise peut être sollicitée en cas « d'introduction de nouvelles technologies ou de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail ». Cette interprétation est rendue possible par l'emploi de la conjonction « ou » séparant les deux hypothèses. L'article ajoute une condition : en cas « d'introduction de nouvelles technologies ou de projet important *modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail* ». Cette rédaction jette un doute sur le périmètre d'application de cette condition. Soit elle concerne uniquement les « projets importants », soit elle concerne « l'introduction de nouvelles technologies *ou* de projet important ».

L'article L.2315-94 opère un renvoi à l'article L.2312-8 du Code du travail. Cependant l'absence de parallélisme entre les deux articles n'est pas de nature à fournir un éclairage. L'article L. 2312-8 qui porte sur les cas de consultations « notamment sur *l'introduction de nouvelles technologies, tout aménagement important* modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail » est rédigé dans des termes très proches de ceux de l'article L.2315-94. Toutefois, une virgule sépare les deux hypothèses de consultation à la place de la conjonction « ou ». L'emploi de la juxtaposition a pour fonction de séparer deux parties de phrase. Cette scission facilite l'interprétation, ce qui n'est pas le cas de l'emploi de la conjonction. Cette interprétation est déterminante car « l'introduction de nouvelles technologies, en soi, sans que l'on soit obligé de se poser la question de leurs éventuelles répercussions sur les conditions de travail, permettrait aux élus des CES de désigner un expert afin d'exercer leur mission de préventeurs »¹⁹³⁶.

En outre, le terme « aménagement » prévu pour la consultation fait place au terme « projet » pour le recours à l'expertise ; ce qui ne renforce le manque de clarté.

¹⁹³⁶ F. SIGNORETTO, « Comité économique et social : expertise », *Rep. trav.*, Dalloz, n° 265.

En matière d'égalité professionnelle, l'ordonnance n° 2017-1366 du 22 septembre 2017 a introduit un nouveau cas de recours à l'expertise. L'article L.2315-94, 3° du Code du travail prévoit la possibilité pour le CSE d'avoir recours à un expert « dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, en vue de préparer la négociation sur l'égalité professionnelle ». Les thèmes abordés dans ce cadre se distinguent par leur très grande variété¹⁹³⁷. La question technologique y est envisagée au travers de l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle pour les salariés et par le prisme des modalités du plein exercice par le salarié du droit à la déconnexion.

798. Le domaine de la mission d'expertise étant très vaste, il peut nécessiter de mobiliser des champs d'expertise recouvrant plusieurs spécialités¹⁹³⁸. Dès lors la possibilité de mobiliser plusieurs experts pour une même mission peut sembler nécessaire. La question du financement de l'expertise devient alors déterminante. L'article L.2315-80 du Code du travail dispose que les frais d'expertise sont supportés par l'employeur en cas de recours à un expert dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, en vue de préparer la négociation sur l'égalité professionnelle, en l'absence de tout indicateur relatif à l'égalité professionnelle dans la base de données économique et sociale. Autrement dit, si la base de données de l'entreprise contient des indicateurs relatifs à l'égalité professionnelle, les frais sont supportés par le comité sur son budget de fonctionnement à hauteur de 20% et par l'employeur à hauteur de 80%. La même règle de répartition s'applique pour le financement des frais d'expertise en cas d'introduction de nouvelles technologies ou d'aménagement important modifiant les conditions de santé, de sécurité ou les conditions de travail.

799. Le recours à l'expertise est un facteur déterminant pour garantir une consultation éclairée. Toutefois pour ne pas être un « véritable nid à contentieux »¹⁹³⁹ il doit remplir certaines conditions permettant d'écarter les griefs qui lui sont fait.

¹⁹³⁷ Article L.2242-17 du Code du travail.

¹⁹³⁸ « L'expert agréé (habilité depuis le 1^{er} janvier 2020), appelé à intervenir en cas de risque grave ou de modification importante des conditions de travail ou encore d'introduction de nouvelles technologies, peut quant à lui, selon l'objet de la mission, être tout à la fois un ergonomiste, un sociologue des organisations, un psychosociologue, un ingénieur, un médecin, etc. », F. SIGNORETTO, « Comité économique et sociale : expertise », *Rep. trav.*, Dalloz, n° 15.

¹⁹³⁹ *Ibid.*, n° 234.

2 – Un éclairage sous conditions

800. Si l'expertise peut être perçue comme une immixtion dans le pouvoir de direction ; elle peut aussi contribuer à la qualité du dialogue social. Privilégier ce second aspect suppose d'apporter une réponse aux critiques qui lui sont faites afin d'en renforcer la légitimité. L'expertise implique trois acteurs, l'expert, l'employeur, les représentants du personnel.

801. Il a été reproché à l'expertise de constituer « un droit de tirage sans réelle limite »¹⁹⁴⁰. Les ordonnances 2017 ont sécurisé la possibilité pour l'employeur de contester le recours à l'expertise. À la suite de deux QPC ayant donné lieu plusieurs épisodes judiciaires entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation révélant les failles dans les délais de mise en œuvre de la procédure de contestation, le législateur est intervenu à deux reprises pour parfaire le dispositif¹⁹⁴¹. L'article L.2315-81-1 du Code du travail prévoit désormais que l'expert notifie à l'employeur le coût prévisionnel, l'étendue et la durée d'expertise et l'article R.2315-49 dispose que l'employeur saisit le juge dans un délai de dix jours. À partir de cette notification l'employeur peut sans risque de forclusion saisir le juge dans un délai de dix jours pour contester la nécessité de l'expertise, le choix de l'expert et le coût prévisionnel, l'étendue ou la durée de l'expertise¹⁹⁴² ; il pourra également s'il se souhaite, à la suite de l'expertise, en contester le coût final¹⁹⁴³. Ces dispositions apparaissent de nature à rassurer l'employeur.

802. L'éventualité de recourir à l'expertise à des fins dilatoires a ensuite été relevée par certains auteurs¹⁹⁴⁴. Pour pallier ce risque le Code du travail a encadré la réalisation de l'expertise dans des délais. L'article R.2312-6 du Code du travail dispose que le CSE « est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date prévue à cet article. En cas d'intervention d'un expert, le délai est porté à deux mois » ; l'expertise doit donc s'insérer dans le respect de ce délai.

¹⁹⁴⁰ J.-B. COTTIN, E. LAFUMA, « CHSCT, quel contrôle de l'expertise ? », *RDT*, 2013, p. 379.

¹⁹⁴¹ V., Cons. const., 13 octobre 2017, n° 2017-662 QPC, *Société EDF*, JO n° 242 du 15 octobre 2017, texte n° 27, Th. PIAZZON, « Chronique de droit privé », *Nouv. cah. Cons. const.*, 2018, vol. 59, n° 2, pp. 107-127.

¹⁹⁴² Article L.2315-86, 1°, 2°, 3° du Code du travail.

¹⁹⁴³ Article L.2315-86, 4° du Code du travail.

¹⁹⁴⁴ « L'expertise qui s'inscrit dans un processus de décision plus long et souvent complexe sera utilisée pour ralentir, voire pour bloquer ledit processus. [...] L'instrumentalisation a, en pareil cas, une fonction dilatoire. », M. CARON, P.-Y. VERKINDT, article précité.

803. En outre, l'exigence de loyauté nécessaire à la conduite d'un dialogue social de qualité exige un comportement digne de confiance de la part de l'employeur et des représentants du personnel. Si le Code du travail prévoit un engagement sérieux et loyal de la part de l'employeur¹⁹⁴⁵, le Code civil rappelle que le processus de négociation doit « impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi »¹⁹⁴⁶ pesant sur toutes les parties engagées dans la négociation. La question de la confiance est cruciale et elle se manifeste de manière aigüe dans le cadre de l'expertise. Ainsi dans une espèce, l'employeur contestait le recours à un expert en ergonomie sollicité par le CHSCT dans le cas d'un projet important modifiant les conditions de travail au motif qu'il avait déjà fait effectuer un contrôle technique du bâtiment par son propre expert. Alors que la Cour d'appel avait suivi le raisonnement de l'employeur, la Cour de cassation censure la décision au motif que « l'employeur ne contestait pas que l'aménagement du site du Lamantin constituait un projet important »¹⁹⁴⁷. Autrement dit, l'employeur ne pouvait donc pas s'opposer à la désignation d'un expert par le CHSCT alors même que les conditions de sa désignation étaient réunies. Cette stricte application du droit doit être approuvée. Néanmoins cette espèce illustre la suspicion qui entoure l'expertise tant celle conduite par l'employeur que celle opérée par les représentants du personnel.

Si le recours à un expert est une nécessité pour donner aux représentants du personnel un éclairage sur des sujets souvent très techniques, la neutralité de l'expert, la transparence des processus, l'indépendance des représentants au regard de l'avis rendu par l'expert sont les conditions indispensables à l'exigence de loyauté.

804. Assurer la défense des intérêts des salariés suppose de disposer de moyens permettant de prendre la mesure des enjeux. Pour ce faire, l'examen des questions technologiques devraient relever autant des consultations récurrentes que des consultations ponctuelles. Si la prise en compte de la question technologique par les représentants du personnel passe par un dialogue renforcé au sein des institutions représentatives ; elle peut également intervenir au plan individuel.

¹⁹⁴⁵ Article L.2242-6 du Code du travail.

¹⁹⁴⁶ Article 1112 du Code civil.

¹⁹⁴⁷ Cass. soc., 18 décembre 2012, n° 11-17.634, inédit.

§ 2 – La prise en compte des TIC dans la défense des intérêts individuels

805. Alors que la dimension préventive peut être envisagée au niveau de la négociation collective ou au moment de la consultation, il s'agit d'envisager les situations d'atteintes aux droits des personnes et de s'interroger pour saisir dans quelle mesure les institutions représentatives du personnel peuvent contribuer à la défense des droits et libertés individuels en cas d'atteinte.

Le législateur a adopté un certain nombre de dispositions relatives au droit d'alerte. La fusion des institutions place le CSE à la tête d'un éventail de possibilités qui lui fait « endosser le rôle de “lanceur d'alerte” »¹⁹⁴⁸ en l'érigeant « en sentinelle vigilante au sein de l'entreprise »¹⁹⁴⁹ (A).

Au plan syndical l'action en justice constitue également une voie de défense des intérêts individuels du salarié (B).

A – Le droit d'alerte des représentants du personnel

806. Le CSE dispose d'attributions variées en matière d'alerte. Certains portent une dimension collective. Il s'agit de l'alerte en cas d'utilisation non conforme du crédit d'impôt¹⁹⁵⁰ ou du droit d'alerte sur le plan économique¹⁹⁵¹ et sur le plan social¹⁹⁵².

Deux autres situations revêtent une dimension individuelle. Le CSE dispose d'une part, de la faculté de lancer une alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes (1) et, d'autre part, de l'exercice de ce droit en cas de danger grave et imminent (2).

¹⁹⁴⁸ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 1539.

¹⁹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁹⁵⁰ Article L.2312-61 du Code du travail.

¹⁹⁵¹ Article L. 2312-63 du Code du travail.

¹⁹⁵² Article L.2312-70 du Code du travail.

1 – Droit d’alerte en cas d’atteinte aux droits des personnes

807. L’article L. 2312-59 du Code du travail définit le champ d’intervention des membres de la délégation du personnel et la procédure à suivre en cas d’atteinte. Si un membre de la délégation du personnel au comité social et économique constate, notamment par l’intermédiaire d’un travailleur, 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’employeur¹⁹⁵³. Cette attribution est également prévue à l’article L.2312-5 du Code du travail qui concerne les entreprises d’au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés. Cette prérogative appartient donc à tous les CSE. Le titulaire du droit d’alerte est le représentant du personnel et il exerce ce droit par l’intermédiaire de la personne concernée par l’atteinte à ses droits.

808. La saisine de l’employeur l’oblige à procéder sans délai à une enquête avec le membre de la délégation du personnel du comité et à prendre les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation. En cas de blocage (carence de l’employeur, de divergence sur la réalité de cette atteinte), le membre de la délégation du personnel au CSE saisit le bureau de jugement du Conseil de Prud’hommes qui statue selon la forme des référés. Cette action est cependant, subordonnée à l’accord tacite du salarié ; cette faculté n’étant ouverte qu’à la condition que le salarié concerné, averti par écrit, ne s’y oppose pas.

809. Le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d’une astreinte. Il a ainsi pu être décidé, suite à la mise en place, à l’insu du personnel, « d’un dispositif d’enregistrement vidéo cinématographique ou photographique dans la cabine où se trouvait la caisse du poste à essence », ayant donné lieu à des licenciements prononcés sur le fondement « d’images d’un film vidéo » que le droit d’alerte confère aux représentants du personnel « le pouvoir d’agir à l’effet de réclamer le retrait d’éléments de preuve obtenus

¹⁹⁵³ L’article L.2312-59 du Code du travail ajoute que « cette atteinte peut notamment résulter de faits de harcèlement sexuel ou moral ou 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 ». Cette précision a une vertu pédagogique mais elle est superflue sur le plan technique dans la mesure où les situations de harcèlement entrent dans le cas général d’atteinte aux droits des personnes et à leur santé physique et mentale.

par l'employeur par des moyens frauduleux qui constituent une atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles »¹⁹⁵⁴.

Dans une autre affaire, la Cour de cassation s'est prononcée sur la mise en œuvre du droit d'alerte à la suite d'un contrôle du service informatique sur les postes informatiques de dix-sept salariés susceptibles d'avoir eu accès à des informations sensibles afin de rechercher l'auteur de leur divulgation ayant donné lieu à des courriers anonymes. Les représentants du personnel avaient saisi la juridiction prud'homale afin qu'il soit ordonné à l'employeur de procéder, avec eux, à une enquête relative aux conditions de consultation des messageries électroniques des salariés concernés.

La Cour de cassation valide la décision de la Cour d'appel qui a retenu qu'à la suite « d'un "incident de sécurité", l'employeur avait pu confier, conformément à sa charte informatique, une enquête spécifique à l'administrateur des systèmes soumis à une obligation de confidentialité sur les ordinateurs mis à la disposition des salariés ». Elle indique toutefois « qu'au travers d'une telle enquête de grande amplitude et en l'absence de référence aux courriels personnels » il est possible que l'employeur ait eu accès à des messages personnels. Dès lors, la Cour conclut « qu'en ordonnant à l'employeur d'organiser une enquête avec les délégués du personnel sur les conditions dans lesquelles avaient été consultées et exploitées en janvier 2006 les messageries de dix-sept salariés [...], la Cour d'appel s'est bornée à permettre tant à l'employeur qu'aux représentants du personnel d'être éclairés sur la réalité de l'atteinte portée aux droits des personnes et aux libertés individuelles dans l'entreprise et d'envisager éventuellement les solutions à mettre en œuvre pour y mettre fin »¹⁹⁵⁵. Autrement dit la saisine du juge ne porte pas sur une contestation relative à la réalité de l'atteinte. L'enquête est ordonnée pour mettre fin à la carence de l'employeur et permettre de mettre en lumière une éventuelle atteinte des droits et libertés des salariés concernés par le contrôle.

810. L'action en justice est limitée aux atteintes ; elle ne porte pas sur les effets de ces atteintes pour lesquels le salarié seul a un intérêt à agir. Ainsi la Cour de cassation a indiqué que « le délégué du personnel ne tient pas des dispositions de l'article L.422-1-1 du Code du travail le

¹⁹⁵⁴ Cass. soc., 10 décembre 1997, n° 95-42.661, Bull. civ. V, n° 434 ; *D.* 1998. IR 28 ; *Dr. soc.* 1998. 130.

¹⁹⁵⁵ Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-40.274, Bull. civ. V, n° 153, *Dalloz actualité*, 29 juin 2009, obs. S. Maillard ; *D.* 2009. 1832, obs. S. Maillard ; *ibid.* 2010. 2671, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Gelbard-Le Dauphin ; *Dr. soc.* 2010. 267, chron. J.-E. Ray ; *RDT* 2009. 591, obs. L. Marino ; *RTD civ.* 2010. 75, obs. J. Hauser.

pouvoir d'agir en nullité des licenciements prononcés par l'employeur à la suite d'une atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles »¹⁹⁵⁶.

Dans la même veine jurisprudentielle, la Cour a décidé que « l'exercice du droit d'alerte conféré aux délégués du personnel ne saurait avoir pour objet de faire annuler une sanction disciplinaire »¹⁹⁵⁷. Par le commentaire de cet arrêt, Patrice Adam fait remarquer que le texte prévoit que le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte, « ce qui englobe, indubitablement, l'annulation des actes juridiques qui participent de cette situation liberticide ou pathogène »¹⁹⁵⁸.

La défense des droits individuels des salariés par la voie collective s'exerce également dans les cas d'alerte face à un danger grave et imminent.

2- Droit d'alerte en cas de danger grave et imminent

811. L'article L.2312-60 du Code du travail dispose qu'un membre de la délégation du personnel au comité social et économique exerce les droits d'alerte en situation de danger grave et imminent [...] ». Un danger est une menace qui pèse sur la vie ou la santé d'une personne. La circulaire ministérielle¹⁹⁵⁹ précise qu'est « grave, tout danger susceptible de produire un accident ou une maladie entraînant la mort ou paraissant devoir entraîner une incapacité permanente ou temporaire prolongée », et qu'est « imminent, tout danger susceptible de se réaliser brutalement dans un délai rapproché ». Cette même circulaire précise également que le droit est exercé par les représentants du personnel à l'exclusion des représentants syndicaux.

812. La procédure à mettre en œuvre est celle décrite aux articles L.4132-1 et suivants qui concerne l'exercice du droit de retrait pour le salarié. Le représentant du personnel au comité social et économique qui alerte l'employeur consigne son avis par écrit. L'employeur procède immédiatement à une enquête avec le représentant du comité social et économique qui lui a signalé le danger et prend les dispositions nécessaires pour y remédier. En cas de divergence sur la réalité du danger ou la façon de le faire cesser, notamment par arrêt du travail, de la machine ou de l'installation, le comité social et économique est réuni d'urgence, dans un délai

¹⁹⁵⁶ Cass. soc., 10 décembre 1997, arrêt précité.

¹⁹⁵⁷ Cass. soc., 9 février 2016, n° 14-18.567, inédit, *RDT* 2016. 491, obs. P. Adam.

¹⁹⁵⁸ P. ADAM, « Droit d'alerte et sanction disciplinaire : question(s) d'«objet» », *RDT*, 2016, p. 491.

¹⁹⁵⁹ Circulaire n° 93/15 du 15 mars 1993 relative à l'application de la loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982.

n'excédant pas vingt-quatre heures. L'employeur informe immédiatement l'agent de contrôle de l'inspection du travail et l'agent du service de prévention de la caisse régionale d'assurance maladie, qui peuvent assister à la réunion du comité social et économique.

À défaut d'accord entre l'employeur et la majorité du CSE sur les mesures à prendre et leurs conditions d'exécution, l'inspecteur du travail est saisi immédiatement par l'employeur. Constatant une situation dangereuse, il peut mettre en demeure l'employeur de prendre toutes mesures utiles pour y remédier. Il peut également saisir le juge judiciaire statuant en référé pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser le risque.

813. L'inaction de l'employeur lui fait encourir des risques de lourdes sanctions tant sur le plan de la responsabilité pénale que civile. En l'absence de réaction, l'employeur peut également être poursuivi pour violation de l'obligation de sécurité caractérisant la faute inexcusable en cas d'accident du travail. Au vu des risques encourus, l'exercice de ce droit est une prérogative du CSE qui place l'employeur dans une obligation d'agir.

La défense des droits individuels par la voie collective peut également se porter sur le terrain syndical.

B – Les limites de l'action de substitution des syndicats

814. À l'instar de toute personne morale, les syndicats peuvent ester en justice. Ils peuvent d'abord agir pour défendre les intérêts propres au syndicat ; ils peuvent ensuite agir pour défendre l'intérêt collectif de la profession ; ils peuvent enfin agir en substitution du salarié pour défendre un intérêt individuel. L'action de substitution permet à un syndicat d'agir à la place du salarié. Le syndicat sert alors de « "bouclier" au salarié en litige avec l'employeur »¹⁹⁶⁰.

815. Le principe selon lequel « Nul en France ne plaide par procureur » qui prévoit que « nul ne peut, sans mandat exercer une action en justice au nom et pour le compte d'une autre personne »¹⁹⁶¹ trouve une exception dans l'action de substitution. La Cour de cassation a précisé la nature de cette action en justice en indiquant que « l'action que peut exercer une

¹⁹⁶⁰ M. KELLER, « L'autonomie des actions en justice du salarié et du syndicat et la règle d'unicité de l'instance », *RDT*, 2008, p. 404.

¹⁹⁶¹ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, pp. 1319-1320.

organisation syndicale en vertu de l'article L.122-3-16 du Code du travail est une action de substitution qui lui est personnelle et non une action par représentation des salariés »¹⁹⁶². Autrement dit, cette action s'exerce en dehors de tout mandat.

Par son caractère dérogatoire, cette action dont le domaine limité (1) est subordonnée à l'accord tacite du salarié (2).

1 - Un domaine d'action limité

816. L'action de substitution ne confère pas au syndicat un droit général à agir. Le législateur a cantonné cette action aux travailleurs vulnérables ou aux situations qui les placent en position de faiblesse. En considération de leur situation d'isolement ou de précarité, cette action est destinée aux travailleurs à domicile¹⁹⁶³, étrangers¹⁹⁶⁴ ou en situation de prêt de main d'œuvre illicite¹⁹⁶⁵, aux salariés en contrat précaire (CDD¹⁹⁶⁶ ou intérim¹⁹⁶⁷).

Le législateur a également limité les contours de cette action à certains domaines sensibles, la lutte contre la discrimination¹⁹⁶⁸, l'égalité salariale entre les hommes et les femmes¹⁹⁶⁹, les situations de harcèlement sexuel et moral¹⁹⁷⁰, le licenciement pour motif économique¹⁹⁷¹.

Cette action est controversée par la doctrine qui y voit « un cadeau empoisonné »¹⁹⁷². Elle est également critiquée notamment sur le plan procédural¹⁹⁷³.

Son caractère antidémocratique est souligné, en ce sens que le salarié concerné n'est pas à l'initiative de l'action pas plus qu'il ne choisit le syndicat demandeur à l'action.

¹⁹⁶² Cass. soc., 1^{er} février 2000, n° 98-46.201, Bull. civ. V, n° 53.

¹⁹⁶³ Article L.7423-2 du Code du travail.

¹⁹⁶⁴ Article L.8255-1 du Code du travail.

¹⁹⁶⁵ Article L.8242-1 du Code du travail.

¹⁹⁶⁶ Article L.1247-1 du Code du travail.

¹⁹⁶⁷ Article L.1251-59 du Code du travail.

¹⁹⁶⁸ Article L.1134-2 du Code du travail.

¹⁹⁶⁹ Article L.1144-2 du Code du travail.

¹⁹⁷⁰ Article L.1154-2 du Code du travail.

¹⁹⁷¹ Article L.1235-8 du Code du travail.

¹⁹⁷² M. COHEN, « Le droit substitution, cadeau empoisonné aux syndicats », *Dr. soc.*, 1990, p. 790.

¹⁹⁷³ En ce sens : M. KELLER, « L'autonomie des actions en justice du salarié et du syndicat et la règle de l'unicité de l'instance », *RDT*, 2008, p. 404.

2 - Un domaine d'action subordonné à l'accord tacite du salarié

817. Cette action est « un droit d'initiative »¹⁹⁷⁴. La faculté d'agir du syndicat est indépendante de l'initiative du salarié. En d'autres termes, le syndicat peut décider de saisir la juridiction sans avoir été préalablement saisi par le salarié. Se pose alors la question du consentement du salarié. Le salarié doit-il accepter l'action de substitution ? Peut-il s'y opposer.

Cette question du consentement du salarié s'est notamment posée lors de la saisine de la loi relative à la prévention du licenciement, instituant une action de substitution pour les syndicats en matière de licenciement pour motif économique.

Le Conseil constitutionnel a d'abord précisé que la réaffirmation de la liberté syndicale prévue au sixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 « ne fait pas obstacle à ce que le législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical, confère à des organisations syndicales des prérogatives susceptibles d'être exercées en faveur ainsi bien de leurs adhérents que des membres d'un groupe social dont un syndicat estime devoir assurer la défense »¹⁹⁷⁵.

Le Conseil a ensuite précisé que cette prérogative est subordonnée « à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il conserve la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action ».

Précisant enfin que pour respecter les libertés du salarié vis-à-vis des organisations syndicales, de telles dispositions impliquent que soient contenues dans la lettre adressée à l'intéressé toutes précisions utiles sur la nature, l'objet de l'action exercée, sur la portée de son acceptation et sur le droit qui lui est reconnu à mettre un terme à tout moment à cette action. C'est seulement en respectant ces réserves que les dispositions de la loi ne sont pas contraires à la liberté personnelle du salarié.

818. Au nom de la liberté syndicale, un syndicat ne peut vouloir plus que ce qu'un individu ne veut pour lui-même. En réalité, celle-ci trouve sa limite dans la liberté personnelle du salarié.

¹⁹⁷⁴ Y. FERKANE, « Syndicats professionnels : prérogatives et action – Action en justice du syndicat », *Rep. trav.*, Dalloz, n° 202.

¹⁹⁷⁵ Cons. const., 25 juillet 1989, n° 89-257 DC, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, JO du 28 juillet 1989, p. 9503, cons. 22 ; *Dr. soc.*, 1989. 627 et 701, note X. Prétot.

Il s'agit de la liberté-autonomie, celle appartenant à chaque individu de pouvoir décider pour lui-même. Autrement dit, les droits sociaux prévus par le Préambule de 1946 trouvent leur limite dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁹⁷⁶.

819. Le salarié doit être informé de la volonté du syndicat de conduire une action en justice de substitution. La Cour de cassation dans un arrêt du 1^{er} février 2000¹⁹⁷⁷ a affirmé que « cette formalité substantielle est protectrice de la liberté du salarié en sorte que le syndicat ne peut présenter de demandes autres que celles mentionnées dans cette lettre ». Dès lors la lettre informant le salarié de la nature et de l'objet de l'action exercée en fixe les limites. En conséquence les juges valident la décision de la Cour d'appel de déclarer irrecevables « les autres demandes du syndicat qui n'ont pas fait l'objet d'une nouvelle lettre » aux motifs que « la lettre d'intention envoyée par le syndicat aux salariés n'indiquait comme demandes que la requalification du contrat de travail, l'indemnité de requalification, l'indemnité au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile et la fourniture sous astreinte du registre d'entrées et de sorties du personnel ».

820. Outre ces limites, le salarié peut s'opposer à tout moment à cette action sans que cette opposition n'ait de conséquence sur son droit personnel à agir. La défense des intérêts personnels du salarié par le collectif trouve alors sa limite dans la volonté individuelle du salarié.

¹⁹⁷⁶ En ce sens : B. MATHIEU, S. DION-LOYE, « Le syndicat, le travailleur et l'individu : trois personnages en quête d'un rôle constitutionnellement défini », *Dr. soc.*, 1990, p. 525.

¹⁹⁷⁷ Cass. soc., 1^{er} février 2000, arrêt précité.

Conclusion de la Section 2

821. Au sens économique, l'organisation de l'entreprise est soumise au pouvoir souverain du chef d'entreprise. Au sens social, l'entreprise est soumise à un partage des pouvoirs en faveur d'une plus grande démocratie. À cet égard, en application de l'article L.2312-8, alinéa 1^{er} du Code du travail « le CSE a pour mission d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de protection ». Comme en atteste les ordonnances du 22 septembre 2017, la volonté de renforcer le dialogue social dans l'entreprise est une orientation très nette du droit du travail. Ce renforcement a pris la forme d'une fusion des institutions représentatives en un Comité social et économique unique et polyvalent. À la suite de cette fusion, les attributions ont été simplifiées afin de gagner en lisibilité. Pour autant, la quête de rationalisation à l'œuvre ne doit pas signifier une perte de compétence. En ce sens, le renforcement de la prise en compte de la question technologique est un gage de qualité. À l'orée d'un nouveau bouleversement du travail à partir de l'intelligence artificielle, cette question va devenir centrale. Elle justifie une inscription formelle au cœur de la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise.

Le renforcement du dialogue social suppose également un climat de confiance. La refonte de l'expertise fait montre de cette ambition. Prise en réponse aux tensions patronales suscitées, elle entend responsabiliser les représentants du personnel. La légitimité de l'expertise n'est pas remise en cause, les possibilités d'y recourir sont d'ailleurs étendues ; toutefois elles ont pour corolaire la prise en charge par le CSE des frais afférents. Par ce rééquilibrage entre liberté et responsabilité, la réforme entend pacifier les crispations. Si les nouvelles mesures marquent un frein à l'essor de l'expertise, il faut cependant noter que son recours reste l'apanage des grandes entreprises¹⁹⁷⁸.

La défense des intérêts des salariés par la voie collective peut également s'illustrer par des actions dans le cadre du droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes et en cas de danger grave et imminent.

¹⁹⁷⁸ « Selon une enquête de la DARES, seulement un tiers des établissements de onze salariés et plus dotés de CE ou de délégation unique du personnel déclare avoir eu recours à des experts au moins une fois durant les trois dernières années ayant précédé l'enquête (DARES Analyse, novembre 2014, n° 34, p. 2) », F. SIGNORETTO, *op. cit.*, n° 11.

Conclusion du Chapitre 1

822. Le niveau individuel et le niveau collectif forment le tissu des relations professionnelles. La protection de la personne au travail se situe sur ces deux plans. Au plan collectif, cette protection se construit par effet de filtre ; le collectif prend alors valeur de solidarité. Elle se construit également dans la figure du tiers ; le collectif sert alors de médiateur entre l'employeur et le salarié. C'est dans cette double dimension que la défense des intérêts des salariés par le collectif peut s'exercer pleinement.

823. Au premier plan, le collectif se caractérise par la solidarité qui se construit à l'intérieur des communautés de travail. En ce sens, le collectif a largement participé à la construction du droit du travail par l'instauration de dispositions protectrices des droits des salariés. Toutefois, le phénomène d'individualisation associé à l'emprise des TIC sur le travail, amènent à constater son délitement.

Par l'individualisation des horaires organisée par le droit et par le recours facilité au télétravail, le droit participe à la dissolution du collectif construit sur un modèle de partage de temps et de lieu collectif. Si les nouvelles formes d'organisation du travail sont susceptibles ouvrir d'autres espaces de discussion, rien ne permet d'affirmer que ces nouveaux espaces permettront la construction d'intérêts collectifs.

À rebours de ces tendances, le droit peut participer à la promotion de la construction des identités. À ce titre, mobiliser la notion d'intégration étroite et permanente à la communauté de travail est un premier niveau de réponse. Pour répondre à l'éclatement du travail, cette notion fondée sur la présence *in situ* mériterait d'être élargie aux situations de travail identiques sans attache géographique.

Au-delà du constat de l'individualisation largement partagé par les sociologues¹⁹⁷⁹, l'appartenance à un groupe social reste un facteur de reconnaissance permettant à l'individu de disposer de « l'estime de soi nécessaire pour se construire en tant qu'être autonome »¹⁹⁸⁰. L'attachement au groupe a pour fonction de construire des solidarités de proximité protectrices pour l'individu.

¹⁹⁷⁹ En ce sens : F. TARRAGONI, *op. cit.*, p. 8.

¹⁹⁸⁰ *Ibid.*, p. 99.

824. Au second plan, le collectif prend la figure du tiers qui s'illustre dans les relations collectives. La fonction du tiers a vocation à pacifier les relations duales¹⁹⁸¹. L'enceinte de discussion instituée par les relations collectives a pour objectif de remplir cette fonction. Atteindre cet objectif implique de définir un cadre dans lequel le dialogue social peut s'exercer de façon sereine. La refonte de la représentation électorale est marquée par l'intention de renforcer le dialogue social. Toutefois la rationalisation a principalement servi de guide à la réforme. Il en est résulté la fusion des institutions et le cumul des attributions. La prise en compte de la question technologique par les relations collectives s'y avère parcellaire et insatisfaisante au regard des enjeux de protection des droits du salarié. Elle démontre surtout que la technique n'est pas pensée collectivement et ne permet pas aux représentants du personnel de s'emparer pleinement de cette question.

¹⁹⁸¹ La fonction du tiers garant des relations est étudiée par Alain Supiot dans l'ouvrage *La Gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, notamment p. 304.

Chapitre 2

L'influence de la voie collective dans les instruments normatifs

825. Pour conclure le panorama de recherche autour des droits fondamentaux des salariés saisis par les TIC, il convient d'envisager les instruments normatifs de la protection de la personne au travail. En effet, « au-delà des avancées technologiques et des batailles industrielles, la question du droit et de la régulation est centrale dans toute réflexion sur le nouvel environnement numérique car elle en conditionne le développement et l'harmonie »¹⁹⁸².

826. Si l'étude annuelle du Conseil d'État sur *Le numérique et les droits fondamentaux* montre la préoccupation du droit à saisir les mutations technologiques ; ces transformations saisissent le droit et le travaillent de l'intérieur. En effet, les TIC par leur dimension virtuelle, génère des difficultés d'application du droit positif applicable ici et maintenant, c'est-à-dire dans une dimension spacio-temporelle définie. De surcroît, leur structure en réseau contredit la structure pyramidale caractéristique de la hiérarchie des normes¹⁹⁸³.

En outre, le droit et les TIC ne s'inscrivent pas dans la même temporalité. Alors que le droit est produit pour s'inscrire dans une certaine stabilité, les TIC au contraire sont en perpétuel mouvement. Il s'en suit que « les dispositions impératives générales se trouvent souvent disqualifiées par la rapidité des évolutions technologiques »¹⁹⁸⁴. Apparaît alors l'idée selon laquelle l'élaboration de normes privées laissées à l'initiative des principaux intéressés offrira plus de souplesse et prendra plus en compte aux besoins et les intérêts de chacun. « Sous-jacente à cette privatisation du droit est l'idée selon laquelle les parties prenantes à l'autorégulation ont un intérêt suffisant au bon fonctionnement du système sans réglementation contraignante pour en assurer elle-même le respect »¹⁹⁸⁵.

827. Historiquement, le droit résulte de la production normative étatique. En parallèle de ce monopole s'est développée une production normative issue de la régulation. La régulation

¹⁹⁸² L. COHEN-TANUGI, *op. cit.*, p. 145.

¹⁹⁸³ En ce sens : K. BENYEKHLEF, P. TRUDEL, *État de droit et virtualité*, Thémis, 2009, pp. 3-5.

¹⁹⁸⁴ L. COHEN-TANUGI, *op. cit.*, p. 174.

¹⁹⁸⁵ *Ibid.*

s'inscrit dans l'économie de marché. Résultant d'un processus d'ouverture à la concurrence d'un secteur d'activité, elle « intervient comme une sorte d'appareillage propre à un secteur, intégré dans celui-ci, -dont la réglementation n'est qu'un des outils- qui entrelace règles générales, décisions particulières, sanctions, règlements de conflits et qui inclut généralement la création d'un régulateur indépendant »¹⁹⁸⁶. Cet appareillage forme un système normatif susceptible de concurrencer le système juridique étatique. Se pose alors la question de savoir dans quelle mesure le droit prescrit par l'État peut-il prétendre ou encore prétendre régler les comportements sociaux (Section 1).

838. La question du choix des instruments normatifs et de leur pertinence est particulièrement prégnante en entreprise. Faut-il laisser à la négociation collective la possibilité de réguler la protection du salarié ? Est-ce de la compétence de la loi ? Quelle place faut-il laisser à la volonté individuelle ou collective dans la production normative relative à la protection de la personne au travail ? L'équation se résout-elle en termes de complémentarité, de concurrence ? La réponse apportée détermine le niveau de protection du salarié (Section 2).

¹⁹⁸⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », *D.*, 2004, p. 126.

Section 1 – Le droit versus la régulation

829. Dans l'État moderne dire le droit est un acte de la souveraineté étatique¹⁹⁸⁷. « Sans ce pouvoir, il n'y a pas de souveraineté »¹⁹⁸⁸ et si ce pouvoir se place entre les mains d'acteurs autres qu'étatiques, il s'opère alors un glissement de la souveraineté en leurs faveur. Karim Benyekhlef souligne que « cette perceptive n'est pas sans risque pour la démocratie, puisque son principe veut que la loi soit le résultat de la volonté générale »¹⁹⁸⁹. Ainsi, la tendance à l'appropriation par les acteurs privés des outils de régulation met en concurrence la production normative provenant d'un autre système normatif avec le système étatique, et « brise la fiction selon laquelle la norme applicable sur un territoire est le fruit de la volonté générale »¹⁹⁹⁰ (§1).

Le système juridique subit également des transformations qui affectent le monopole de production normatif étatique et remettent en cause sa structure fermée et hiérarchisée (§2).

§ 1 – La mise en concurrence du système juridique

830. Le droit est un système de production normative visant à édicter des normes de comportement. La production de normes sociales n'est cependant pas le seul apanage du droit ; d'autres systèmes tels que la religion, la morale ou l'économie, revêtent une dimension normative susceptible de concurrencer le droit. Dans la société, le système juridique est donc un système parmi d'autres (A).

831. Au sein du système juridique, le droit du travail est une branche du droit présentant la particularité de s'enraciner historiquement dans la lutte sociale : « Créé pour les ouvriers contre les patrons, [il] porte la marque de fabrique de ceux qui ont été les plus forts, ce qui ne veut pas dire d'ailleurs que les revendications n'étaient pas justifiées et qu'un progrès moral n'est pas été réalisé »¹⁹⁹¹ Ainsi imprégné, il demeure travaillé de l'intérieur par la concurrence du système économique et du système social (B).

¹⁹⁸⁷ « Ce monopole du droit positif comme fondement de l'État moderne est au cœur de toutes les théories politiques », K. BENYEKHFLEF, *op. cit.*, pp. 127-128.

¹⁹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*, p. 153.

¹⁹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹⁹¹ G. RIPERT, *op. cit.*, p. 279.

A – La place du système juridique au regard des autres systèmes

832. Pris dans son sens objectif, le droit est un corpus de règles abstraites et générales s'imposant au besoin par la contrainte. Prescrivant des normes de comportement, le droit est un système parmi d'autres. Entre eux, se créent des relations de dépendance ou d'autonomie qui varient selon la place qu'ils occupent (1).

Lorsqu'il est pris dans sa fonction anthropologique, le droit institue les personnes donnant un sens commun à l'action de chacun. Dans cette dimension, il se distingue des autres systèmes (2).

1 – La place du droit : les données de l'équation

833. Sur le débat de la place du droit, deux auteurs s'affrontent : N. Luhmann et J. Habermas. Niklas Luhmann propose une théorie des systèmes dans laquelle « le droit est un système social, évolutif, relativement clos, qui a pour environnement social le reste de la société, notamment les divers systèmes sociaux, l'économie, la religion, la science, l'art etc. »¹⁹⁹². Le droit est un système qui cohabite avec une pluralité d'autres systèmes sociaux ; à la faveur d'une réorganisation des sous-systèmes sociaux au niveau global, il pourrait disparaître au profit de régulations sectorielles.

Pour J. Habermas, le droit intervient alors que les relations sociales élémentaires (échanges économiques, liens affectifs, rapport de force) sont déjà instituées à leur niveau respectif. En tant qu'une institution secondaire, le droit intervient pour réglementer les « comportements institutionnalisés au premier degré »¹⁹⁹³. Habermas, observant l'évolution du droit, ajoute que le droit est réflexif, les « normes juridiques secondaires permettant d'établir et de modifier les normes de comportement primaires »¹⁹⁹⁴.

834. Au-delà de la question de la place du système juridique au regard des autres systèmes, il peut exister des relations entre eux. Si en France le principe de séparation des Églises et de

¹⁹⁹² H. RABAULT, « Théorie des systèmes, vers une théorie fonctionnaliste du droit », *Droit et société*, 2014, vol. 86, n° 1, p. 220.

¹⁹⁹³ F. OST, *op. cit.*, p. 147.

¹⁹⁹⁴ J. HABERMAS, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Gallimard, 1992, pp. 88-89, in F. OST, *ibid.*

l'État posé par la loi du 9 décembre 1905 opère une frontière nette entre le système religieux et le droit, il n'en est pas de même entre le droit et la morale. En effet, il peut exister une certaine perméabilité entre les certaines règles juridiques et les valeurs morales de bien et de mal. Le Code pénal en fournit de nombreuses illustrations.

Toutefois, sur le plan de la morale et du droit, les liens existants n'entravent pas l'autonomie juridique. Ainsi, l'adultère est toujours une faute morale alors même que ce n'est plus un délit pénal depuis la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975.

Ce débat relatif à la place du droit prend une coloration particulière dans les relations entre droit et économie. Ainsi, concernant le droit de la régulation, Marie-Anne Frison-Roche avance l'idée que « le droit de la régulation a vocation à exprimer un nouveau rapport entre le droit et l'économie, à la fois un rapport d'organisation et de contrainte et un rapport détaché du passage nécessaire par l'État et son organisation administrative »¹⁹⁹⁵. En réponse à ce texte, Laurence Boy remarque qu'« en même temps que l'on constate une domination du système économique sur l'ensemble des autres systèmes, notamment sur le système juridique, ce dernier est de plus en plus sollicité, principalement pour construire ou contrôler le système économique »¹⁹⁹⁶. Constatant que « les relations entre systèmes ne sont, semble-t-il, toujours pas clairement élucidées »¹⁹⁹⁷ elle souligne que « l'on peut s'interroger sur le point de savoir si finalement le système juridique n'est pas bien plus “fondateur” dans nos sociétés que ne le pense le discours économique dominant »¹⁹⁹⁸. En d'autres termes, le recours au droit pour réguler l'économie permet de penser que la place du système juridique, qui pourrait sembler en première analyse subordonnée au système économique, occupe en réalité une place structurante.

La discussion sur la place du droit, a également une dimension sociale ; le droit est alors facteur d'équilibre.

¹⁹⁹⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, p. 610.

¹⁹⁹⁶ L. BOY, « Réflexion sur “le droit de la régulation” (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *D.*, 2001, p. 3031.

¹⁹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁹⁸ *Ibid.*

2 – Le droit, facteur d'équilibre social : entre contrainte et idéal de justice

835. Le droit est l'ensemble des règles qui édicte un comportement aux personnes qui s'y soumettent ; ce faisant il constitue une garantie de l'ordre social. Cette affirmation soulève deux interrogations. La première se situe sur le plan de sa finalité : pourquoi le droit est-il l'instrument permettant de régler la vie en société ? La seconde renvoie à son acceptation : pourquoi serait-il accepté comme instrument permettant de régler la vie en société ?

836. Le caractère coercitif de la règle de droit fournit un premier niveau de réponse. Obligatoire et sanctionné par l'État, le droit s'impose aux individus par la coercition. Le respect des règles peut être fondé sur la peur¹⁹⁹⁹ ou la confiance. François Ost souligne qu'il faut distinguer crainte du châtement et adhésion. Selon lui, seule la force du droit passant par la confiance peut être génératrice de sécurité²⁰⁰⁰. Elle confère à l'ordre juridique un crédit porteur de légitimité²⁰⁰¹. Pour François Ost le respect de la confiance postule l'État de droit²⁰⁰² ; pour Niklas Luhmann elle fonde le droit²⁰⁰³. Du point de vue de ces auteurs, la confiance est centrale dans l'acceptation de la coercition. L'adhésion au caractère obligatoire du droit résulte de la confiance dans le fait que l'obligation vaut pour tous et s'applique de façon indifférenciée. La confiance dans le caractère obligatoire crée l'adhésion au caractère obligatoire. Dès lors, la confiance devient une finalité de la règle de droit. Obtenir la confiance est alors un gage d'adhésion.

¹⁹⁹⁹ La peur renvoie à la théorie du Léviathan de Hobbes selon laquelle le Léviathan tient les hommes en respect par le glaive.

²⁰⁰⁰ « Seules les normes juridiques bénéficiant d'un tel crédit (adhésion) sont de nature à générer un climat de confiance, qui est lui-même condition d'une sécurité satisfaisante. », F. OST, *op. cit.*, p. 432.

²⁰⁰¹ En ce sens : *ibid.*, p. 431.

²⁰⁰² « La figure moderne de l'État de droit ne suppose pas autre chose, mais c'est essentiel, que le respect de cette confiance mutuelle. », *ibid.*, p. 442.

²⁰⁰³ « L'idée de confiance est au fondement de l'ensemble du droit et fonde le fait général de s'en remettre aux autres, tout comme, à l'inverse, la démonstration de confiance ne peut se faire que sur le fond d'une diminution des risques au moyen du droit. », N. LUHMANN, *La confiance, un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Économia, 2006, pp. 55-72, cité par F. OST, *ibid.*, p. 435.

837. Un deuxième niveau de réponse est à chercher dans l'idéal de justesse²⁰⁰⁴, en ce sens que « le droit est un instrument de contrainte mis au service de ce qui est juste »²⁰⁰⁵. Le droit opère comme un média permettant aux autres sous-systèmes de communiquer²⁰⁰⁶. Par la figure du tiers, il civilise les rapports au sens où il les rend plus « conformes aux exigences de la société »²⁰⁰⁷. Ce faisant il participe à la définition d'un sens partagé²⁰⁰⁸ et contribue à l'équilibre social.

Alain Supiot insiste sur l'importance de « prendre la mesure de la fonction anthropologique du droit c'est-à-dire [de] reconnaître la place propre du droit dans la construction des identités »²⁰⁰⁹. Or, la civilisation des rapports de force en rapport de droit est aussi la raison d'être du droit du travail

B – La concurrence normative en droit du travail

838. Les débats sur les fonctions et finalités du droit du travail sont concomitants aux premières lois ouvrières et ressurgissent avec régularité ; les transformations numériques du travail remettent ces questions sur le devant de la scène. Si la doctrine²⁰¹⁰ s'accorde pour reconnaître une dimension économique (1) à côté de la dimension sociale (2) l'histoire du droit du travail montre que ces deux finalités cohabitent rarement en équilibre et varient en intensité au gré d'un curseur conjoncturel et politique.

²⁰⁰⁴ « Atteindre ce qui est juste constitue donc la finalité poursuivie par celui qui manie l'instrument qu'est la règle de droit. [...] Sans la contrainte, le droit ne peut atteindre son idéal. Mais sans idéal, la règle de droit n'est que répression. », X. LABBÉE, *Introduction générale au droit, critères et finalités de la norme juridique*, Presses universitaires du Spentriion, 6^e éd., 2016, p. 36.

²⁰⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁰⁶ « Le droit fonctionne en quelque sorte comme un transformateur qui empêche le tissu de la communication à l'échelle de la société dans son ensemble de se déchirer », F. OST, *op. cit.*, p. 383.

²⁰⁰⁷ « Civiliser », Trésor de la langue française, [en ligne], [consulté le 24 juin 2020].

²⁰⁰⁸ « L'œuvre juridique répond au besoin, vital pour toute société, de partager un même devoir-être qui la prémunissent de la guerre civile. Le besoin d'une représentation commune de la justice dans un pays et à une époque donnée ne change pas. Le droit est le lieu de cette représentation. Il donne un sens commun à l'action des hommes », A. SUPIOT, *Homos juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit, op. cit.*, p. 25.

²⁰⁰⁹ *Ibid.*, p. 128.

²⁰¹⁰ A. SUPIOT, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.*, 2019, p. 822 ; F. GÉA, « À quoi sert le droit du travail ? », *D.*, 2020, p. 444.

1 – La dimension économique du droit du travail

839. La fonction économique mise en lumière notamment par Antoine Jeammaud²⁰¹¹, montre que le droit du travail participe à l'organisation des moyens de production tout « en tempérant l'exploitation de la force de travail [...] en les rendant plus acceptables »²⁰¹². À ce titre, le droit du travail participe à la régulation de la concurrence²⁰¹³. Dans cette dimension, est à l'œuvre la notion de flexibilité qui renvoie à la recherche d'efficacité économique et dérèglementation du marché du travail.

Le dévoilement de cette fonction est l'œuvre de certains auteurs, tels que Gérard Lyon-Caen, qui « [remettent] en cause l'image lénifiante d'un droit "tout bon pour les travailleurs" pour faire apparaître dans une vision dialectique l'autre versant d'un droit destiné au moins autant à assurer la cohésion et la pérennité de l'exploitation du travail subordonné, qu'à en contenir les excès »²⁰¹⁴.

840. En période de plein-emploi, l'accent peut être mis sur le travail et les conditions de travail, tandis qu'en période de crise la focale se déplace vers l'emploi²⁰¹⁵ au détriment du travail. Ce déplacement de priorité a pour conséquence de nourrir un discours accusateur sur la protection du travail présenté comme destructeur d'emploi opposant ainsi deux impératifs sociaux : la protection des salariés et la lutte contre le chômage²⁰¹⁶. L'argument selon lequel la réduction de la protection du salarié ferait baisser le chômage en libéralisant le marché du travail n'a pourtant jamais pu être démontré et « l'Organisation de coopération et de développement économique, qui était le principal promoteur d'un marché du travail fluide au début des années

²⁰¹¹ A. JEAMMAUD, « Les fonctions du droit du travail », in F. COLLIN et al., *Le Droit capitaliste du travail*, Presses universitaires de Grenoble, 1980, p. 149, cité par F. GÉA, *Ibid.*

²⁰¹² F. GÉA, *ibid.*

²⁰¹³ En ce sens : *ibid.*

²⁰¹⁴ M. HENRY, « Le droit du travail est-il une conquête de la classe ouvrière ? », *Dr. ouvr.*, novembre 1992, p. 389.

²⁰¹⁵ « Il n'est qu'à regarder les dernières grandes réformes, celle de 2008 sur la modernisation du marché du travail, celle de 2013 sur la sécurisation de l'emploi, celles de 2014 sur la formation professionnelle et l'assurance-chômage (nouvelle convention d'assurance-chômage) pour comprendre que l'emploi est depuis de nombreuses années la préoccupation première, reléguant le travail au second plan. », P. LOKIEC, *op. cit.*, p. 68.

²⁰¹⁶ En ce sens : *ibid.*, p. 69.

1990, le reconnaissait déjà en 2004 »²⁰¹⁷. Il n'en demeure pas moins qu'indépendamment de tout élément probant le discours de flexibilité au service de l'emploi reste fort.

2 – La dimension sociale du droit du travail

841. La volonté de « civiliser »²⁰¹⁸ les rapports sociaux dans l'entreprise ressort également du droit du travail. La fonction sociale renvoie selon Frédéric Géa au travail dans ce qu'il a, à la fois, d'aliénant, tout autant que son pouvoir créateur ou structurant. Dans cette fonction, la protection englobant la sécurité physique, autant que la sécurité économique apparaît au premier plan.

Le besoin de sécurité, qui est au cœur du droit du travail, et la place croissante accordée aux droits fondamentaux démontrent que le besoin de protection reste d'actualité²⁰¹⁹. Marie-Ange Moreau souligne que face à la mondialisation dont un des effets est « d'essayer de transformer les rapports juridiques en rapports économiques »²⁰²⁰, le droit du travail oppose une résistance essentielle fondée de son point de vue, sur le fait qu'il est « construit autour de l'être, de la personne au travail, autour de la promotion de valeurs non marchandes et non de valeurs marchandes »²⁰²¹. Dans ce sens, l'élargissement des questions de santé, de la santé physique à la santé mentale, démontre que ces questions demeurent prégnantes et se renouvellent. Les notions de travail décent mais également de justice sociale participent de cette même dynamique.

842. Toute l'histoire du droit du travail est le reflet de cet enchevêtrement de logiques dont la polarisation ressort dès la publication des premiers ouvrages sur le sujet. Ainsi en 1955, Gérard Lyon-Caen dans son *Manuel du droit du travail et de la sécurité sociale* décrit le droit du travail comme un instrument régissant « l'exploitation du travail humain en régime capitaliste »²⁰²². À la même époque, Jean Rivero et Jean Savatier publient *Le Droit du travail*, ouvrage dans lequel

²⁰¹⁷ E. HEYER, P. LOKIEC, D. MÉDA, *Une autre voie est possible*, Flammarion, 2018, p. 59.

²⁰¹⁸ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. 151.

²⁰¹⁹ « Quelles que soient les réserves qui peuvent s'exprimer ici ou là, la montée des droits fondamentaux adresse un sérieux démenti à ceux qui annoncent le déclin du besoin de protection et, avec lui, la mort prochaine du droit du travail. », P. LOKIEC, *op. cit.*, p. 46.

²⁰²⁰ M.-A. MOREAU, *op. cit.*, p. 9.

²⁰²¹ *Ibid.*

²⁰²² G. LYON-CAEN, *Manuel du droit du travail et de la sécurité sociale*, L.G.D.J., 1955, p. 20.

ils soulignent l'ambiguïté de la matière. Ils indiquent que « la prise de conscience des abus criants [...] a déterminé la finalité qui reste la sienne, c'est-à-dire la protection du faible contre le fort, du travailleur contre les excès du pouvoir patronal »²⁰²³. Toutefois, ils ajoutent que « les gouvernements, [...] sont souvent tentés de mettre leur politique du travail au service de leur politique économique, au risque de perdre de vue la finalité essentielle du droit du travail »²⁰²⁴. Le droit du travail dans une vision libérale serait « créateur d'ordre et de liberté »²⁰²⁵, tandis que, porté par une conception marxiste, il aurait « fonction de voilement des rapports réels de production et d'exploitation »²⁰²⁶, droit bourgeois, il aurait été élaboré « pour perpétuer l'exploitation de l'homme par l'homme »²⁰²⁷.

843. À ce conflit de classes, la période actuelle, marquée par la préoccupation majeure du chômage de masse, réalise un glissement du droit du travail sous la tutelle du droit des affaires. Bernard Teyssié forme le constat que le droit du travail « tend à s'affirmer comme un outil d'organisation, de régulation et d'épanouissement des activités économiques dont la lecture doit être opérée à la lumière du principe de compétitivité »²⁰²⁸. Ce glissement « est porteur d'un changement de logique. S'il demeure un instrument de protection du salarié il devient aussi de plus en plus un outil d'organisation de l'entreprise animé des mêmes objectifs que le droit des sociétés ou celui des contrats commerciaux : contribuer à sa compétitivité. »²⁰²⁹

Si la pression concurrentielle sur la dimension sociale s'exerce sur le droit national, elle résulte aussi de la mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux par les entreprises transnationales. Dans cette perspective, la réponse ne peut être qu'européenne. Elle est aussi le fruit d'un choix politique.

²⁰²³ J. RIVERO, J. SAVATIER, *op. cit.*, p. 26.

²⁰²⁴ *Ibid.*, p. 31.

²⁰²⁵ J. PÉLISSE, « Travailler le droit : lectures et perspectives sociologiques », *Revue française de sociologie*, 2018, vol. 59, n° 1, p. 101.

²⁰²⁶ *Ibid.*

²⁰²⁷ J. RIVERO, J. SAVATIER, *op. cit.*, p. 29.

²⁰²⁸ B. TEYSSIÉ, « Droit du travail et droit des affaires », *D.*, 2004, p. 2698.

²⁰²⁹ *Ibid.*

§ 2 – Le système juridique sous influence

844. Dans un État de droit, le monopole de la production normative juridique appartient à l'État²⁰³⁰ à laquelle il « est cependant tenu de se soumettre dans l'exercice de son pouvoir législatif et réglementaire, en respectant la hiérarchie des normes »²⁰³¹. Ce principe sur lequel repose la souveraineté nationale est cependant battu en brèche par la pluralité des sources du droit qui fragilise l'État en tant que source unique de droit. (A).

845. À ce pluralisme normatif, s'ajoute une pluralité d'influences mise en lumière par George Ripert. À ce sujet, il écrivait « ce qui importe seulement c'est que le combat pour le droit ne soit pas seulement l'opposition des intérêts matériels, sans quoi il n'y a pas de solution valable. Les relations entre les hommes sont assurées depuis des siècles par le respect des règles morales parmi lesquelles figurent les devoirs de justice et de charité envers le prochain. Le droit, inspiré par ces préceptes, les a transformées en règles juridiques. Si l'on ne comprend plus le sens de ces règles, elles sombreront dans le jeu des passions »²⁰³². Dans ce sens, la norme juridique s'enracine hors du droit.

Rudolf von Jhering affirmait quant à lui que « le droit est une force vive. Si la paix est le but qu'il poursuit, il ne peut l'atteindre que par la lutte »²⁰³³. Par cette affirmation, il voulait signifier que la place du droit est conquise et non acquise. En cela il ne faisait pas référence à la violence mais plutôt à la « force sociale luttant pour créer le droit »²⁰³⁴.

Ces deux auteurs soulignent les influences à l'œuvre qui amènent à modifier la vision d'un système hiérarchique et fermé (B).

²⁰³⁰ « La relation étroite existant entre Droit et État conduit irrésistiblement à faire de l'État le lieu unique d'expression et de manifestation de toute réalité juridique. », J. CHEVALLIER, « Droit et État », *RIEJ*, Bruxelles, 1986, vol. 17, n° 2, p. 15.

²⁰³¹ Conseil d'État, « L'État de droit : constitution par le droit et production du droit », Cycle de conférence « Où va l'État », 27 novembre 2013.

²⁰³² G. RIPERT, *op. cit.*, p. 72.

²⁰³³ *Ibid.*, p. VII.

²⁰³⁴ *Ibid.*, p. 77.

A – Le monopole de la production normative étatique en question

846. À chaque époque, l'État de droit a dû faire face à un certain nombre de défis. Au 21^e siècle, la souveraineté étatique se trouve en concurrence avec les entreprises mondialisées détentrices d'un pouvoir économique et d'une puissance technologique tels qu'ils les placent à rang égal des États²⁰³⁵. À ce sujet, Alain Supiot parle de « darwinisme normatif »²⁰³⁶.

Alors que le monopole étatique de la production juridique plaide en faveur de l'unité du Droit, la pluralité des sources montre un éclatement de la production normative (1). Le même phénomène est à l'œuvre en droit du travail (2).

1 – La pluralité des acteurs à la source de la production normative

847. L'unité du Droit repose sur l'idée que les normes juridiques s'intègrent dans un ensemble, formant un tout constitutif d'un système. La maîtrise de cet ordre normatif supposant l'exclusivité et s'opposant à la dispersion des sources ne peut relever que d'un seul auteur. L'origine de la source de droit selon le critère formel ne peut alors être que l'État²⁰³⁷. En application du critère formel, la loi relève du Parlement et le règlement résulte du pouvoir exécutif.

848. À côté de cette vision unie se développe un pluralisme normatif qui permet d'affirmer que « l'État n'est plus le seul foyer de droit, la seule instance de régulation juridique »²⁰³⁸. À ce titre, Jacques Chevallier identifie trois catégories de production échappant au monopole de l'État : d'abord le droit extra-étatique²⁰³⁹, ensuite le droit supra-étatique, et enfin le droit infra-étatique.

²⁰³⁵ En ce sens : R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2016, pp. 230-231.

²⁰³⁶ A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie, La justice sociale face au marché total*, *op. cit.*, p. 64.

²⁰³⁷ Pour une analyse de la thèse de l'unité du Droit : J. CHEVALLIER, article précité, pp. 15-19.

²⁰³⁸ J. CHEVALLIER, « Souveraineté et Droit », in D. MAILLARD DESGRÉES du LOÛ (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, 2006, p. 203-219.

²⁰³⁹ Jacques Chevallier explique que cette catégorie renvoie à un droit global déterritorialisé appelé à régir les échanges internationaux entre opérateurs économiques en dehors des États. Elle renvoie également aux minorités qui sur un territoire donné échappent à la souveraineté étatique. Il évoque à ce titre le statut des territoires palestiniens.

Les situations juridiques extra-étatiques échappent par nature à la souveraineté étatique territoriale, et le recours à l'arbitrage pour régler ces situations notamment en matière commerciale s'est largement institutionnalisé²⁰⁴⁰.

Le droit supra-étatique pour sa part se réfère aux instruments internationaux et à la construction européenne. Ce droit dont la production, certes, dépasse la souveraineté étatique, s'intègre néanmoins dans le système juridique. S'il n'interfère pas sur son unité, il s'impose par son intégration dans l'ordre juridique à la souveraineté étatique. Partant, il pose nécessairement une limite à cette souveraineté.

Suivant la logique infra-étatique, l'État délègue l'exercice de son pouvoir normatif. Gérard Timsit parle à ce sujet de « normativité dialoguée »²⁰⁴¹ pour désigner la régulation visant à se substituer « à la normativité spontanée du marché et à la normalité imposée de l'État »²⁰⁴², afin d'en combattre les défaillances et dérives. La création des autorités administratives indépendantes en constitue une illustration. En matière de protection des données à caractère personnel, la CNIL produit des référentiels ayant une portée normative. L'association des acteurs de la société civile à l'élaboration de la norme dans une forme de corégulation en est un autre exemple.

À cette normativité étatique déléguée ou corégluée s'ajoute une forme de normativité autonome, indépendante de toute intervention de la puissance publique. Il s'agit règles éthiques et des codes de bonne conduite qui peuvent être obligatoires pour leurs membres mais dont la juridicité est discutable.

Ces transformations qui traversent la production étatique de la norme, brossées à grands traits dans ce panorama, sont également à l'œuvre en droit du travail.

²⁰⁴⁰ « L'arbitrage a connu un développement prodigieux, favorisé par la pression des *law firms* américaines et par le très grand libéralisme des États : il est devenu le procédé normal de règlement des différends commerciaux inter-nationaux ; son institutionnalisation, par la mise en place de structures permanentes — institutions arbitrales à vocation générale, telles la Cour permanente d'arbitrage, ou spécialisées, comme le “Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements”, créé sous l'égide de la Banque mondiale par la convention de Washington du 18 mars 1965 — tend à en faire la juridiction de droit commun des affaires internationales. », *ibid.*

²⁰⁴¹ G. TIMSIT, « Normativité et régulation », *Cah. Cons. const.*, n° 21, janvier 2007.

²⁰⁴² *Ibid.*

2 – La pluralité des acteurs à la source du droit du travail

849. Dans le domaine de la production normative étatique, le cas particulier du droit du travail suit le cas général. En la matière, la production normative étatique est complétée par un niveau supra-étatique qui se situe au plan international et au plan régional. En droit du travail, la production infra-étatique occupe une place particulière.

850. La production normative internationale en matière de droit du travail est « née du souci d'universaliser le progrès social et certaines valeurs démocratiques »²⁰⁴³. Le droit du travail international trouve son expression au sein de l'OIT dont les conventions forment le noyau dur. Parmi les instruments susceptibles d'être adoptés par la Conférence internationale de travail, organe de décision de l'OIT, seules les conventions ont valeur de traités internationaux. Revêtues d'une autorité supérieure à celle de la loi²⁰⁴⁴, les conventions posent une limite à la production étatique en formant un plancher en deçà duquel la loi ne peut aller. Elles offrent ainsi un socle de protection minimal.

Depuis plusieurs années, la tendance n'est plus à l'adoption de Conventions mais à l'adoption de Déclarations. Dépourvus de valeur contraignante, ces textes ont pour objet la promotion des valeurs de l'OIT. Il en est ainsi de la Déclaration du 19 juin 1998 relative aux principes et droits fondamentaux du travail qui affirme le caractère impératif des Conventions les plus importantes pour tous les États membres de l'OIT. De même, la Déclaration adoptée à l'unanimité le 10 juin 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable institutionnalise le concept de travail décent mis en lumière par le rapport de 1999. Dans les deux textes, les parties sont simplement encouragées à appliquer les principes contenus dans ces instruments. Leur seule valeur incitative ne peut qu'affaiblir leur influence sur la production étatique.

Au niveau régional, la Charte sociale européenne conclue en 1961 et révisée en 1996, la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention 108 constituent un corpus du Conseil de l'Europe susceptible d'orienter la production étatique en matière de droit du travail.

²⁰⁴³ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 35.

²⁰⁴⁴ L'article 55 de la Constitution de 1958 dispose que « les traités ou accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

L'Union européenne, pour sa part, a marqué une étape importante par l'intégration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans le bloc du droit primaire de l'Union. Toutefois, elle témoigne d'une volonté modeste²⁰⁴⁵ en matière sociale et si « l'existence de références communes à l'ensemble des États membres quant au mode d'organisation de l'économie »²⁰⁴⁶ selon les préceptes du marché et de la libre concurrence ne fait pas débat, le modèle social européen reste à construire. Dès lors, le droit social européen, peu développé, laisse une place importante à l'initiative des États membres. En matière sociale, le droit dérivé reste modeste. L'œuvre législative porte principalement sur le rapprochement des législations nationales visant à l'instauration du standard minimal commun entre les États membres²⁰⁴⁷. Opérée principalement par la voie de directives, cette production normative doit être transposée dans le l'ordre juridique de chaque État.

851. À ce pluralisme supra-étatique, s'ajoutent les sources infra-étatiques parmi lesquelles il faut noter la place de la CNIL. Autorité administrative indépendante, elle est à l'origine d'un corpus normatif qui concerne le droit du travail en matière de protection des données à caractère personnel du salarié ; cette dimension n'étant que très faiblement investie par le Code du travail.

Les normes produites par le système ISO, notamment celles intéressant la santé et la sécurité pour prévenir les accidents sur le lieu de travail²⁰⁴⁸ illustrent également le droit non contraignant dénommé *soft law*.

Le droit du travail est également fortement marqué par la multiplicité des sources infra-étatiques dites « professionnelles ». Ce particularisme a fait dire à certains auteurs que l'entreprise formait un « ordre juridique singulier »²⁰⁴⁹. Les sources professionnelles recouvrent la production normative infra-étatique en droit du travail déployée par les acteurs privés (salariés, syndicats, employeurs) dans l'entreprise. Le développement de cette activité normative, qualifiée de « contractualisation du droit du travail »²⁰⁵⁰ ou

²⁰⁴⁵ En ce sens : G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 49.

²⁰⁴⁶ C. AUBIN, « À la recherche du modèle social européen », *Dr. soc.* 2008, p. 484.

²⁰⁴⁷ Notamment, directive 89/391CEE ; directive 93/104/CE.

²⁰⁴⁸ La norme ISO actuellement en vigueur est l'ISO 45001 publiée en mars 2018.

²⁰⁴⁹ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 34 ; sur cette thèse, les auteurs renvoient aux analyses de N. ALIPRANTIS, « L'entreprise en tant qu'ordre juridique », *Études offertes à H. Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 185 ; pour répondre au défi posé par la globalisation des entreprises capables de concurrencer le pouvoir des États, Jean-Philippe Robé plaide pour l'institutionnalisation du pouvoir des entreprises, seule réponse possible, de son point de vue, pour garantir le respect des individus, J.-P. ROBÉ, « L'ordre juridique de l'entreprise », *Droits*, 1997, n° 25, p. 163.

²⁰⁵⁰ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 78.

d'« autorégulation »²⁰⁵¹ de l'entreprise, peut également « être compris comme un mouvement de déréglementation, du fait de la réduction de l'impact des protections réglementaires issues du droit étatique qui l'accompagne »²⁰⁵².

Le retrait de la puissance publique en droit du travail et le développement parallèle des sources professionnelles donnent à l'entreprise un pouvoir normatif grandissant. Ainsi que le souligne Alain Supiot « déréglementer, ce n'est [...] pas cesser de réglementer, mais c'est choisir de réglementer autrement »²⁰⁵³. Ce mouvement qui consiste à déplacer le droit du travail du pouvoir étatique vers l'entreprise confère à celle-ci une forme d'autonomie normative²⁰⁵⁴.

Non seulement la place de la norme étatique va varier en fonction de la place occupée par les normes supra et infra-étatiques mais la norme étatique va elle-même être fonction du système juridique également soumis à des approches plurielles.

B – Vers la fin du système fermé et hiérarchisé ?

852. Classiquement, le système juridique est présenté en forme pyramidale. Théorisée par Hans Kelsen, cette présentation des sources du droit organisées selon une structure hiérarchique offre une vision statique du droit. À l'intérieur de cette structure, chaque norme supérieure commande aux normes qui lui sont inférieures. Cette image du système juridique présente l'intérêt de mettre en lumière la verticalité du droit. Toutefois elle s'inscrit à rebours des influences qui amènent à réviser la vision du système juridique fermé telle qu'elle est pensée par la théorie positiviste (1). La hiérarchie des normes pensée par Kelsen est également remise en cause par l'émergence d'un système en réseau. Alors que sous l'impulsion de la Révolution française, « la Constitution érige un ordre juridique »²⁰⁵⁵ fondé sur la souveraineté du peuple, la dynamique du réseau ouvre la production normative à de multiples influences (2).

²⁰⁵¹ A. SUPIOT, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1989, p. 195.

²⁰⁵² *Ibid.*

²⁰⁵³ *Ibid.*

²⁰⁵⁴ « L'analyse juridique devrait aussi servir à révéler une part de ce qui, dans ces discours, reste implicite. De ce point de vue, il y a au moins un débat de théorie juridique qui aurait dû être rouvert ces dernières années et qui, curieusement, ne l'a pas été : c'est celui de la théorie de l'entreprise. On ne peut pas en effet déplacer le centre de gravité du droit du travail, de l'État vers l'entreprise, sans avoir pris implicitement parti sur la nature juridique de celle-ci. », *ibid.*

²⁰⁵⁵ F. OST, M. VAN de KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2000, Vol. 44, n° 1, pp. 1-82.

1 – L’ouverture du système juridique

853. En matière de théorie du droit, deux conceptions s’opposent : le positivisme et le jusnaturalisme. Les positivistes portés par la figure de Hans Kelsen attachent au droit une légitimité formelle. Le droit tient sa légitimité de son appartenance au système juridique. Autrement dit, la source formelle détermine l’autorité du droit.

Selon l’approche positiviste, une norme juridique n’a pas de valeur en soi, elle n’est ni bonne ni mauvaise. « Sa validité ne dépend pas de sa conformité à la morale »²⁰⁵⁶ ; elle s’apprécie uniquement au regard de son appartenance au système juridique. Le normativisme théorisé par Hans Kelsen repose sur un discours descriptif sans lien avec la morale, qui ne dit pas le droit tel qu’il devrait être mais tel qu’il est. Le normativisme exclut de son étude les finalités du droit ; seule est envisagée l’explication de la norme et non la norme en elle-même. Rester sur le discours descriptif évite les dérives vers la politique juridique visant à dire ce que devrait être le droit notamment du point de vue de la morale.

À l’opposé de cette conception, figure celle des jusnaturalistes pour lesquels le droit « n’est légitime que par sa conformité au *juste objectif*, à l’ordre naturel de l’être humain »²⁰⁵⁷ et ne se réduit pas à un catalogue de règles contingentes.

Cette opposition frontale est aujourd’hui dépassée et « la doctrine se proclame avec force “positiviste”, tandis que le jusnaturalisme est rejeté comme réactionnaire et moralisateur »²⁰⁵⁸. Toutefois, le dépassement de cette dichotomie n’épuise pas la question des influences.

854. S’interdire de porter un jugement de valeur sur une norme n’interdit pas pour autant, tout en restant dans le discours descriptif, de chercher dans la signification du droit pour en parfaire la compréhension des éléments d’intégration de la morale, de la réalité sociale ou économique.

Grégorio Peces-Barba Martinez avance l’hypothèse selon laquelle le droit s’enrichit sous la pression des dimensions sociales, culturelles et morales²⁰⁵⁹. Il souligne que « parler des perceptives d’ouverture du système revient à parler de rapport, de dialogue entre le Droit et ses opérateurs »²⁰⁶⁰ ; l’incorporation de cet environnement façonne le droit. La connaissance de

²⁰⁵⁶ P. BRUNET, « Norberto Bobbio et le positivisme juridique », *Analisi & Diritto*, [en ligne], 2005, pp. 159-170, [consulté le 10 juin 2020].

²⁰⁵⁷ M. LEVINET, *Droits et libertés fondamentales*, Presses universitaires de France, 2010, p. 23.

²⁰⁵⁸ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, pp. 85-86.

²⁰⁵⁹ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 345.

²⁰⁶⁰ *Ibid.*, p. 346.

cette influence est rendue possible par la lecture des rapports et des exposés des motifs qui précèdent l'adoption d'une loi. En conséquence, elle participe donc à la connaissance du droit.

855. L'ouverture du système juridique à l'économie est prônée par le courant doctrinal de l'analyse économique du droit. Cette doctrine qui consiste à utiliser des outils et des critères de mesure en usage dans l'économie pour étudier des questions relevant du droit est apparu aux États-Unis sous l'égide d'auteurs tels que de Richard Posner et Ronald Coase. Dans les années 1970, Richard Posner développe la thèse selon laquelle « il est possible de lire la règle juridique comme reflétant l'objectif d'optimisation de l'efficacité économique, ce qui constitue une orientation souhaitable »²⁰⁶¹. À la base de l'analyse économique du droit se trouve l'idée selon laquelle l'homme sait ce qu'il veut et sait ce qu'il vaut mieux pour lui²⁰⁶².

Cette école suscite la méfiance chez un certain nombre de juristes qui avance que l'agent économique ne peut être assimilé au sujet de droit²⁰⁶³. La rationalité et la recherche d'efficacité qui président à cette analyse font craindre aux juristes une domination des économistes sur le droit.

Lors d'un colloque organisé par la Cour de cassation, Marie-Anne Frison-Roche développe les avantages pour le juriste à prendre en considération cette méthode. Ses « vertus d'explication et d'aide à la réforme »²⁰⁶⁴ sont soulignées. La mesure de l'efficacité d'une loi est présentée comme une contribution à la compréhension des enjeux qui peuvent être contradictoires entre les finalités de la règle et le comportement des destinataires.

Le droit du travail est une branche du droit où la tension entre les enjeux économiques et moraux est forte. L'analyse économique du droit appliquée au droit du travail transparaît notamment de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances déférée devant le Conseil constitutionnel le 15 juillet 2015. Pour valider le dispositif visant à limiter le montant des indemnités de licenciement en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le Conseil constitutionnel relève que « le législateur a entendu assurer une plus grande sécurité juridique et favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche [et] qu'il a ainsi poursuivi des buts

²⁰⁶¹ Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie et prévision*, 2013, vol. 202-203, n° 1-2, pp. I-VIII.

²⁰⁶² A. SUPIOT, *Homos juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, op. cit., p. 143.

²⁰⁶³ En ce sens : « L'homme n'est pas réductible à la seule efficacité », B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, n° 52, cité par E. SUSSET, « Les enjeux de l'analyse économique du droit », *Labyrinthe*, 2001, n° 9, pp. 111-114.

²⁰⁶⁴ A.-M. FRISON-ROCHE, « Droit de la concurrence et droit des contrats », Cour de cassation, « Droit communautaire de la concurrence », Cycle de conférence, 2004.

d'intérêt général »²⁰⁶⁵. Si la sécurité juridique et l'emploi répondent indiscutablement des buts d'intérêt général ; leur caractère d'intérêt général est apprécié à l'aune des effets recherchés « lever les freins à l'embauche ». Le gouvernement précise dans ses observations que « ce dispositif vise ainsi à limiter les risques liés aux coûts des licenciements qui peuvent être supportés par l'employeur à l'issue d'une procédure prud'homale afin d'éviter que ce dernier ne limite les recrutements par contrat à durée indéterminée pour réduire les incertitudes et éviter qu'une éventuelle condamnation au versement de dommages-intérêts ne compromette la pérennité de l'entreprise ». L'analyse économique et recherche d'efficacité économique sont à l'œuvre dans ces arguments.

Alors que la production étatique de la norme est ouverte à certaines influences, morale, économique ; quelles sont les interactions entre les normes à l'intérieur du système juridique ?

2 – Vers un système juridique réticulaire

856. En matière de théorie du droit, « l'idée que le droit se présente sous forme de système hiérarchisé constitue assurément une des représentations les mieux assurées de la pensée juridique contemporaine »²⁰⁶⁶. Si cette conception est dominante, elle n'est pas pour autant partagée de façon unanime.

Au plan formel selon l'approche hiérarchisée du système juridique, le droit se forme par strate selon l'image de la pyramide. Dès lors, une norme tire sa validité de la norme de rang supérieur. Pour autant, cette vision peut être nuancée par l'étude des sources sur le plan matériel qui montre que le système n'est pas seulement hiérarchisé mais qu'il existe des interactions entre des normes de rang différents²⁰⁶⁷.

L'étude des sources d'un point de vue formel montre des relations entre les organes du droit qui ne sont pas systématiquement d'ordre hiérarchique. Ainsi les relations entre le Conseil constitutionnel et la Cour de Justice de l'Union européenne relèvent davantage du registre du

²⁰⁶⁵ Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, *Loi pour la croissance et l'égalité des chances économiques*, JO n° 181 du 7 août 2015, p. 13616, cons. 151, *AJDA* 2015. 1570 ; *D.* 2016. 807, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *ibid.* 1461, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano.

²⁰⁶⁶ F. OST, M. VAN de KERCHOVE, « De la "bipolarité des erreurs" ou de quelques paradigmes de la science du droit », *Archives de philosophie du droit*, T. 33, 1988, pp. 199-202, cité par R. SÈVE, *op. cit.*, p. 514.

²⁰⁶⁷ En ce sens : B. BARRAUD, « Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit », *Revue de la Recherche Juridique*, [en ligne], 2016, n° 164, [consulté le 4 mai 2020] ; M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.*, 2006, p. 951.

dialogue²⁰⁶⁸. Ce dialogue des juges se nourrit des droits fondamentaux. Pour éviter le conflit entre les différents ordres juridiques, les juridictions chargées de faire appliquer le droit utilisent les droits fondamentaux qui « en reliant les différentes pyramides de normes entre elles, [...] permettent d'organiser, d'ordonner ce pluralisme, sauvant ainsi la légitimité rationnelle du droit »²⁰⁶⁹.

857. Certains auteurs soulignent que cette conception ne prévaut plus aujourd'hui et qu'elle a cédé la place à une conception réticulaire du système juridique. François Ost et Michel Van de Kerchove développent la thèse selon laquelle l'approche pyramidale et hiérarchisée ne permet pas de rendre compte des évolutions contemporaines à l'œuvre dans le système juridique. Le recul de la puissance étatique dans l'ordre juridique est concomitant au développement de la globalisation dont les activités, dépassant le cadre territorial des États, sont structurées en *réseau*²⁰⁷⁰. Marie-Anne Frison-Roche avance l'idée que dans cette hypothèse, « le droit doit s'insérer dans les réseaux eux-mêmes, en s'adaptant à de nouveaux comportements qu'on a pu regrouper sous les termes d'«agir réticulaire»²⁰⁷¹ »²⁰⁷².

Ces débats théoriques soulignent les contraintes qui travaillent le système juridique de l'intérieur.

²⁰⁶⁸ « Seul un dialogue régulier et approfondi des juridictions nationales suprêmes et des juridictions européennes peut permettre une articulation des ordres juridiques qui ne se fasse au détriment ni de l'autorité du droit de l'Union, ni de celle des normes suprêmes de droit national. », J.-M. SAUVÉ, « L'autorité du droit de l'Union européenne : le point de vue des juridictions constitutionnelles et suprêmes », Congrès du 25^{ème} anniversaire de l'Académie de droit européen [en ligne], Trèves, 19 octobre 2017, [consulté le 4 mai 2020].

²⁰⁶⁹ M.-J. REDOR-FICHOT, *op. cit.*, p. 85.

²⁰⁷⁰ « Soustraite aux réductions du positivisme juridique, étatique et légaliste, et repensée à l'aune de paradigme du droit en réseau en voie de mondialisation, la théorie de la double institutionnalisation robuste et opérationnelle, mais exposée à toutes sortes de simplifications et d'erreurs, en ressort à la fois affirmée et en même temps relativisée. Le mouvement général n'est pas remis en cause, mais il est désormais conçu comme réversible et réciproque, souvent conflictuel et indirect, pas nécessairement délibéré, toujours à reconduire, limité ni au droit étatique, ni à l'initiative du législateur, ni aux seules normativités classiques, créatif enfin et pas seulement décalque fidèle. », F. OST, *op. cit.*, p. 168 ; La thèse de la double institution développe l'idée selon laquelle la règle de droit se superpose à une réalité qu'elle ne modifie pas mais sur laquelle elle agit, v., en ce sens : Ch. ATIAS, *Philosophie du droit*, Presses universitaires de France, 3^e éd., 2012.

²⁰⁷¹ Ph. FORGET et G. POLYCARPE, *le réseau et l'infini. Essai d'anthropologie philosophique et stratégique*, Economica, 1997, in A.-M. FRISON-ROCHE, « Le versant juridique de la mondialisation », *La revue des deux mondes* [en ligne], décembre 1997, p. 51, [consulté le 4 mai 2020].

²⁰⁷² *Ibid.*

Conclusion de la Section 1

858. En conclusion, les transformations du système juridique sont à l'origine du dessaisissement étatique de la production normative. Celui-ci opère un transfert de souveraineté notamment vers les entreprises, tout particulièrement visible en droit du travail, où la promotion de la négociation collective est en passe de supplanter la loi instituant une hiérarchie inversée des normes en droit du travail.

Section 2 – La loi versus la convention

859. La convention renvoie à la notion d'autonomie tandis que la loi renvoie à la notion d'hétéronomie. La convention réfère à la manifestation de volonté du sujet de droit tandis que la loi s'impose à lui par la coercition. « Flexible, égalitaire, émancipatrice »²⁰⁷³, ainsi présentée, la convention est parée de grandes vertus faisant saillir les « tares de la loi, rigide, unilatérale, asservissante »²⁰⁷⁴. Le droit du travail est un lieu privilégié de rencontre entre la loi et la convention.

860. Les réformes récentes en droit du travail démontrent une volonté de faire de la négociation collective l'outil principal de régulation des relations sociales. L'essor de la négociation collective prend racine dans l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 qui proclame que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Soulignant l'importance de la place de la négociation, Olivier Dutheillet de Mamothe déclare que « le Préambule de 1946 est à la démocratie sociale ce que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est à la démocratie politique »²⁰⁷⁵ : « il définit un véritable statut du travailleur »²⁰⁷⁶.

861. La participation des partenaires sociaux à la production normative s'étend également à l'élaboration de la loi. Dès lors, la volonté des destinataires semble être devenue une composante dans l'adhésion à la loi ; ce qui fait dire à Alain Supiot que « le législateur se mue en greffier de la négociation collective »²⁰⁷⁷.

Il en résulte un mouvement de contractualisation de la loi. Le contractualisme est la théorie selon laquelle la convention serait la forme juridique nécessaire et suffisante pour instituer le lien social. Ce faisant cette théorie méconnaît certaines données élémentaires du Droit. Même s'il est admis que la place de la convention dans la production normative en droit du travail a

²⁰⁷³ A. SUPIOT, « La loi dévorée par la convention ? », in Ph. GÉRARD, F. OST, M. VAN de KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Presses de l'Université Saint Louis, Bruxelles, 1996, p. 631.

²⁰⁷⁴ *Ibid.*

²⁰⁷⁵ O. DUTHEILLET de LAMOTHE, « Les fondements constitutionnels du développement de la négociation collective », *Sem. soc. Lamy*, n° 1868, 1^{er} juillet 2019.

²⁰⁷⁶ *Ibid.*

²⁰⁷⁷ A. SUPIOT, *op. cit.*, p. 633.

des vertus (§1) ; il ne faut cependant pas oublier que la loi reste l'instrument qui permet d'instituer le salarié en tant que sujet de droit (§2).

§ 1 – La promotion du droit négocié

862. Le droit négocié est un moyen d'associer les partenaires sociaux à la production normative sociale. Selon le modèle français, la loi est longtemps restée la source principale en droit du travail, la convention n'ayant que vocation à prévoir des avantages supplémentaires sur le fondement du principe de faveur. De construction prétorienne, ce principe posé par l'assemblée plénière de la Cour de cassation à propos d'un concours de conventions collectives²⁰⁷⁸, a ensuite été généralisé par la Chambre sociale²⁰⁷⁹, qui consacre « le principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application ». Prolongeant le principe de hiérarchie des normes, « il signifie qu'une règle de niveau inférieur ne peut pas prévoir des règles moins favorables qu'une règle de niveau supérieur »²⁰⁸⁰. Sans valeur constitutionnelle, la portée de ce principe a été réduite corrélativement à la promotion de la convention comme outil de régulation principal en droit du travail.

La promotion du droit négocié s'est opérée principalement dans deux directions. La première a consisté à associer les partenaires sociaux à l'élaboration de la loi, tandis que la seconde vise une production normative déléguée aux partenaires sociaux (A).

Par l'association des partenaires sociaux au processus normatif, le consensus qui se dégage participe à la légitimation de la loi (B).

A – La participation négociée au contenu normatif

863. Au plan des sources du droit du travail, les partenaires sociaux interviennent à deux niveaux. D'une part, leur intervention peut prendre la forme d'une association à la détermination du contenu de la loi et, d'autre part, elle peut s'illustrer par la participation à la négociation des accords collectifs.

²⁰⁷⁸ « Attendu qu'en cas de concours de conventions collectives, les avantages ayant le même objet ou la même chose ne peuvent, sauf stipulations contraires, se cumuler, le plus favorable d'entre eux pouvant seul être accordé », Cass. ass. plen., 18 mars 1988, n° 84-40.083, Bull 1988, ass. plen., n° 3, D. 1989, note J.-P. Chauchard.

²⁰⁷⁹ Cass. soc., 17 juillet 1996, n° 95-41.745, Bull civ. V, n° 296.

²⁰⁸⁰ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 85.

Au sens de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 « tous les citoyens ont le droit de concourir, personnellement ou par leurs représentants, à la formation de la loi », la loi est l'expression de la volonté générale qui est dévolue en France par le Parlement. Cette prérogative s'accompagne « du principe de plénitude de compétence du pouvoir législatif, au terme duquel le législateur exerce toutes les compétences que la Constitution n'a pas confiées à d'autres pouvoirs »²⁰⁸¹. Ce principe veut que la compétence législative s'exerce sans partage. Toutefois dans un souci d'élaborer une norme au plus près des problèmes à traiter, le législateur peut s'appuyer sur le recours aux partenaires sociaux afin de s'assurer d'une bonne réception de la loi (1).

À ce premier stade d'intervention des partenaires sociaux, s'ajoute la participation à « la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises » prévue à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946. Consacrée principe à valeur constitutionnelle, la participation à la négociation collective est devenue au fil des réformes une source du droit du travail prédominante (2).

1 - La participation à l'élaboration de la loi

864. Lorsque George Ripert indiquait que « les lois qui organisent les professions et règlent les droits et obligations de ceux qui les exercent sont rédigées par les intéressés eux-mêmes »²⁰⁸², il soulignait déjà le dessaisissement du législateur à l'œuvre dans l'élaboration de certaines lois. Les partenaires sociaux interviennent dans l'élaboration de la loi soit du fait d'une invitation formelle du législateur (a) soit par des voies plus informelles qui visent à en influencer le contenu (b).

²⁰⁸¹ F. OST, M. VAN de KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », article précité.

²⁰⁸² G. RIPERT, *op. cit.*, p. 357.

a - La part formelle de participation à l'élaboration de la loi : un principe à valeur légale

865. La participation formelle peut prendre la voie du dialogue social ; elle peut également prendre la voie de la négociation légiférante.

866. Bien que la notion de « dialogue social » ne soit pas définie, elle est très présente dans le discours international, européen et national.

Au sein du BIT, lors de la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale²⁰⁸³ dont l'objectif est « d'encourager les entreprises multinationales à contribuer positivement au progrès économique et social et à la concrétisation du travail décent pour tous »²⁰⁸⁴, le rôle du dialogue social est présenté comme essentiel²⁰⁸⁵.

Au plan européen, l'accord sur la politique sociale du 7 février 1992 inséré au Protocole sur la politique sociale annexé au traité de Maastricht²⁰⁸⁶ prévoit que la Commission « prend toute mesure utile pour faciliter [le] dialogue [des partenaires sociaux] »²⁰⁸⁷. À cet effet, le texte prévoit que les partenaires sociaux sont consultés par la Commission à deux reprises : avant la présentation de propositions dans le domaine de la politique sociale²⁰⁸⁸ et lors de l'élaboration de leur contenu²⁰⁸⁹.

En France, ce terme a pris place dans le droit du travail avec la loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social²⁰⁹⁰ et la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social²⁰⁹¹. Aujourd'hui codifié, le dialogue social, issu de la loi du 31 janvier 2007, dite loi *Larcher*, a une place bien distincte de la négociation collective.

²⁰⁸³ BIT, Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, CIT, 204^e session, Genève, 1977, amendée en 2000 (279^e session), et 2006 (295^e session), révisée en 2017 (329^e session).

²⁰⁸⁴ *Ibid.*, point 2.

²⁰⁸⁵ *Ibid.*, point 10. e.

²⁰⁸⁶ Accord sur la politique sociale entre les États membres de la Communauté européenne à l'exception du Royaume-Uni de Grande -Bretagne et d'Irlande du Nord, JOCE, C 191, 29 juillet 1992, p. 192.

²⁰⁸⁷ *Ibid.*, article 3 point 1

²⁰⁸⁸ *Ibid.*, article 3 point 2.

²⁰⁸⁹ *Ibid.*, article 3 point 3.

²⁰⁹⁰ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 précitée

²⁰⁹¹ Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, JORF n° 27 du 1^{er} février 2007, texte n° 4.

Un chapitre préliminaire lui est consacré, de l'article L.1 à L.3, en tête de la Partie législative du Code du travail.

En vertu de l'article L.1 dudit code, lorsqu'un projet de réforme envisagé par le gouvernement porte sur les relations individuelles ou collectives du travail relevant du champ d'application de la négociation nationale interprofessionnelle, il fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales sur la base d'un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options à partir desquelles celles-ci font connaître leur intention d'engager une négociation.

L'obligation faite au gouvernement d'inviter les organisations syndicales à participer à tout projet de réforme entrant dans le champ d'application de l'article L.1 a marqué un jalon dans la volonté de promouvoir le dialogue social. Cette étape ne s'est cependant pas traduite par la consécration d'un droit constitutionnel à la participation à l'élaboration de la loi.

À deux reprises, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de s'interroger sur le point de savoir si la participation des partenaires sociaux à l'élaboration de la loi tombait sous la protection du principe de participation visé à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946. Pour obtenir la remise en cause de la constitutionnalité de la totalité de la loi relative à la réduction du temps de travail, les députés requérants avaient fait valoir que l'élaboration de la loi déferée n'ayant pas été précédée d'une concertation des partenaires sociaux, le « droit constitutionnel de participation déduit du Préambule de la Constitution de 1946 » avait alors été méconnu²⁰⁹². Le Conseil constitutionnel écarte ce grief « considérant que ni les dispositions du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ainsi invoquées par les requérants, ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'obligent le Gouvernement à faire précéder la présentation au Parlement d'un projet de loi comportant des dispositions touchant aux principes fondamentaux du droit du travail d'une négociation entre les partenaires sociaux »²⁰⁹³.

Cette décision prise avant la loi *Larcher* est maintenue et renforcée par la décision du 29 décembre 2013, qui énonce sans ambiguïté « que les dispositions de l'article L.2 du Code du travail ont valeur législative ; que ni les dispositions du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle, et notamment l'article 39 de la Constitution, n'obligent le Premier ministre à faire précéder d'une négociation entre les partenaires sociaux la présentation au Conseil d'État, au Conseil des ministres et au Parlement

²⁰⁹² Cons. const., 10 juin 1998, arrêt précité, cons. 5.

²⁰⁹³ *Ibid.*, cons. 6.

d'un projet de loi comportant des dispositions touchant aux principes fondamentaux du droit du travail »²⁰⁹⁴.

Le dialogue social est institutionnalisé par la loi, mais il n'existe aucune disposition constitutionnelle de nature à imposer la participation des partenaires sociaux à l'élaboration de la loi.

867. Une autre forme de participation intervient également au stade de l'élaboration de la loi par la voie de la négociation légiférante. Cette pratique consistant à transposer un accord national interprofessionnel (ANI) dans la loi n'est pas récente. Le premier ANI à faire l'objet d'une transposition législative date du 9 juillet 1970 ; il sera repris dans la loi du 16 juillet 1971²⁰⁹⁵. À compter de cette date, la pratique devient régulière²⁰⁹⁶ démontrant ainsi la porosité de la loi à la négociation. Le dernier ANI concerné à ce jour est celui du 10 décembre 2020, transposé par la loi n° 2021-1018 du 2 août 2021 pour renforcer la prévention en santé au travail²⁰⁹⁷.

b – Le lobbying : la part informelle du dialogue social

868. Selon Grégory Houillon, le lobbying se définit comme « l'action d'influence motivée par un intérêt particulier, catégoriel, fractionnel, qui s'exerce sur un auteur ou après d'un organe producteur de norme juridique impérative »²⁰⁹⁸. Par la recherche d'obtention de concessions, le lobbying vise à intervenir sur le contenu de la norme.

869. Sur le point de savoir si cette pratique concourt à la qualité de la norme deux visions s'affrontent.

D'une part, il est possible de soutenir que le lobbying participe à la prise en compte du destinataire de la norme. Ce faisant, il accroît les garanties d'adhésion à la norme. Ouvrant la compétition aux intérêts des destinataires, il participe à la manifestation de l'intérêt général. Ce

²⁰⁹⁴ Cons. const., 29 décembre 2013, n° 2013-684 DC, *Loi de finances rectificative pour 2013*, JO n° 303 du 30 décembre 2013, p. 22232, cons. 20, *AJCT* 2014. 107, note J. Lasserre Capdeville.

²⁰⁹⁵ Loi n° 71-575 du 16 juillet 1971 portant organisation de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente, *JORF* du 17 juillet 1971.

²⁰⁹⁶ Pour la liste des ANI transposés v., G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, pp. 61-62.

²⁰⁹⁷ *JORF* n° 178 du 3 août 2021, texte n° 2.

²⁰⁹⁸ G. HOUILLON, « Lobbying et qualité de la norme française », in E. BONIS, V. MALABAT (dir.), *La qualité de la norme, L'élaboration de la norme*, Mare&Martin, 2016, p. 19.

droit ainsi négocié serait alors mieux accepté et donc mieux appliqué, offrant de la sorte une garantie d'efficacité²⁰⁹⁹.

D'autre part, une tout autre position peut être défendue. Les groupes de pression peuvent à l'inverse enrayer la dynamique législative en se comportant comme une force d'inertie. Ils peuvent, également, être source de déséquilibre en cas d'inégalité de représentation entre groupes de pression, susceptible de se répercuter sur le contenu même de la norme²¹⁰⁰. Des disparités de puissance et de ressources entre les groupes de pression peuvent conduire à la marginalisation de certains intérêts dépourvus de représentation efficace.

En résumé, si les groupes de pression participent à l'information, concourent à la légitimité de la règle ; il ne faut pas occulter l'inertie et le déséquilibre pouvant résulter de leur action.

Par l'attention portée aux enjeux particuliers, le lobbying prône une vision pragmatique du Droit. Centrée sur l'efficacité de la norme, cette pratique se rapproche de l'analyse économique du droit²¹⁰¹.

2 – L'obligation de négocier au niveau infra-législatif : un principe à valeur constitutionnelle

870. Dès 1989, le Conseil constitutionnel admet que le législateur peut déléguer la mise en œuvre de la loi sociale à la négociation. Sur le fondement de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 34 de la Constitution de 1958, il a reconnu qu'« il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte »²¹⁰². Ce faisant, il admet que la convention peut

²⁰⁹⁹ En ce sens : *ibid.*, pp. 24-32.

²¹⁰⁰ En ce sens : J. LAPOUSTERLE, « jeux d'influence dans l'élaboration des normes de droit d'auteur », in E. BONIS, V. MALABAT (dir.), *op. cit.*, pp. 76-80.

²¹⁰¹ « Si l'on considère que la norme ne doit pas être déconnectée de ses enjeux pratiques, il n'est pas sans doute inutile de faire en sorte qu'elle soit adaptée aux besoins des personnes auxquelles elle va s'appliquer et, plus largement, aux réalités sociales du moment. Cela correspond évidemment à une certaine conception du rôle de la loi, à une vision plus économique que politique de sa finalité, plus centrée sur l'efficacité et l'adaptabilité de la norme que sur sa capacité à mettre en œuvre une vision politique d'une société et à imposer ainsi une norme modèle de conduite. », *ibid.*, p. 82.

²¹⁰² Cons. const., 25 juillet 1989, arrêt précité, cons. 11.

avoir une fonction réglementaire appartenant au pouvoir exécutif²¹⁰³. À partir de 1996, associant les sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946, il conjugue le principe de participation à la négociation collective²¹⁰⁴. Le Conseil constitutionnel a ainsi joué un rôle actif dans la promotion de la place de la négociation.

871. Alors que la négociation collective était le terrain de l'autonomie de la volonté, la troisième loi *Auroux* introduit une rupture majeure en instaurant la négociation obligatoire. Des lois *Auroux*²¹⁰⁵ jusqu'aux ordonnances du 22 septembre 2017²¹⁰⁶, la place de la négociation collective n'a cessé de croître. Elle se déploie à deux niveaux : la branche professionnelle et l'entreprise.

872. La négociation collective au niveau de la branche permet d'harmoniser les règles de droit du travail applicables aux entreprises d'un même secteur d'activité en déterminant « un statut social commun [afin] d'éviter qu'elles ne se concurrencent par une politique de bas salaires ou de mauvaises conditions de travail »²¹⁰⁷. Cette fonction est remise en cause par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 qui a souhaité attribuer une place centrale à la négociation d'entreprise²¹⁰⁸ instaurant ainsi une inversion de hiérarchie dans les normes conventionnelles.

Désormais les conventions de branches définissent les conditions d'emploi et de travail des salariés et peuvent définir les garanties applicables dans treize matières énumérées à l'article L.2253-1 du Code du travail. Ce domaine d'attribution est un quasi-monopole conventionnel puisque l'article L.2253-2 dispose que, pour certaines matières, la convention de branche s'impose sauf si la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes²¹⁰⁹. Dans les autres matières que celles énumérées dans ces deux articles, les stipulations de l'accord

²¹⁰³ En ce sens : M.-L. MORIN, « Droit imposé, droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France », in Ph. GÉRARD, F. OST, M. VAN de KERCHOVE (dir.), *op. cit.*, pp. 643-675.

²¹⁰⁴ Cons. const., 6 novembre 1996, arrêt précité, cons. 8.

²¹⁰⁵ Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, JORF n° 265 du 14 novembre 1982, p. 3414.

²¹⁰⁶ Ordonnances précitées.

²¹⁰⁷ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 1682.

²¹⁰⁸ Dossier législatif, Exposé des motifs, loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue.

²¹⁰⁹ Article L.2253-2 du Code du travail.

d'entreprise, ayant le même objet, prévalent sur celles, prévues par la convention de branche²¹¹⁰. La primauté ainsi donnée à l'accord d'entreprise correspond à une vision pragmatique du droit selon laquelle les destinataires de la norme sont les mieux placés pour élaborer un contenu normatif correspondant à leurs besoins.

873. Au plan de la négociation obligatoire d'entreprise, sont distinguées les dispositions d'ordre public, celles relatives au champ d'application de la négociation et les dispositions supplétives. Au titre des dispositions d'ordre public, l'article L.2242-1 du Code du travail détermine la périodicité applicable à la négociation et fixe deux thèmes relevant de cette catégorie, un thème relatif à la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise et un autre thème portant sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. Le Code du travail ouvre cependant la voie à une adaptation conventionnelle de ces dispositions d'ordre public. Les dispositions supplétives prévues aux articles L.2242-13 et suivants visent les cas d'absence d'accord ou les cas de non-respect des stipulations conventionnelles.

874. La place grandissante de la négociation ne signe pas pour autant l'abandon de la loi, ni même un « laisser faire »²¹¹¹ qui laisserait le champ totalement libre aux négociateurs. Tout au contraire, la négociation collective est encadrée par la loi qui énumère des obligations à négocier fixant les objets de la négociation. Au niveau de la branche, treize thèmes de négociation sont énumérés et au niveau de l'entreprise, la loi fixe deux thèmes d'ordre public. Les parties n'ont pas la maîtrise des objets sur lesquels la négociation doit porter ; seul le contenu relève de leur pouvoir de décision. Cette manière de légiférer par objectif illustre la délégation de la mise en œuvre de l'intérêt général aux pouvoirs privés.

Outre la détermination des objets à négocier, la loi détermine les entreprises concernées, distinguant entre les entreprises ayant un délégué syndical soumises dès lors à l'obligation de négocier et les autres entreprises. Elle fixe les modalités de la négociation, définissant un calendrier de négociation en fonction de l'existence ou l'absence de conclusion d'un accord. Ce niveau de précisions montre que l'emprise de la loi reste forte. De ce fait, la négociation collective cumule les critiques. Les partisans de la régulation dénoncent l'excès de normes, porteur de lourdeur administrative et constitutif de frein à la concurrence, tandis que les positivistes y voient le recul de la dimension réglementaire liée à la mise en œuvre de la loi.

²¹¹⁰ Article L.2253-3 du Code du travail.

²¹¹¹ P. LOKIEC, *op. cit.*, p. 147.

B – Le droit négocié : instrument privilégié de légitimation de la loi

875. La loi est l'expression de la volonté générale. « Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation »²¹¹². En démocratie, le Peuple exerce ce pouvoir individuellement par la voie du référendum et collectivement par la voie du Parlement, et « aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice »²¹¹³. Ces principes fondent le monopole étatique de la production normative. Pour autant, ce monopole est concurrencé par une dynamique de contractualisation du droit.

876. S'inscrivant dans ce mouvement, la promotion du droit négocié et notamment du droit négocié en entreprise repose sur l'idée « selon laquelle il n'est pas meilleure règle que celle définie au plus près du terrain »²¹¹⁴. La loi décrétée « d'en haut »²¹¹⁵ serait bien trop éloignée des réalités de l'entreprise. Dans cette perspective, l'accord de volonté est paré de toutes les vertus, tandis qu'à l'inverse, la loi est affublée de toutes les tares. Évidemment cette vision manichéenne appelle à être nuancée. Si la recherche du consensus favorise l'adhésion à la norme, la valeur de ce consensus doit être tempérée. Effectivement, bien que la loi fasse l'objet de critiques sérieuses, elle conserve la faveur des citoyens. Il n'en demeure pas moins vrai que la recherche du consensus favorise la promotion de l'accord de volonté (1), et que la loi fléchit face à l'accord collectif (2).

²¹¹² Article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

²¹¹³ Article 3 de Constitution de 1958.

²¹¹⁴ P. LOKIEC, « Vers un nouveau droit du travail », *D.*, 2017, p. 2109.

²¹¹⁵ *Ibid.*

1 - La recherche du consensus justifiant la promotion de l'accord de volonté

877. D'un point de vue positiviste, la légitimité de la loi résulte du monopole étatique. Le législateur confère à la loi son caractère légitime. En d'autres termes, la loi bénéficie d'une légitimité intrinsèque, tirée de sa source. Or Jacques Chevalier relève que « la force de la règle de droit ne provient plus de ce qu'elle énonce comme un ordre obligatoire, auquel tous sont tenus de se soumettre ; elle dépend désormais du consensus dont elle est entourée. Ce consensus suppose que les destinataires soient partie prenante à son élaboration »²¹¹⁶. Il souligne ainsi le recul du postulat positiviste. En d'autres termes, la légitimité ne serait plus seulement attachée à l'appartenance de la norme au système juridique ; la légitimité serait renforcée par l'adhésion de ces destinataires. En droit du travail, cette adhésion peut intervenir à deux niveaux, d'une part, elle peut être recherchée au moment de l'élaboration de la loi prenant la forme d'une participation des partenaires sociaux au dialogue social, d'autre part, elle se situe à un niveau infra-législatif au niveau de la négociation collective.

878. Au-delà de la volonté politique de favoriser le dialogue social, quels sont les ressorts de l'adhésion des destinataires à une norme ? Pour Pierre-Yves Verkindt, la question de la légitimité de la loi « renvoie à une double interrogation portant d'une part, sur l'autorité de la loi et, d'autre part, sur son caractère juste »²¹¹⁷. En d'autres termes, au-delà de l'autorité intrinsèque la loi, rechercher l'adhésion à la loi revient à la fonder sur la justesse. Dans cette logique, les destinataires sont associés à la définition de ce qui est juste. Ayant participé au processus d'élaboration de la norme, les parties seront plus enclines au respect de la prescription. Par voie de conséquence, la recherche de consensus est alors un gage d'adhésion à la norme. Autrement dit, le concours des destinataires à la légitimité de la loi favorise son effectivité. De ce fait, une norme ne tire plus sa légitimité de son appartenance formelle à l'ordre juridique, celle-ci dépend du consensus sur ce qui est juste. Inversement, la faible application d'une norme, suscitant résistance ou défiance de la part des destinataires, peut s'expliquer par le défaut de légitimité qui lui est reconnu²¹¹⁸. Suivant ce raisonnement, le dialogue social va

²¹¹⁶ J. CHEVALIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* [en ligne], 1998, pp. 659-714, [consulté le 12 mai 2020].

²¹¹⁷ P.-Y. VERKINDT, « La légitimité de la loi en droit du travail », *Dr. soc.*, 2018, p. 114.

²¹¹⁸ En ce sens : A. FIORENTINO, G. FRANÇOIS, « La légitimité de la norme en droit du travail », *Dr. soc.*, 2018, p. 112.

principalement porter sur la définition d'un contenu normatif juste. Il est alors nécessaire que les partenaires sociaux, représentants des employeurs et des salariés s'accordent sur ce point.

879. La négociation collective est également présentée comme un instrument de légitimité de la production normative. La participation des partenaires sociaux à la définition du contenu normatif applicable à l'ensemble d'une branche professionnelle ou à une entreprise garantit une adéquation au plus proche des réalités économiques. Cette adéquation est alors un gage d'adhésion à la norme. Dans le rapport relatif à *la négociation collective, le travail et l'emploi*, Jean-Denis Combrexelle souligne le consensus existant en faveur de la négociation collective²¹¹⁹.

Instrument au service de l'efficacité économique et du progrès social, ce consensus n'est cependant qu'apparent. Les entreprises voient la négociation comme une contrainte supplémentaire dans la gestion du personnel²¹²⁰. En outre, un climat de confiance est nécessaire à la conduite d'une négociation réussie. Or cette situation ne se décrète pas et un climat de méfiance préside souvent les rapports sociaux²¹²¹. Par ailleurs, la primauté accordée à l'accord d'entreprise favorise l'émergence d'un « droit “à la carte” »²¹²² qui va à l'encontre de l'unité du droit et qui crée des disparités entre les entreprises d'un même secteur.

La volonté des pouvoirs publics de promouvoir la négociation collective et le dialogue social, ainsi que de la quête de légitimité de la norme par ses destinataires s'accompagnent en réalité d'un fléchissement de la loi.

²¹¹⁹ « En apparence, tous les acteurs, responsables et commentateurs, sont d'accord : il faut développer le dialogue social et plus particulièrement l'un de ses outils privilégiés, l'accord collectif signé entre des partenaires sociaux représentatifs. », J.-D. COMBEXELLE, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, Septembre 2015, p. 15.

²¹²⁰ En ce sens : « Pour reprendre l'expression du DRH d'un grand groupe, pourtant peu avare d'avancées sociales et de réflexions sur l'emploi des jeunes : “on a tellement eu l'habitude que les ministres successifs du travail nous disent ce qu'il faut négocier, comment il faut négocier et quand il faut négocier que la négociation n'est plus pour nous un enjeu de management sur lequel il convient de réfléchir et de bâtir une stratégie de ressources humaines : c'est devenu une obligation administrative au même titre qu'une formalité à remplir”. », *ibid.*, p. 35

²¹²¹ « L'exigence de loyauté est en cause : absence de loyauté de l'entreprise dans la présentation des chiffres, des stratégies à moyen ou long terme et des objectifs ; absence de loyauté des syndicats dans le refus de prendre en compte l'intérêt même de l'entreprise en équilibre avec l'intérêt des salariés dans le recours fréquent au juge comme arbitre d'une négociation estimée insuffisante. », *ibid.*, p. 54.

²¹²² É. HEYER, P. LOKIEC, D. MÉDA, *op. cit.*, p. 89.

2 – Un fléchissement de la loi

880. Alors que la loi a tenu une place déterminante dans les avancées sociales en droit du travail, elle ne serait plus l'instrument normatif privilégié. Certains auteurs dénoncent son excessive complexité, son foisonnement débridé, son manque de lisibilité²¹²³. La complexité du droit sape son autorité et déstabilise les citoyens engendrant ainsi « un coût démocratique »²¹²⁴. Les critiques ne sont pas nouvelles. Dès 1991, le Conseil d'État alerte sur les risques inhérents aux défauts de la loi²¹²⁵. En 2006, il consacre son étude annuelle à la *Sécurité juridique et complexité du droit*. Il relève que la complexité de certaines lois résulte de l'apparition de domaines législatifs très techniques²¹²⁶. Au grief de complexité, Pascal Lokiec oppose que « la protection de la santé et de la sécurité ne peut se résumer à quelques principes généraux de prévention, le droit du licenciement perd toute consistance si la loi ne définit pas les délais et les procédures, la mise en place des institutions représentatives du personnel est impossible si on ne définit pas leurs conditions de désignation, leur composition et leurs attributions »²¹²⁷. En outre, il ajoute que transférer le pouvoir normatif de la loi à la convention aura comme effet de déplacer la complexité d'une norme à l'autre.

881. La production législative immodérée est également source de dérèglement normatif. Le Conseil d'État a alerté à plusieurs reprises les pouvoirs publics sur les risques encourus par l'inflation normative²¹²⁸. « L'inflation et l'instabilité des normes juridiques provoquent parfois, chez nos concitoyens, un grand désarroi. Se sentant isolé dans un maquis de procédures contraignantes et souvent incomprises, le citoyen ressent avec amertume la distance qui le sépare des centres de décision. »²¹²⁹ Le Conseil d'État attribue ce phénomène à l'impératif de communication médiatique qui pèse sur les hommes politiques. Cet impératif conduit le gouvernement à vouloir donner des réponses rapides. En matière en droit du travail, le Conseil

²¹²³ En ce sens, notamment : R. BADINTER, A. LYON-CAEN, *Le travail et la loi*, Fayard, 2015, 77p.

²¹²⁴ Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE, La Documentation française, 2006, p. 273.

²¹²⁵ Conseil d'État, *De la sécurité juridique*, EDCE, La Documentation française, 1991.

²¹²⁶ Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, rapport précité, p. 232.

²¹²⁷ P. LOKIEC, *op. cit.*, p. 16.

²¹²⁸ Conseil d'État, *De la sécurité juridique*, rapport précité ; *Sécurité juridique et complexité du droit*, rapport précité ; *Simplification et qualité du droit*, étude annuelle, La Documentation française, 2016.

²¹²⁹ Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, rapport précité, p. 273.

d'État relève que « la partie législative du Code du travail relative à la durée du travail vient d'être modifiée par huit lois ou ordonnances en moins de douze mois. Entre le 24 juillet et le 2 août 2005, soit en deux semaines, le droit du travail a été modifié par six lois, six ordonnances et quinze décrets d'application. »²¹³⁰ Il souligne également le caractère hautement versatile des contrats spéciaux d'aides à l'embauche. Ce foisonnement normatif s'explique par le lien direct entre le droit du travail et le marché du travail. Le Code du travail devient alors l'instrument servant à dynamiser le marché du travail.

882. Paradoxalement, les critiques sur la complexité de la loi n'entament pas chez les citoyens la « déférence »²¹³¹ qu'ils portent à la loi et ils restent « demandeurs de normes, en vertu du pouvoir quasi magique »²¹³² qui lui est conféré. Pour satisfaire ce besoin, le Parlement est parfois amené à voter « des lois purement déclaratives ou incantatoires »²¹³³. Au grief de l'inflation normative s'ajoute alors celui du défaut de normativité de la loi. Le Conseil constitutionnel relève que « la malfaçon normative est notamment causée par le recours irrationnel et irraisonné à la norme juridique, ainsi que l'illustre le phénomène de la “loi spectacle” qui est source de désordre législatif et réglementaire »²¹³⁴. La dégradation de la qualité de la loi qui en résulte a pour corolaire la défiance grandissante des citoyens à l'égard du droit. Inversement une meilleure qualité de la loi favorise la confiance et renforce l'autorité de la loi.

883. À ce titre, le principe de sécurité juridique répond au besoin de renforcer la confiance à l'égard de la loi. Pour le Conseil d'État, ce principe implique une dimension matérielle caractérisée par la qualité de la loi et une dimension temporelle qui s'illustre dans la prévisibilité de la loi²¹³⁵. Le Conseil d'État précise que la loi doit être normative ; « elle est faite pour

²¹³⁰ *Ibid.*, p. 257.

²¹³¹ « Les citoyens, les syndicats et les groupes de pression conservent une déférence pour la loi et ses effets nécessairement bénéfiques, qui ne s'est guère démentie pendant les législatures successives. », Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, rapport précité, p. 256.

²¹³² *Ibid.*

²¹³³ *Ibid.*, p. 254.

²¹³⁴ A.-L. CASSARD-VALEMBOSIS, « L'exigence de sécurité juridique et l'ordre juridique français : “je t'aime, moi non plus” », *Titre VII*, n° 5, octobre 2020.

²¹³⁵ « Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles. », *ibid.*, p. 281.

prescrire, interdire, sanctionner. Elle n'est pas faite pour bavarder²¹³⁶, créer des illusions, nourrir des ambiguïtés et des déceptions »²¹³⁷. Les tables analytiques du Conseil constitutionnel opèrent une distinction entre sécurité juridique et qualité de la norme. La jurisprudence relative à la sécurité juridique porte sur la rétroactivité de la loi, sa validation et donc plus largement la prévisibilité ; tandis que la qualité de la loi renvoie aux décisions portant sur la lisibilité, et l'accessibilité de la norme.

Le Conseil constitutionnel a également posé le principe de normativité²¹³⁸. Le défaut de portée normative²¹³⁹ parfois associé au grief d'inintelligibilité²¹⁴⁰ est cependant rarement relevé.

En 2016, le Conseil d'État dans l'étude relative à *la simplification et qualité du droit* relève que même si des « efforts indéniables »²¹⁴¹ ont été réalisés en matière de simplification et de lisibilité de la norme, les résultats demeurent insuffisants, nourrissent une certaine défiance envers la loi et participent à la promotion du droit négocié. Par un mouvement inverse, la loi fixe un cadre à la négociation ; le contenu de la norme qui est alors négocié n'est pas totalement abandonné à l'autonomie des parties.

Le fait que la négociation soit orchestrée par la loi n'enlève rien à la volonté des pouvoirs publics de promouvoir la négociation collective. Dès lors, son essor interroge sur le domaine laissé à la loi en droit du travail.

Même si la dynamique de la négociation collective est soutenue par l'action conjuguée du Conseil constitutionnel et du législateur, la loi demeure le moteur de la protection du salarié.

²¹³⁶ « Quand la loi bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite », formule utilisée lors de la présentation de la première étude du Conseil d'État consacrée à ce thème, *De la sécurité juridique*, EDCE, 1991, et reprise dans l'étude annuelle en 2016 à nouveau consacrée à ce sujet, *Simplification et qualité du droit*, p. 27.

²¹³⁷ Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, rapport précité, p. 281.

²¹³⁸ « Aux termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789 : "La loi est l'expression de la volonté générale...". Il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative. », Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, JO n° 110 du 13 mai 2010, p. 8897, cons. 28 ; *Dalloz actualité*, 19 mai 2010, obs. S. Lavric ; *AJDA* 2010. 1048 ; *D.* 2010. 1321, note A. Levade ; *ibid.* 1229, chron. P. Fombeur ; *ibid.* 1234, chron. P. Cassia et E. Saulnier-Cassia ; *ibid.* 1495, chron. V. Lasserre-Kiesow et P. Le More.

²¹³⁹ Cons. const. 17 novembre 2016, n° 2016-739 DC, *Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, JO n° 269 du 19 novembre 2016, texte n° 4, cons. 84, *AJDA*, 2016. 2246 ; *RTD civ.* 2017. 107, obs. Hauser.

²¹⁴⁰ Cons. const. 21 juin 2018, n° 2018-766 DC, *Loi relative à l'élection des représentants au Parlement européen*, JO n° 145 du 26 juin 2018, texte n° 2, cons. 5 et 8.

²¹⁴¹ Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, rapport précité, pp. 63-72.

§ 2 – La loi : un moteur de la protection du salarié

884. La place centrale occupée par la loi dans le système juridique français est soulignée par Christian Atias qui note que « même si son importance a été combattue par le haut et par le bas, par le développement du rôle de la Constitution, puis du bloc de constitutionnalité et par les règlements émanés du gouvernement, elle demeure le symbole même de la juridicité à la française »²¹⁴². La critique de la faible qualité de la loi n'est pas insurmontable et ne peut servir d'argument à la préférence donnée à la norme négociée. Dès lors, à rebours de l'autonomie où chaque individu se dicte ses propres règles et contre les dérives du « tout conventionnel » (B), une part d'hétéronomie est indispensable (A).

A – L'indispensable part d'hétéronomie garantie par le Conseil constitutionnel

885. Grâce au contrôle opéré par le Conseil constitutionnel, la qualité de la loi participe à la sécurité juridique²¹⁴³ et concourt à la légitimation de la loi par la confiance suscitée. Dès lors la qualité n'est pas seulement un objectif pour éviter la censure des juges, elle constitue un instrument de confiance (1).

Le contrôle du Conseil constitutionnel est également un frein à la volonté du législateur de déléguer ce qui relève de sa compétence aux partenaires sociaux (2).

²¹⁴² Ch. ATIAS, *op. cit.*, p. 227.

²¹⁴³ Malgré le caractère polymorphe de la notion, Pierre-Yves Verkindt, souligne que « la sécurité juridique doit être prise au sérieux lorsqu'est en cause la confection de la loi car c'est la qualité de la démocratie qui est en jeu. Au-delà, c'est la question du respect du droit, plus exactement du respect dû au droit qui est posée. On l'aura compris, il ne s'agit pas simplement de l'obéissance à la loi mais bien de l'estime et du prix accordés par les citoyens à la règle commune. », P.-Y. VERKINDT, « La sécurité juridique et la confection de la loi », *Dr. soc.*, 2006, p. 720.

1 – La dimension formelle : le contrôle de la qualité du contenu normatif

886. George Ripert affirme qu'« il existe un art de légiférer et une esthétique des lois »²¹⁴⁴ et il ajoute « cet art est difficile »²¹⁴⁵. Tandis qu'une « bonne forme technique » favorise l'application d'une règle, inversement sa mauvaise qualité formelle due à un « mauvais emploi des termes, [à] l'imprécision des phrases »²¹⁴⁶ entrave sa réception.

« La qualité de la loi » n'est pas définie, mais les tables analytiques du Conseil constitutionnel renseignent sur les critères retenus pour en apprécier l'effectivité. À la rubrique « qualité de la loi » figurent le principe de clarté de la loi, les objectifs d'accessibilité et d'intelligibilité, l'exigence de précision de la loi, la complexité excessive et l'exigence de normativité. Faisant abstraction des termes « principe », « objectif », « exigence » qui mériteraient d'être précisés pour eux-mêmes, que recouvrent les termes « clarté », « intelligibilité », « précision », « complexité » ? Bien que les fondements, les fonctions et les finalités diffèrent, ne visent-ils pas de manière collective à permettre au destinataire de la loi d'en comprendre les termes ? Cette finalité ne vise-t-elle pas en dernier ressort la sécurité juridique et la confiance en la légitimité de la loi ?

887. Le Conseil constitutionnel a dégagé un objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, considérant que « l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et “la garantie des droits” requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables »²¹⁴⁷. Dans cette décision du 16 décembre 1999, le Conseil constitutionnel précise que « l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et « la garantie des droits » requise par l'article 16 pourrait ne pas être effective si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ». Nicolas Molfessis précise qu'il ne faut pas interpréter la décision de Conseil constitutionnel en ce sens qu'un justiciable pourrait tirer argument de sa méconnaissance d'un droit applicable pour s'y soustraire. Il note que les juges

²¹⁴⁴ G. RIPERT, *op. cit.*, p. 346.

²¹⁴⁵ *Ibid.*

²¹⁴⁶ *Ibid.*

²¹⁴⁷ Cons. const., 16 décembre 1999, décision précitée, cons. 13 ; *AJDA* 2000. 31, note J.-E. Schoettl ; *D.* 2000. 425, obs. D. Ribes ; *RTD civ.* 2000. 186, obs. N. Molfessis.

confère à la maxime « Nul n'est censé ignorer la loi » une portée subjective. Connaitre le droit n'est alors « plus un devoir mais un droit, tout simplement parce qu'elle est la garantie de l'effectivité des prérogatives attribuées à chacun par le droit objectif »²¹⁴⁸.

Cet objectif, dont l'autonomie est consacrée par la décision du 27 juillet 2006²¹⁴⁹, est depuis lors régulièrement mobilisé à l'appui du défaut de conformité de la loi²¹⁵⁰.

En parallèle, le Conseil constitutionnel a reconnu l'existence du principe de clarté de la loi fondé sur l'article 34 de la Constitution de 1958²¹⁵¹. Anne-Laure Valembois souligne que la clarté s'apprécie de manière objective supposant un énoncé clair et précis des dispositions de la loi tandis que l'intelligibilité vise de manière subjective le destinataire de la loi. L'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité suppose, afin de garantir l'effectivité de l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de même que « la garantie des droits » requise par l'article 16, que les citoyens disposent « d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables »²¹⁵².

Le Conseil constitutionnel a par la suite abandonné la référence au principe de clarté pour ne retenir que l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Cet

²¹⁴⁸ N. MOLFESSIS, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RDT civ.*, 2000, p. 186.

²¹⁴⁹ « Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi. », Cons. Const., 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, JO n° 178 du 3 août 2006, p. 11541, cons. 8 ; D. 2006. 2157, chron. C. Castets-Renard ; *ibid.* 2878, chron. X. Magnon ; *ibid.* 2007. 1166, obs. L. Gay ; *RDT civ.* 2006. 791, obs. T. Revet ; *ibid.* 2007. 80, obs. R. Encinas de Munagorri.

²¹⁵⁰ Décisions 16 juillet 2009, n° 2009-584 DC, cons 29 et 31 ; 28 décembre 2011, n° 2011-644 DC, cons. 16 et n° 2011-645 DC, cons. 7 ; 28 juillet 2011, n° 2011-639 DC, cons.9 et 10 ; 29 décembre 2012, n° 2012-662 DC, cons. 82 à 84 ; 9 octobre 2013, n° 2013-675 DC, cons. 65 à 67 ; 29 décembre 2014, n° 2014-708 DC, cons. 41 ; 8 décembre 2016, n° 2016-741 DC, cons. 6 à 8 et 144 à 146 ; 21 juin 2018, n° 2018-766 DC, cons. 2, 6 à 8.

²¹⁵¹ « La décision n° 98-401 DC [du 10 juin 1998] constitue toutefois la première consécration évidente de cette exigence, car le Conseil constitutionnel considère en l'espèce que le législateur a défini les mesures critiquées de façon suffisamment claire et précise pour satisfaire aux exigences découlant de l'article 34 de la Constitution. La doctrine unanime y a vu une consécration *a contrario* de l'exigence de clarté et de précision de la loi, fondée sur l'article 34 de la Constitution. Confirmée et précisée dans deux décisions datant de 1999 et de 2000 [décisions n° 99-423 DC du 13 janvier 2000 et n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000], la clarté de la loi est ensuite qualifiée explicitement de principe constitutionnel "qui découle de l'article 34 de la Constitution" dans la décision n° 2001-455 DC [du 12 janvier 2002] », A.-L. VALEMBOIS, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *Cah. Cons. const.*, n° 17, mars 2005.

²¹⁵² Cons. const., 16 décembre 1999, arrêt précité, cons. 13.

objectif conjugué au plein exercice de la compétence du législateur qu'il détient de l'article 34 de la Constitution « lui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques »²¹⁵³.

La connaissance suffisante des normes applicables peut se comprendre comme un objectif de lisibilité des dispositions. Dans cette acception, sont lisibles les textes qui se comprennent facilement. Cette idée s'oppose à la complexité. Dans ce sens, le Conseil constitutionnel prohibe les règles présentant une complexité inutile²¹⁵⁴. Une loi claire participe à la sécurité juridique et à la confiance dans la norme. Alexandre Flückiger relève cependant le paradoxe contenu dans l'objectif d'intelligibilité pris dans ce sens, en faisant remarquer qu'à trop simplifier, « une loi ne permet en effet plus à son lecteur de prévoir son application à un cas concret »²¹⁵⁵. Simplification ou simplicité ne signifie pas simpliste. À ce titre, le Conseil constitutionnel admet que « pour autant, lorsqu'elle traite de matières complexes ou techniques, la loi ne peut éviter elle-même un certain degré de complexité ou de technicité ; ce qui est à proscrire, c'est la complexité inutile, spécialement lorsque les destinataires d'un texte sont des particuliers désarmés devant l'hermétisme que peut revêtir le droit positif »²¹⁵⁶. Une norme peut être complexe sans encourir le grief d'inintelligibilité²¹⁵⁷, tout est alors question de dosage entre précision et complexité²¹⁵⁸. La complexité de la norme est en fait le reflet de la complexité de la société ; dès lors « clarté n'est pas synonyme de simplicité »²¹⁵⁹

Le caractère intelligible de la loi permet aux destinataires de la norme d'accéder à son sens. L'accessibilité peut également avoir une autre dimension et concerner la diffusion du droit. Les usagers peuvent être découragés face un droit dont les dispositions sont éclatées. L'accessibilité

²¹⁵³ Cons. const., 27 juillet 2006, arrêt précité, cons. 9.

²¹⁵⁴ Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, JO n° 152 du 3 juillet 2003, p. 11205, cons. 5 ; *AJDA* 2003. 1404, note E. Fatôme ; *ibid.* 1391, note J.-E. Schoettl ; *ibid.* 2348, étude E. Fatôme et L. Richer.

²¹⁵⁵ A. FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cah. Cons.const.*, n° 21, janvier 2007.

²¹⁵⁶ « Commentaire de la décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 », *Cah. Cons.const.*, n° 12, mai 2002.

²¹⁵⁷ « En l'espèce, la loi déferée accroît la complexité de la législation relative à la protection des données personnelles. Mais elle le fait en vue d'adapter cette législation (adoptée voici plus d'un quart de siècle) à l'évolution des données techniques, des pratiques professionnelles et des comportements individuels. La loi tire en outre les conséquences du droit communautaire. Elle transpose en effet, d'ailleurs tardivement, la directive 95/46CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. La complexité accrue résultant de cette double nécessité d'adaptation n'est donc nullement gratuite. », « Commentaire de la décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 », *Cah. Cons. Const.*, n° 17, mars 2005.

²¹⁵⁸ En ce sens : A. FLÜCKIGER, article précité.

²¹⁵⁹ P. DEUMIER, « La qualité de la loi », *RDT civ.*, 2005, p. 93.

renvoie alors au regroupement des textes au sein d'un même recueil. En ce sens, l'inscription dans le Code du travail les dispositions propres à la protection des données à caractère personnel du salarié répondrait à cet objectif et participe à la sécurité juridique.

Au-delà du contrôle formel de la loi, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle matériel.

2 – La dimension matérielle du contrôle constitutionnel

888. En matière sociale, la compétence du législateur est déterminée à l'article 34 de la Constitution de 1958. « La loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ». Le domaine de la loi ainsi défini pose une limite à son champ d'application : ce qui ne relève pas des principes fondamentaux appartient au domaine du pouvoir exécutif. Il pose également une exigence : ce qui relève de loi ne peut être délégué à d'autres organes.

889. Le Conseil constitutionnel exerce son contrôle à l'intérieur de cette double borne. Il a ainsi précisé d'une part, que « l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical »²¹⁶⁰ puis, relève d'autre part, au double fondement de l'alinéa 8 de la Constitution de 1946 et de l'article 34 de la Constitution de 1958, qu'« il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte »²¹⁶¹.

890. L'expression « principes fondamentaux » servant à délimiter le domaine de la loi n'est pas univoque. En l'absence de précision, le législateur est libre de prendre des dispositions dont le niveau de détails peut être assez élevé²¹⁶².

La protection de la vie du salarié par les droits fondamentaux relève-t-elle de la compétence du législateur ? Cette interrogation renvoie à une autre interrogation plus large, celle du domaine de compétence de la loi en matière de droit du travail. Quelle part relève de la

²¹⁶⁰ Cons. const., 25 juillet 1989, arrêt précité, cons. 10.

²¹⁶¹ *Ibid.*, cons. 11.

²¹⁶² G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 59.

compétence du législateur *stricto sensu*, quelle part peut être déléguée à la négociation collective ? La Constitution fixe le domaine de la loi en vertu de son article 34. Pour que la loi déférée devant le Conseil constitutionnel ne soit pas frappée d'incompétence négative, le législateur ne peut confier à une autre autorité l'exercice de sa compétence²¹⁶³. Pour tenter de répondre à ces interrogations, il est possible de procéder par analogie aux principes sociaux issus du Préambule de la Constitution de 1946.

Concernant l'identification des principes sociaux déduits du Préambule de 1946, Laurence Gay identifie deux catégories²¹⁶⁴. Elle range dans la première catégorie les « droits à une prestation matérielle », et dans la seconde catégorie, les « droits à la mise en œuvre d'une norme constitutionnelle ». De cette distinction, il est possible de déterminer l'objet des obligations pesant sur la puissance publique. Il en découle des modalités de concrétisation distinctes. Dans le droit à prestation matérielle, la prestation fonde l'obligation positive du législateur, ce qui l'amène à adopter des dispositions fixant un objectif social sans que celui-ci ne soit assorti de prérogative individuelle. Concernant la seconde catégorie, celle des droits « à mise en œuvre d'une norme constitutionnelle », l'obligation positive porte sur *la mise en œuvre* ; ce qui impose au législateur de déterminer « les modalités selon lesquelles l'individu peut prétendre à l'obtention de prestations concrètes, matérielles dont la charge pèse en dernier ressort sur la puissance publique »²¹⁶⁵.

L'étendue du contrôle de la loi est déterminée par ce qui précède. Concernant le droit à prestation matérielle, le Conseil constitutionnel n'exerce pas de contrôle sur le contenu de la prestation ni sur le choix de la mise en œuvre, il s'assure que les modalités de mises en œuvre

²¹⁶³ L'incompétence négative apparaît pour la première fois dans la décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, cons. 3, « un règlement d'administration publique ne peut fixer les conditions d'affectation desdits magistrats sans que la loi organique ait déterminé les garanties de nature à concilier les conséquences découlant du caractère temporaire des fonctions de conseiller référendaire à la Cour de cassation avec le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège » ; la décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, cons. 6, marque l'apparition du fondement de l'article 34 de la Constitution de 1958, « l'article 34 de la Constitution qui réserve à la loi le soin de fixer les règles concernant la procédure pénale, s'oppose à ce que le législateur, s'agissant d'une matière aussi fondamentale que celle des droits et libertés des citoyens, confie à une autre autorité l'exercice, dans les conditions ci-dessus rappelées, des attributions définies par les dispositions en cause de l'article 6 de la loi déférée au Conseil constitutionnel ».

²¹⁶⁴ « Laurence Gay a bien montré dans sa thèse, que la notion de droits créances, conçus comme des droits non directement applicables, n'était pas une catégorie homogène. Le critère d'*interpositio legislatoris* recouvre, en réalité, des obligations de nature très différentes en fonction de la nature exacte de l'obligation qui pèse sur le législateur et de la possibilité pour l'individu de se prévaloir ou non d'un droit une fois le principe mis en œuvre. L'auteur distingue ainsi très clairement deux catégories de principes. », O. DUTHEILLET de LAMOTHE, « Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale », *Nouv. cah. Cons. const.*, n° 45, octobre 2014.

²¹⁶⁵ V., L. GAY, « La notion de "droits-créances" à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Cah. Cons. const.*, n° 16, juin 2004.

n'aboutissent pas à priver de garanties légales les exigences à caractère constitutionnel. Le législateur a bien exercé sa compétence mais il est resté en-deçà. Pour ce qui est du droit à la mise en œuvre d'une norme constitutionnelle, le Conseil constitutionnel vérifie la cohérence des modalités retenues, il contrôle que le législateur n'a pas méconnu sa compétence en s'en remettant à une tierce autorité pour régler la question.

Les droits à la santé, au travail décent, à la protection des données appartiennent à la catégorie des droits « à mise en œuvre ». Il s'agit d'obtenir de la part du législateur la mise en œuvre d'une politique.

891. Ces règles de contrôle de la loi, qui participent à la délimitation de son domaine, n'empêchent pas le législateur de procéder à la technique des renvois, soit par un renvoi de la loi à un règlement d'application, soit par un renvoi de la loi à une norme conventionnelle. L'obligation de négocier portant sur la qualité de vie au travail illustre cette hypothèse.

Les renvois n'obéissent pas à des règles spécifiques mais ils doivent respecter les règles de compétences constitutionnelles pour éviter que la loi ne soit frappée d'incompétence négative pour être restée en deçà de sa compétence ou pour avoir délégué sa compétence à une autorité tierce. Le Conseil constitutionnel considère que le législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, peut laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte. En d'autres termes, la jurisprudence constitutionnelle distingue d'une part, les conditions et garanties de mise en œuvre des principes relevant du législateur, et d'autre part, les modalités concrètes de mise en œuvre renvoyées à la négociation collective. L'affirmation des principes fondamentaux reste incantatoire, si elle n'est pas assortie de garantie. Or, ces garanties relèvent de l'article 34 de la Constitution ; seules les modalités concrètes entrent dans le champ de la négociation.

Les règles de partage de compétence posées par le Conseil constitutionnel dirigent le contrôle qu'il exerce sur la loi. Ainsi, dans le commentaire de la décision n° 2016-579 QPC du 5 octobre 2016, le Conseil constitutionnel précise que « le contrôle auquel le Conseil constitutionnel soumet les renvois du législateur aux accords collectifs est d'autant plus précis

que le renvoi en cause permet de déroger à une disposition législative d'ordre public absolu »²¹⁶⁶.

Malgré la promotion des normes conventionnelles, dont les dispositions sont souvent présentées comme la réponse aux besoins des entreprises, écarter la loi pour renvoyer systématiquement à la négociation présente des risques.

B – Les dérives du tout conventionnel

892. Alors qu'en matière sociale, l'ordre public est principalement relatif (1), seule l'institution d'une part d'hétéronomie non négociable est une garantie pour le salarié saisi en tant que personne au travail (2).

1 – L'ordre public social relatif

893. Alors que la négociation collective poursuit un objectif de flexibilité, la notion d'ordre public joue-t-elle un rôle modérateur dans les relations entre le droit imposé et le droit négocié ? Dans son étude relative à l'ordre public, la Cour de cassation définit l'ordre public, dans une première acception, comme étant « l'expression de l'impérativité d'une règle de droit à laquelle on ne peut déroger »²¹⁶⁷. Le caractère indérogeable d'une norme juridique renvoie donc à la notion d'ordre public. Or en droit du travail, les règles impératives admettent des dérogations à condition qu'elles soient plus favorables aux salariés. « Nécessairement lié à un "principe de faveur" »²¹⁶⁸, le droit du travail se caractérise plutôt par un ordre public de protection. Toutefois « l'accumulation de disposition réputées de "protection" aboutit, au fil du temps, à dessiner une véritable conception globale de la société du travail et donc un ordre de direction ». Il en résulte un ordre public composite dont la « spécificité [...] est un constat que tous les auteurs ont partagé au fil du temps »²¹⁶⁹. Il est formé d'une majeure partie des règles appartenant à un ordre

²¹⁶⁶ Cons. const. 5 octobre 2016, n° 2016-579 QPC, *Caisse des dépôts et consignations*, JO n° 232 du 5 octobre 2016, texte n° 125, commentaire de la décision, [en ligne], p. 12, [consulté le 26 juin 2019].

²¹⁶⁷ COUR DE CASSATION, *L'ordre public*, Rapport annuel 2013, La Documentation française, 2014, p. 91.

²¹⁶⁸ J.-J. LEMOULAND, G. PIETTE, « Ordre public et bonnes mœurs » *Rep. civ.*, Dalloz, n° 90.

²¹⁶⁹ G. LOISEAU, L. PÉCAUT-RIVOLIER, G. PIGNARRE, « L'ordre public a-t-il un avenir ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 886.

public relatif ; tandis que d'autres, plus rares, relèvent d'un ordre public absolu, auxquels s'ajoute un ordre public conventionnel émergeant de la loi du 8 août 2016²¹⁷⁰.

894. En matière d'ordre public absolu, l'article L.2251-1 du Code du travail sert de guide. Il dispose qu'une convention ou un accord « ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ». Cet article s'interprète à la lumière de l'avis du Conseil d'État rendu le 22 mars 1973, qui affirme qu'« une convention collective ne saurait légalement déroger ni aux dispositions, qui, par leurs termes mêmes, présentent un caractère impératif, ni aux principes fondamentaux énoncés dans la Constitution ou aux règles du droit interne ou, le cas échéant, international, lorsque ces principes ou règles débordent le domaine du droit du travail ou intéressent des avantages ou garanties échappant par leur nature aux rapports conventionnels »²¹⁷¹. Il s'agit, d'une part, de principes ou règles qui tout en intéressant le droit du travail *débordent* de son domaine et, d'autre part, d'avantages ou garanties qui du fait de *leur nature* échappent à la négociation. Ainsi précisé, le domaine d'application de cet ordre public absolu n'en est pas plus simple à saisir.

La Cour de cassation dans le rapport annuel de 2013 précise que les règles relatives à la protection de la santé et de la sécurité du travailleur fondées sur l'article 11 du Préambule de la Constitution de 1946 et sur la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989, ont donné lieu à la transcription en droit interne d'un certain nombre de règles édictées par le législateur « limitant le pouvoir de direction [de l'employeur] et encadrant la liberté contractuelle des parties au contrat de travail, de sorte que, posées dans l'intérêt général de la sécurité et de la santé au travail, les juges qualifient ces règles d'ordre public »²¹⁷². Certaines normes apparaissent donc « plus fondamentales, plus incontournables que d'autres »²¹⁷³. La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler dans un arrêt en date du 23 septembre 2020²¹⁷⁴. En l'espèce, un accord de branche conclu dans le secteur du transport sanitaire prévoyait notamment que lorsque l'entretien de la tenue professionnelle des personnels ambulanciers n'était pas assuré directement par l'employeur, celui-ci devait allouer une indemnité compensatrice. Le syndicat à l'origine de la saisine de la juridiction faisait valoir que le transfert

²¹⁷⁰ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 précitée.

²¹⁷¹ P.-Y. VERKINDT, « À propos de la notion d'«ordre social conventionnel» », *Sem. Soc. Lamy*, n° 1751, 9 janvier 2017.

²¹⁷² Cour de cassation, Rapport précité, p. 308.

²¹⁷³ G. LOISEAU, L. PÉCAUT-RIVOLIER, G. PIGNARRE, article précité.

²¹⁷⁴ Cass. soc., 23 septembre 2020, n° 18-23.474, P, *RDT* 2020. 684, note M. Miné.

de la charge d'entretien comportait un risque de contamination d'agents biologiques pathogènes, et était contraire à l'obligation de sécurité de l'employeur. La Cour de cassation suit cet argumentaire. Elle rappelle l'article L.2251-1 du Code du travail et conclut que cette disposition conventionnelle est contraire à l'obligation faite à l'employeur de prendre les mesures de prévention nécessaires pour supprimer ou réduire les risques professionnels résultant de l'exposition aux agents biologiques. Pour la Cour, la mise en œuvre concrètes des mesures de prévention implique pour l'employeur d'assurer lui-même l'entretien et le nettoyage des tenues professionnelles. Ainsi, en matière de santé et sécurité, un accord collectif ne peut réduire les obligations qui pèsent sur l'employeur en la matière.

895. Au-delà de cet ordre public absolu, figure l'ordre public social prenant appui sur la première partie de l'article L.2251-1 du Code du travail en vertu de laquelle « une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur ». Ainsi, le législateur édicte des règles fixant des garanties minimales qu'il est possible d'améliorer par la négociation individuelle ou collective. Cette faculté a été qualifiée par le Conseil constitutionnel de « principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution »²¹⁷⁵. Dès lors « il appartient au législateur d'en déterminer le contenu et la portée »²¹⁷⁶. Le principe de faveur n'a donc pas valeur constitutionnelle.

896. L'ordre public conventionnel au sens de la loi du 8 août 2016 renforce le particularisme de la notion en droit du travail. Il constitue la base d'une construction juridique fondée sur une répartition tripartite : l'ordre public, le champ de la négociation et des dispositions légales supplétives. Cette tripartition suit les recommandations du rapport Combrexelle visant à refonder l'architecture du Code du travail²¹⁷⁷. Selon le rapport, un premier versant concerne les principes fondamentaux du droit du travail qui relèvent de l'article 34 de la Constitution ainsi que les normes de transposition du droit communautaire formant un ensemble de règles présentant un caractère impératif relevant donc de l'ordre public. Un second versant expose les champs ouverts à la négociation tandis qu'un dernier versant exprime les dispositions supplétives.

²¹⁷⁵ Cons. const., 29 avril 2004, DC n° 2004-494, arrêt précité, cons. 9.

²¹⁷⁶ *Ibid.*

²¹⁷⁷ J.-D. COMBREXELLE, rapport précité, p. 79.

À l'examen du Code du travail, cette distinction proposée se trouve effectivement à l'œuvre. Toutefois la section dénommée *ordre public* contient des dispositions relatives à la négociation obligatoire. Le caractère impératif porte sur l'obligation de négocier. Les règles supplétives ne visent à s'appliquer qu'en cas de défaillance du niveau conventionnel. Exprimé de la sorte, cet ordre public n'est pas composé d'un corpus de normes impératives, il fixe un cadre commun de référence portant sur le principe de négociation. Tel qu'il est mis en place, il « se distancie de l'ordre public classique qui exprime des principes et/ou des valeurs considérés comme essentiels »²¹⁷⁸.

Alors que l'ordre public classique imposé et identique pour tous renvoie à l'idée de soumettre l'ensemble des individus à une unicité de règles, l'ordre public social en droit du travail admet la dérogation en un sens plus favorable. Par ce caractère relatif, il confirme la place centrale de la négociation collective renforcée par l'émergence de l'ordre public conventionnel.

Il reste cependant une part d'hétéronomie qui échappe au droit négocié.

2 - La part non négociable d'hétéronomie

897. La construction du droit du travail traduit cette volonté de sortir les rapports individuels employeurs/salariés pour les transposer sur un plan collectif. Toutefois, la négociation collective demeure la marque de l'autonomie ; elle met en avant le salarié comme sujet de droit, producteur et destinataire de la norme de droit qui lui est applicable²¹⁷⁹. *In fine*, l'autonomie a pénétré la relation de travail tant au niveau individuel, qu'au niveau collectif.

Au plan individuel, la promotion de l'individu et les pratiques d'individualisation s'exercent à tous les niveaux de la relation de travail. Dès l'embauche, les clauses du contrat de travail offrent un premier niveau de prise en compte des singularités du salarié. Durant l'exécution du contrat de travail, l'évaluation individuelle, la formation professionnelle, l'aménagement du temps de travail, le télétravail, le compte épargne-temps, sont autant de pratiques d'individualisation qui favorisent l'autonomie et la responsabilisation du salarié.

La promotion de la négociation collective et tout particulièrement les accords d'entreprise participent à l'extension de ce mouvement. L'individualisation n'a plus lieu à l'échelle du

²¹⁷⁸ G. LOISEAU, L. PÉCAUT-RIVOLIER, G. PIGNARRE, article précité.

²¹⁷⁹ En ce sens ; P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail, Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, op. cit., pp. 29-30.

contrat de travail ; elle se situe à l'échelle de l'entreprise et prend la forme d'autorégulation. L'autonomie de la volonté au niveau individuel ou conventionnel participe à la même dynamique qui vise à s'extraire de la tutelle étatique.

898. Or, dans la conception occidentale, l'individu (unique et semblable) ; le sujet (souverain et assujetti) ; la personne (chair et esprit) sont les trois piliers de l'être humain²¹⁸⁰. Au sens juridique du terme, *la personne* est la condition nécessaire à l'existence du sujet de droit. Le sujet est autonome mais cette autonomie a pour limite l'indisponibilité de la personne dont l'État est l'ultime garant. Échappe alors à la négociation l'intégrité physique du travailleur²¹⁸¹.

Admettre que tout est négociable dans les relations employeur/salarié reviendrait à admettre que même la personne peut être objet de convention. C'est justement ce que le droit du travail a permis d'éviter en « [retirant] le travailleur à sa condition d'objet du contrat pour lui restituer les attributs du sujet »²¹⁸².

²¹⁸⁰ A. SUPIOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit, op. cit.*, p. 67.

²¹⁸¹ « L'analyse selon laquelle le corps humain est l'objet ultime du contrat de travail a été vivement combattue en doctrine. Mais cette analyse, dont je ne reprendrai pas ici l'argumentation, a l'avantage de désigner, au cœur même du contrat de travail, la part du non-négociable : le corps humain en tant que valeur commune de l'Humanité, et qui doit échapper, pour cette raison, à l'autonomie des parties. », A. SUPIOT, « Le droit dévoré par la convention », in Ph. GÉRARD, F. OST, M. VAN de KERCHOVE (dir.), *op. cit.*, p. 486.

²¹⁸² *Ibid.*, p. 487.

Conclusion de la Section 2

899. Qualifiée de « loi d'essence contractuelle »²¹⁸³, fondée sur la liberté contractuelle tirée de l'article 4 de la Déclaration de 1789 et sur l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, la convention a une place centrale dans l'ordre juridique travailliste. Pour Alain Supiot, ce phénomène de contractualisation de la loi qui est à l'œuvre ne « consiste [...] nullement en un reflux de la loi ni en un recul du dirigisme face au laissez-faire ». De son point de vue, « il signifie l'apparition de nouvelles techniques juridiques dépassant l'opposition convention/loi pour laisser place à un modèle où la loi est saisie en amont et en aval par la convention et où la convention se mue en instrument d'asservissement de la volonté des parties à des impératifs qui les dépassent »²¹⁸⁴. Autrement dit, la convention ne serait pas la chose des parties, mais elle serait le reflet d'influences qui lui échappent.

Quelles qu'en soient les significations, ce phénomène caractérise le recul de l'hétéronomie au profit de l'autonomie. À ce titre, Alain Supiot met en garde contre les impasses de la contractualisation qu'il nomme « la loi pour soi »²¹⁸⁵ car au risque de nier la dimension anthropologique du droit, la protection de la personne suppose des garanties non négociables.

²¹⁸³ B. TEYSSIÉ, « Loi et contrat collectif de travail : variations à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cah. Cons. const.*, n° 17, mars 2005.

²¹⁸⁴ A. SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.*, 2003, p. 59.

²¹⁸⁵ A. SUPIOT, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, L.G.D.J, 2007, pp. 19-44.

Conclusion du Chapitre 2

900. Dans la logique positiviste, le droit est un système fermé sur lui-même et organisé selon sur une structure hiérarchisée. Or, sous l'effet de mutations profondes de la société, le droit se transforme à son tour et « la construction pyramidale du droit autour du rôle central de l'État est remise en question »²¹⁸⁶. L'apparition du modèle de droit en réseau concurrent du modèle pyramidal opère un déplacement de la production normative vers des pouvoirs privés au premier rang desquels figurent les entreprises transnationales. En droit du travail, le glissement du monopole de la production étatique se réalise au profit de l'entreprise qui acquiert, par voie de conséquence, une souveraineté normative grandissante. Les pouvoirs normatifs de l'entreprise sont encore renforcés par l'essor de la négociation collective portée par la conviction que le droit négocié a plus de légitimité que le droit prescrit.

Les ordonnances de 2017 ont conforté la promotion de la négociation collective, laissant à la loi une fonction de plus en plus supplétive, et accru la primauté des accords d'entreprise. Cette tendance rompt « la fonction d'harmonisation des conditions sociales de la concurrence [ayant] au contraire pour effet de permettre une diversification du statut conventionnel des salariés appartenant à une même branche d'activité »²¹⁸⁷ et porte en germes des risques de compétition normative au sein des branches professionnelles.

901. Toutefois, malgré ces remises en cause, l'État régulateur reste « garant de la cohésion sociale »²¹⁸⁸. À ce titre, la loi demeure centrale dans la protection des personnes. Le noyau dur normatif sur lequel s'appuyer pour construire un droit instituant la personne au travail ne peut pas se placer au niveau infra-légal.

²¹⁸⁶ M.-A. MOREAU, *op. cit.*, p. 4.

²¹⁸⁷ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 1597.

²¹⁸⁸ M.-A. MOREAU, *op. cit.*, p. 84.

Conclusion du Titre 2

902. Promouvoir la voie collective dans la défense des intérêts de la personne au travail suppose des collectifs de travail forts et une représentation du personnel favorisant un dialogue social équilibré.

903. Le collectif de travail produit, certes, des solidarités qui favorisent la protection de l'individu. Ce faisant, il conserve toute sa valeur malgré l'individualisation qui porte en germes « le risque d'une réduction de la protection de l'individu par le groupe »²¹⁸⁹. Toutefois, ces liens intrinsèques à la notion de collectif de travail se sont nouées grâce à l'unité spacio-temporelle du travail. Or, la rupture de temps et de lieu introduite par les TIC entrave la formation du sentiment identitaire qui préside à leur construction sans que la mise à disposition d'outils collaboratifs, ou de réseaux sociaux d'entreprise n'en soit pas la panacée.

904. Les relations collectives, quant à elles, remplissent une fonction écran en déplaçant les relations du travail d'un plan individuel à un plan collectif. Remplir ce rôle consistant à prendre une part active dans la défense des intérêts du salarié suppose une représentation syndicale forte et une représentation électorale dont les attributions lui permettent de participer pleinement aux décisions de l'entreprise. L'analyse de la réforme des institutions représentatives montre des carences qui entravent l'exercice effectif d'un droit à la participation.

À côté de ce premier volet collectif, un second volet prospère en direction de la promotion de la négociation collective. La production normative négociée postule que la norme négociée correspond mieux aux besoins des destinataires. Or, alors même qu'un consensus existe autour des progrès de l'individualisation et du reflux du collectif, quelle peut, alors, être la qualité de la norme, ainsi négociée ? Dans de telles conditions, une telle norme peut-elle contribuer au dialogue social et participer à l'équilibre des pouvoirs ? La protection de la personne au travail par la voie des droits fondamentaux relève de la compétence du législateur. Tout autre choix normatif offre une garantie d'harmonisation et d'effectivité moindre.

²¹⁸⁹ A. SUPIOT, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. Soc.*, 1990, p. 485.

Conclusion de la Partie 2

905. Consolider le socle des droits fondamentaux du salarié a vocation à renforcer le degré d'effectivité de la protection du salarié afin de répondre aux enjeux posés par la montée des TIC dans l'entreprise.

906. Au sens axiologique, la prééminence des droits fondamentaux trouve sa source dans le principe de dignité. Toutefois, cet ancrage symbolique est d'une part, controversé par un certain nombre d'auteurs qui y voit une entrave à la liberté individuelle et, d'autre part, mis en concurrence par l'importance donnée à la technique. La reconnaissance formelle des droits fondamentaux par les instruments internationaux, régionaux et nationaux entérine la prévalence des droits fondamentaux dans l'ordre juridique. Toutefois, cette prévalence apparaît de force variable tant au plan de la justiciabilité des droits qu'au plan des mécanismes de contrôle.

Cependant, faire saillir les faiblesses des droits fondamentaux n'en amoindrit pas leur intérêt pour servir de rempart face aux TIC. Dans les relations entre employeur et salarié, « le rapport de travail n'est pas seulement un contrat. Il est aussi un rapport de pouvoir »²¹⁹⁰ justifiant la place faite aux droits fondamentaux. Ainsi, Pierre-Yves Verkindt partageant les propos Pascal Lokiec assure qu'« avec l'essor des droits fondamentaux, le droit applicable aux rapports de travail subordonné glisse de la protection de la partie faible vers le respect de la personne »²¹⁹¹ ».

907. La centralité des droits fondamentaux pour promouvoir la personne au travail appelle une approche systémique appréhendant la technique et le travail dans toutes ses dimensions. Prendre appui sur les principes de l'OIT pour mettre en exergue la notion de travail décent ; utiliser les marges des manœuvres laissées aux États par le RGDP pour prendre en compte les spécificités du travail ; prendre appui sur la Directive 89/391/CE du 12 juin 1989 pour étendre le domaine de la prévention à tous les aspects du travail permet une approche globale de la personne au travail.

²¹⁹⁰ P. LOKIEC, *op. cit.*, p. 45.

²¹⁹¹ P. LOKIEC, *Droit du travail*, T1, PUF, 2011, n° 56, p. 59-60, cité par P.-Y. VERKINDT, « L'appel aux droits fondamentaux en matière sociale », article précité.

908. La construction d'un tel cadre normatif vise à restaurer l'équilibre des pouvoirs déstabilisé par l'usage des TIC au travail. Le droit du travail, « droit du pouvoir »²¹⁹² dont l'objet est le travail subordonné est par nature inégalitaire. Le rapport de force qui en résulte est encadré par le Code du travail pour devenir un rapport de droit donnant lieu à l'émergence d'un pouvoir juridique. Les rapports collectifs qui s'expriment dans le Code du travail participent de cette volonté de transformer les rapports de force en rapports de droit.

909. La tendance qui vise à favoriser la voie collective pour défendre les intérêts des salariés participe également de cette même volonté. Elle appelle toutefois deux remarques. D'une part, l'analyse des attributions montre des carences et des imprécisions dans la prise en compte des TIC en matière de consultations des représentants du personnel. En l'absence d'harmonisation, la dimension technologique du travail ne peut être appréhendée dans sa globalité par les institutions représentatives. D'autre part, face au droit prescrit, le dialogue social est présenté comme l'outil « roi » de régulation des rapports sociaux. Pour autant, la protection de la personne au travail face aux transformations technologiques du travail et des organisations porte des enjeux tels en termes de justice sociale qu'ils justifient la mise en œuvre d'un encadrement juridique dont le mode d'élaboration et le contenu ne soient pas laissés à l'autorégulation ni dominés par les enjeux économiques.

²¹⁹² G. AUZÉRO, D. BAUGARD, E. DOCKÈ, *op. cit.*, p. 5.

Conclusion générale

910. La consécration du droit au respect de la vie privée au temps et au lieu de l'entreprise par la Cour de cassation a vingt ans. Cette consécration a constitué le point de départ de la protection du salarié face à l'émergence des TIC dans l'entreprise. Vingt plus tard, la massification du recours aux TIC jette le doute sur l'effectivité de cette protection.

911. Le développement des outils numériques est à la source de nouveaux usages en matière de communication et de circulation de l'information dont les effets se répercutent sur les relations interpersonnelles. Certes, les mutations à l'œuvre ne sont pas circonscrites au travail, mais elles prennent une acuité particulière lorsqu'elles concernent les relations employeur/salarié. Sous l'effet des TIC, la délimitation des temps et des lieux sur laquelle est construite la protection de la vie du salarié s'efface, laissant apparaître une porosité de la frontière entre les vies privée et professionnelle.

Alors même que toute vie s'inscrit dans un temps et un espace donnés, les TIC abolissent ces deux dimensions. Dès lors, la vie forme un ensemble où les dimensions personnelle, familiale, professionnelle, sociale sont imbriquées. Pour autant, le droit continue à protéger le salarié par tranche de vie. Partant, l'imbrication des temps et des espaces de vie amène à remettre en cause ces découpages et incite à penser la protection du salarié comme un tout indissociable.

Mobiliser les principes de l'OIT qui placent le travail décent au centre de la protection des travailleurs offre la possibilité de penser la personne au travail dans une approche globale.

Si l'emprise des TIC se vérifie sur la vie ; elle se vérifie aussi sur le travail. Les mutations qui s'opèrent sur le travail et qui se répercutent sur la santé appellent, d'une part, à la reconnaissance des TIC comme facteur de risque et, d'autre part, à la refondation des principes de prévention prenant en compte la dimension technique du travail.

En outre, les progrès technologiques ont rendu possible la mise en données du monde. Les données à caractère personnel sont au cœur d'importants enjeux économiques. Leur agrégation permet de tracer l'identité numérique des personnes et leur exploitation via des algorithmes offre de multiples possibilités de profilage. Structuré à partir des obligations du responsable du traitement des données et des droits de la personne faisant l'objet de la collecte, le cadre juridique applicable met en avant le droit d'autodétermination informationnelle. Afin d'en

garantir l'effectivité, ce principe requiert l'élaboration d'un cadre juridique adapté au contexte du travail.

912. La construction d'un socle de droits fondamentaux autour de la personne au travail à partir du travail décent, des principes de prévention renforcés et de la protection des données adaptée aux exigences du travail, participent à l'élévation de la protection de la personne au travail à un niveau adéquat prenant en compte les mutations affectent le travail toutes ses dimensions.

Pour éviter de rester au stade déclaratoire, le renforcement de cette protection commande l'édiction d'un cadre juridique qui lui donne une force opératoire.

Se pose alors la question de la forme que peut prendre ce contenu. À ce sujet, le droit du travail s'incarne dans un modèle normatif où la négociation au niveau de l'entreprise tend à devenir la forme standard. Toutefois, si la voie collective a un rôle important à jouer pour participer à la protection des intérêts du salarié, la négociation collective n'est pas le niveau normatif adéquat pour donner un caractère opératoire fort. À l'inverse de la norme négociée, l'intervention normative du législateur offre une source d'unification. « Unifier, c'est nouer les diversités particulières, non les effacer pour un ordre vain »²¹⁹³ dit Saint-Exupéry. Dans cet ordre d'idée, l'intervention du législateur, loin de faire obstacle à l'individu, participe à créer les conditions de la cohésion sociale, terreau de la justice sociale.

Se fonder sur la justice sociale ne relève pas « de l'expression d'un idéalisme désuet »²¹⁹⁴. Toutefois, « si les principes sur lesquels ont été fondée alors la justice sociale n'ont rien perdu de leur valeur, les conditions de leur mise en œuvre ont profondément changé »²¹⁹⁵.

913. À ce titre, plusieurs difficultés ne peuvent être occultées. Même si le mythe du progrès très présent au 19^e siècle a été très fortement remis en cause après la seconde guerre mondiale²¹⁹⁶, le progrès technologique et la croissance économique sont encore très souvent mis en corrélation dans le discours. La crise sanitaire liée à la pandémie du Covid-19 ajoute une

²¹⁹³ A. de SAINT-EXPÉRY, *Citadelle*, Gallimard, 2000, p. 170.

²¹⁹⁴ A. SUPIOT, *Le travail n'est pas une marchandise. Contenu et sens du travail au XXI^e siècle*, op. cit., p. 16.

²¹⁹⁵ *Ibid.*

²¹⁹⁶ « Rosa Luxembourg a été la première à rompre, de façon radicale, avec toute téléologie déterministe, résumée par sa célèbre formule "socialisme ou barbarie". Dans le même sens, Freud souligne cette ambivalence en 1938, avant de quitter Vienne pour Londres : "Nous vivons un temps particulièrement curieux. Nous découvrons avec surprise que le progrès a conclu un pacte avec la barbarie". », P. MUSSO, « "Progrès technoscientifiques" et fin du récit du Progrès », *Raison présente*, 2015, vol. 194, n° 2, p. 16.

justification supplémentaire au recours à la technologie entravant toute réflexion critique sur son sens ou ses finalités²¹⁹⁷.

La situation sanitaire inédite que traverse l'ensemble de l'humanité offre un éclairage inattendu à ce travail de recherche. Il faut bien sûr conserver la démarche scientifique en ligne de mire, ce qui est peu aisé quand il s'agit d'actualité. Un premier constat est toutefois possible : cette crise met en lumière l'égalité de la condition humaine : en effet, tout individu quel qu'il soit est susceptible d'être infecté. Mais cette crise met aussi en exergue les inégalités : le niveau de protection est très fortement corrélé au niveau social et culturel. À ce premier constat s'ajoute l'incertitude quant aux conclusions qui seront tirées et aux orientations qui seront prises face à cet épisode sanitaire. Ouvrira-t-il la voie à plus de technologie, plus de surveillance ou plus de solidarité ? Ces directions sont amenées à avoir de fortes répercussions sur la personne au travail. L'enjeu est de taille, mais il faut bien garder à l'esprit que la voie choisie est le reflet de la société qu'on se donne, le droit n'en est que la traduction.

²¹⁹⁷ *Ibid.*

BIBLIOGRAPHIE

I – DICTIONNAIRES, ENCYCLOPÉDIES

DEBARD Th., GUINCHARD S.

- *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 27^e éd., 2019, 1139p.

PAUGAM S. (dir.)

- *Les 100 mots de la sociologie*, Presses universitaires de France, 2010, 128p.

TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE

Disponible sur : <https://www.cnrtl.fr>

ADAM P.

- « Harcèlement moral, contour juridique de la notion », *Rep. trav.*, Dalloz.

FERKANE Y.

- « Syndicats professionnels : prérogatives et action – Action en justice du syndicat », *Rep. trav.*, Dalloz.

LARDEUX G.

- « Preuve : règles de preuve », *Rep. civ.*, Dalloz.

LEMOULAND J.-J., PIETTE G.

- « Ordre public et bonnes mœurs », *Rep. civ.*, Dalloz.

LEPAGE A.

- « Droit de la personnalité », *Rep. civ.*, Dalloz.

NAZET ALLOUCHE D.

- « Droit sociaux », *Rep. eur.*, Dalloz.

MAILLARD-PINON S.

- « Contrat de travail : modification », *Rep. trav.*, Dalloz.

MOULY J., SAVATIER J.

- « Droit disciplinaire », *Rep. trav.*, Dalloz.

PIGNARRE G.

- « Contrat du travail : exécution », *Rep. trav.*, Dalloz.

SIGNORETTO F.

- « Comité social et économique : expertise », *Rep. trav.*, Dalloz.

II - OUVRAGES GÉNÉRAUX

- A -

ATIAS Ch.

- *Philosophie du droit*, Presses universitaires de France, 3^e éd., 2012, 432p.

AUBERT J.-L., SAVAUX E.

- *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 14^e éd., 2012, 460p.

AUZERO G., BAUGARD D., DOCKÈS E.

- *Droit du travail*, Dalloz, 33^e éd., 2020, 1893p.

- B -

BIGOT Ch.

- *Pratique du droit de la presse*, Dalloz, 3^e éd., 2020, 950p.

BONNET J., GAHDOUN P.-Y., ROUSSEAU D.

- *Droit du contentieux constitutionnel*, L.G.D.J, 12^e éd., 2020, 1040p.

BOURGEOIS M.

- *Le droit de la donnée, Principes théoriques et approche pratique*, LexisNexis, 2017, 544p.

BRAIBANT G.

- *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001, 330p.

- D -

DEMOGUE R.

- *Traité des obligations en général*, T. 6, Arthur Rousseau, [en ligne], 1931, [consulté le 5 février 2021], Disponible sur : <https://gallica.bnf.fr>

- F -

FABRE-MAGNAN M.

- *Introduction au droit*, Presses universitaires de France, 2018, 128p.

FAVENNEC-HÉRY F., VERKINDT P.-Y.

- *Droit du travail*, L.G.D.J, 6è éd., 2018, 708p.

FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R. et al,

- *Droit constitutionnel*, Dalloz, 17è éd, 2015, 1100p.

- *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 7è éd, 2015, 774p.

- H -

HAMON F., TROPER M.

- *Droit constitutionnel*, L.G.D.J, 40è éd., 2019, 904p.

- I -

ISRAEL J.-J.

- *Droit des libertés fondamentales*, L.G.D.J, 1998, 596p.

- L -

LABBÉE X.

- *Introduction générale au droit, critères et finalités de la norme juridique*, 6è éd., Presses universitaires du Spententrion, 6è ed., 2016, 364p.

LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D.,

- *Droit de la santé*, Presses universitaires de France, 2012, 768p.

LEVINET M.

- *Droits et libertés fondamentales*, Presses universitaires de France, 2010, 128p.

LYON-CAEN G.

- *Manuel du droit du travail et de la sécurité sociale*, L.G.D.J, 1955, 458p.

- M -

MATTATIA F.

- *RGPD et droit des données personnelles*, Eyrolles, 3è éd., 2018, 280p.

- O -

OBERDOFF H.

- *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, L.G.D.J, 7è éd. 2019, 732p.

- P -

PECES-BARBA MARTINEZ G.

- *Théorie générale des droits fondamentaux*, L.G.D.J, 2004, 502p.

- R -

REVET Th., ZENATI – CASTING F.

- *Manuel de droit des personnes*, Presses universitaires de France, 2006, 344p.

RIPERT G.

- *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J, [en ligne], 1955, [consulté le 19 mai 2020], Disponible sur : <https://gallica.bnf.fr>

RIVERO J., SAVATIER J.

- *Droit du travail*, Presses universitaires de France, 1956, 1987, 702p.

- S -

SÈVE R.

- *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, 2è éd. 2016, 560p.

SUDRE F., MILANO L., SURREL H.

- *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses universitaires de France, 14è éd., 2019, 1014p.

SUPIOT A.

- *Le droit du travail*, Presses universitaires de France, 2019, 128p.

- T -

TAMBOU O.

- *Manuel de droit européen de la protection des données à caractère personnel*, Bruylant, 2020, 460p.

III- OUVRAGES SPÉCIALISÉS, MONOGRAPHIES

- A -

ADAM P., Le FRIANT M., TARASEWICZ Y. (dir.)

- *Intelligence artificielle, Gestion algorithmique du personnel et droit du travail, Les travaux de l'AFDT*, Dalloz, 2020, 241p.

ARENDT H.

- *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, 1961, 1983, 404p.

AUBERT N.

- *Le culte de l'urgence, la société malade du temps*, Flammarion, 2010, 384p.

- B -

BENSOUSSAN A., BENSOUSSAN J.

- *Le droit des robots*, Larcier, 2015, 152p.

BERARD D., FELIO C., LEROUGE L.(dir.)

- *Les cadres face aux TIC, enjeux et risques psychosociaux au travail*, L'Harmattan, 2015, 292p.

BOLTANSKI L., CHIAPELLO E.

- *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, 1999, 2011, 980p.

BRONNER G.

- *Apocalypse cognitive*, Presses universitaires de France, 2020, 396p.

- C -

CARAYOL V., SOUDIALE N., FELIO C., BOUDOKHANE-LIMA F.

- *La laisse électronique, les cadres débordés par les TIC*, Maison des sciences de l'homme d'Aquitaine, 2006, 146p.

CASILLI A. A.

- *En attendant les robots, Enquête sur le travail du clic*, Seuil, 2019, 393p.

CASTEL R.

- *Les métamorphoses de la question sociale*, Folio, 1999, 2009, 813p.

CLASTRES P.

- *La société contre l'État, Recherche d'anthropologie politique*, Les Éditions de minuit, 1974, 2011, 186p.

COHEN-TANUGI L.

- *Le nouvel ordre économique*, O. Jacob, 1999, 240p.

COMPIÈGNE I.

- *La société numérique en question(s)*, Éditions Sciences Humaines, 2010, 160p.

CORNESSE I., RAYNARD J. (dir.)

- *La proportionnalité en droit du travail*, LexisNexis, 2001, 566p.

COULOMBEL A.

- *L'entreprise et le temps : figures d'hier et d'aujourd'hui*, L'Harmattan, 2001, 280p.

COUTROT Th.

- *Critique de l'organisation du travail*, La Découverte, 1999, 2002, 128p.

- D -

DARSES F., MONTMOLLIN de M.

- *L'ergonomie*, La Découverte, 2012, 128p.

DEJOURS Ch.

- *Le choix, Souffrir au travail n'est pas une fatalité*, Bayard, 2015, 238p.

DELMAS-MARTY M.

- *Le travail à l'heure de la mondialisation*, Bayard, 2013, 117p., [consulté le 21 février 2021], Disponible sur : <https://gallica.bnf.fr>

DIETRICH A., PIGEYRE F.

- *La gestion des ressources humaines*, La Découverte, 2016, 128p.

DROOGHENBROECK (VAN) S.

- *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, 785p.

DUDÉZERT A.

- *La transformation digitale des entreprises*, La Découverte, 2018, 128p.

DURKHEIM E.

- *De la division du travail social*, Presses universitaires de France, 2013, 420p.

- E -

ELIAS N.

- *La société des individus*, Fayard, 1997, 2004, 301p.

ELLUL J.

- *Le Système technicien*, Calmann-Lévy, 1977, Le cherche midi, 2012, 344p.

- F -

FAURE A., RANCIÈRE J.

- *La parole ouvrière 1830/1851 Textes rassemblés et présentés par A. Faure et J. Rancière*, Union générale d'édition, Paris, 1976, 447p.

FERGUSON A.

- *Essai sur l'histoire de la société civile*, ENS, 2013, 610p.

FOGEL J.-F., PATINO B.

- *La condition numérique*, Grasset, 2013, 240p.

FOUCAULT M.

- *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, 1993, 400p.

- G -

GAULEJAC (de) V.

- *Travail, les raisons de la colère*, Points, 2015, 427p.

GILBERT P., YALENIOS J.

- *L'évaluation de la performance individuelle*, La Découverte, 2017, 128p.

- H -

HARCOURT B. E.

- *La société d'exposition, Désir et désobéissance à l'ère numérique*, Seuil, 2020, 336p.

HEYER É., LOKIEC P., MÉDA D.

- *Une autre voie est possible*, Flammarion, 2018, 364p.

- K -

KAYSER P.

- *La protection de la vie privée par le droit, Protection du secret de la vie privée*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 3^e éd., 1984, 1995, 605p.

- J -

JARRIGE F.

- *Techno-critiques, Du refus des machines à la contestation des technosciences*, La Découverte, 2016, 420p.

- L -

LALLEMENT M.

- *Le travail sous tension*, Seuil, 2010, 152p.

LAMANTHE A.

- *Les métamorphoses du paternalisme : histoire, dynamiques et actualités*, [en ligne], CNRS Éditions, 2011, 408p, [consulté le 14 septembre 2020],

Disponible sur : <http://books.openedition.org/editionscnrs>

LAVIALLE Ch. (dir.)

- *Repenser le travail et ses régulations*, Presses universitaires François Rabelais, 2011, 400p.

LE GOFF J.

- *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail – des années 1830 à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, 4^e éd., 2020 683p.

LINHART D.

- *La comédie humaine du travail, De la déshumanisation taylorienne à la sur-humanisation managériale*, Érès, 2015, 160p.

LOKIEC P.

- *Il faut sauver le droit du travail !*, O. Jacob, 2015, 176p.

LOSURDO D.

- *Contre-histoire du libéralisme*, La découverte, 2013, 392p.

- M -

MATTELART A.

- *Histoire de la société de l'information*, La découverte, 5^e éd., 2018, 128p.

MÉDA D.

- *Le travail*, Presses universitaires de France, 2018, 128p.

MOREAU M.-A.

- *Normes sociales, droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations*, Dalloz, 2006, 480p.

MUSSO P.

- *La religion industrielle, Monastère, manufacture, usine, Une généalogie de l'entreprise*, Fayard, 2017, 800p.

- O -

OST F.

- *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruyland, 2016, 570p.

- P -

PANERAI Ph., CASTEX J., DEPAULE J.-Ch.

- *Formes urbaines, de l'îlot à la barre*, Ed. Parenthèses, Marseille, 2004, 192p.

PATINO B.

- *La civilisation du poisson rouge, Petit traité sur le marché de l'attention*, Grasset, 2019, 184p.

POLANYI K.

- *La grande transformation*, Gallimard, 1983, 467p.

- S -

SADIN E.

- *La vie algorithmique, Critique de la raison numérique*, L'échappée, 2015, 288p.

- *L'ère de l'individu tyran, La fin d'un monde commun*, Grasset, 2020, 352p.

SÉRIS J.-P.

- *La technique*, Presses universitaires de France, 2013, 432p.

SIMONDON G.

- *Du mode d'existence des objets techniques*, Aubier, 2012, 368p.

SMITH A.

- *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, [en ligne], [consulté le 4 mars 2021], Disponible sur : <http://classiques.uqac.ca>

SUPIOT A.

- *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Points, 2009, 334p.

- *L'esprit de Philadelphie, La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, 192p.

- *Critique du droit du travail*, Presses universitaires de France, 3^e éd., 1994, 2015, 336p.

- *La Gouvernance par les nombres, Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015, 512p.

- *Le travail n'est pas une marchandise. Contenu et sens du travail au XXI^e siècle*, Collège de France, 2019, 65p.

- *La force d'une idée*, Les liens qui libèrent, 2019, 112p.

- T -

TARRAGONI F.

- *Sociologies de l'individu*, La Découverte, 2018, 128p.

- W -

WAQUET Ph.

- *L'entreprise et libertés du salarié, du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, Ed. Liaisons, 2003, 206p.

WEBER M.

- *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Gallimard, 2003, 531p.

IV - OUVRAGES COLLECTIFS, ACTES DE COLLOQUES, CONTRIBUTIONS

- A -

ADAM P.

- « Intelligence artificielle, dignité et droit du travail », in ADAM P., Le FRIANT M., TARASEWICZ Y. (dir.), *Intelligence artificielle, Gestion algorithmique du personnel et droit du travail, Les travaux de l'AFDT*, Dalloz, 2020, pp. 91-103.

ALIX Ch.

- « Les algorithmes vont-ils tuer l'emploi ? », in *Intelligence artificielle, Enquête sur ces technologies qui changent nos vies*, Flammarion, 2018, pp. 65-76.

ATTALI B.

- « 100 ans de taylorisme : du taylorisme au *lean* management, perspective historique », in MARCO L., VATIN F. (dir.), *L'héritage de F.W. Taylor : cent ans de Management*, Université Paris 13, Paris Sorbonne [en ligne], 2015, p. 56 [consulté le 15 novembre 2017], Disponible sur : <https://ihpm.hypotheses.org>

- B -

BENYEKHLEF K.

- « Une réformation de l'État-nation : vers une souveraineté virtuelle ? », in BENYEKHLEF K., TRUDEL P. (dir.), *État de droit et virtualité*, Thémis, Montréal, 2009, pp. 123-154.

BÉRARD D.

- « L'irruption des TIC et l'éclatement de l'espace-temps du travail : travailler sans limite ? », in FELIO C., LEROUGE L. (dir.), *Les cadres face aux TIC, enjeux et risques psychosociaux au travail*, L'Harmattan, 2015, pp. 77-90.

BOBILLIER CHAUMON M.-E., SARNIN Ph., CUVILLIER B., VACHERAND-REVEL J.

- « L'activité médiatisée des cadres par les technologies : de nouvelles pratiques pour de nouvelles compétences ? », in FELIO C., LEROUGE L. (dir.), *Les cadres face aux TIC, enjeux et risques psychosociaux au travail*, L'Harmattan, 2015, pp. 49-73.

BOSSU B.

- « Gestion par algorithme du personnel et exigence de loyauté et de transparence », in ADAM P., Le FRIANT M., TARASEWICZ Y. (dir.), *Intelligence artificielle, Gestion algorithmique du personnel et droit du travail, Les travaux de l'AFDT*, Dalloz, 2020, pp. 115-129.

BOUDOKHANE-LIMA F.

- « La régulation de l'hyperconnexion des cadres : point de vue des DRH », in FELIO C., LEROUGE L. (dir.), *Les cadres face aux TIC, enjeux et risques psychosociaux au travail*, L'Harmattan, 2015, pp. 139-150.

- « Les Directeurs des Ressources Humaines face à l'hyperconnexion », in CARAYOL V., SOUBIALE N., FELIO C., BOUDOKHANE-LIMA F. (dir.), *La laisse électronique, Les cadres débordés par les TIC*, Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, 2016, pp.43-61.

BOURDIEU J., REYNAUD B.

- « Discipline d'atelier et externalités dans la réduction de la durée du travail au XIX^e siècle », in REYNAUD B. et FRIDENSON P. (dir.), *La France et le temps de travail 1814-2000*, O. Jacob, 2004, pp. 15-53.

BUGALA A.

- « Réflexions sur le contrôle judiciaire de proportionnalité en droit du travail », in AGRESTI J.-Ph. (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, pp. 133-146.

- C -

CARAYOL V.

- « Conclusion générale », in FELIO C., LEROUGE L. (dir.), *Les cadres face aux TIC, enjeux et risques psychosociaux au travail*, L'Harmattan, 2015, pp. 125-129.

CASAUX-LABRUNÉE L.

- « Le droit à la santé », in CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A., REVET Th. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2012, pp. 801-830.

CASILLI A.

- « Quatre thèses sur la surveillance numérique de masse et la négociation de la vie privée », in Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Étude annuelle, La Documentation française, 2014, pp. 423-434.

CHAMPEIL-DESPLATS V.

- « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in CHAMPEIL-DESPLATS V., LOCHAK D. (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris 10, 2008, pp. 11-26.

CHEVALLIER J.

« Souveraineté et Droit », in MAILLARD DESGRÉES du LOÛ D. (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, 2006, p. 203-219.

- D -

DEVILLERS L.

- « Les robots sociaux vont envahir notre quotidien », in *Intelligence artificielle, Enquête sur ces technologies qui changent nos vies*, Flammarion, 2018, pp. 127-133.

- F -

FARGE A.

- « Familles. L'honneur et le secret », in ARIÈS Ph., DUBY G. (dir.), *Histoire de la vie privée*, CHARTIER R. (dir.), *De la renaissance aux lumières*, T.3, Seuil, 1987, 2000, pp. 565-601.

FELIO C.

- « Perception des risques pour la santé et usages des TIC », in CARAYOL V., SOUDIALE N., FELIO C., BUDOKHANE-LIMA F. (dir.), *La laisse électronique, Les cadres débordés par les TIC*, Maison des sciences de l'homme d'Aquitaine, 2006, pp. 63-73.

- « Portrait du cadre hyperconnecté », in CARAYOL V., SOUDIALE N., FELIO C., BUDOKHANE-LIMA F. (dir.), *La laisse électronique, Les cadres débordés par les TIC*, Maison des sciences de l'homme d'Aquitaine, 2006, pp. 65-103.

FEGUSON Y.

- « Ce que l'intelligence artificielle fait de l'homme au travail, Visite sociologique d'une entreprise », in DUBET F. (dir.), *Les mutations du travail*, La Découverte, 2019, pp. 23-42.

FERRERAS I.

- « De la potentialité démocratique du travail à la démocratisation de l'entreprise », in MUSSO P., SUPIOT A. (dir.), *Qu'est-ce qu'un travail réellement humain ?*, Hermann, 2018, pp. 67-78.

FRESSOZ J.-B., JARRIGE F.

- « L’histoire et l’idéologie productiviste », in PESSIS C., TOPÇU S., BONNEUIL Ch., *Une autre histoire des « Trente Glorieuses »*, La Découverte, 2015, pp. 61-79.

FRIDENSON P.

- « La multiplicité des processus de réduction de la durée du travail de 1814 à 1932 : négociations, luttes, textes et pratiques », in FRIDENSON P., REYNAUD B. (dir.), *La France et le temps de travail (1814-2004)*, O. Jacob, 2004, p. 55-82.

- G -

GAHDOUN P.-Y.

- « La justice sociale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in BURGORGUE LARSEN L. (dir.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2013, pp.105-112.

GAY L.

- « Les droits sociaux constitutionnels en France : particularisme ou “normalisation” », in GAY L., MAZUYER E., NAZET-ALLOUCHE D. (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux*, Bruylant, 2006, pp. 75-115.

GRÜNDLER T.

- « Effectivité, efficacité, efficience. L’exemple du “droit à la santé” », in CHAMPEIL-DESPLATS V., LOCHAK D. (dir.), *À la recherche de l’effectivité des droits de l’homme*, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p. 31-40.

GUERRAND R.-H.

- « Espaces privés », in ARIES Ph., DUBY G. (dir.), *Histoire de la vie privée*, PERROT M. (dir.), *De la révolution à la grande guerre*, T.4, Seuil, 1987, pp. 325-411.

- H -

HOUILLON G.

- « Lobbying et qualité de la norme française », in BONIS E., MALABAT V. (dir.), *La qualité de la norme, L’élaboration de la norme*, Mare&Martin, 2016, pp. 19-45.

- J -

JUBÉ S.

- « Pour une image fidèle du travail dans la comptabilité financière », in MUSSO P., SUPIOT A. (dir.), *Qu’est-ce qu’un travail réellement humain ?*, Hermann, 2018, pp. 113-131.

- K -

KOTT S.

- « L’Organisation internationale du travail en tension : entre travail humain et productivisme », in MUSSO P., SUPIOT A. (dir.), *Qu’est-ce qu’un régime de travail réellement humain ?*, Hermann, 2018, pp. 399-413.

- L -

LAPOUSTERLE J.

- « jeux d’influence dans l’élaboration des normes de droit d’auteur », in BONIS E., MALABAT V. (dir.), *La qualité de la norme, L’élaboration de la norme*, Mare&Martin, 2016, pp. 63-80.

LEROUGE L.

- « Droit du travail, TIC et risques psychosociaux : état des lieux », in FELIO C., LEROUGE L. (dir.), *Les cadres face aux TIC, enjeux et risques psychosociaux au travail*, L’Harmattan, 2015, pp. 17-31.

- M -

MAZARS M.-F., EL BOUJEMAOU W.

- « Algorithmes, une utilisation à l'épreuve du droit de la protection des données personnelles », in ADAM P., Le FRIANT M., TARASEWICZ Y. (dir.), *Intelligence artificielle, Gestion algorithmique du personnel et droit du travail, Les travaux de l'AFDT*, Dalloz, 2020, pp. 163-185.

MÉDA D.

- « Une histoire de la catégorie de travail », in LAVIALLE Ch. (dir.), *Repenser le travail et ses régulations*, Presses universitaires François Rabelais, 2011, pp. 33-48.

- « Simone Weil et Hannah Arendt, deux philosophes du travail post-modernes », in MUSSO P., SUPIOT A. (dir.), *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?*, Hermann, 2018, pp. 27-39.

MENGER P.-M.

- « Travail instrumental et travail expressif. À quelles conditions le travail peut-il revêtir une valeur pleinement positive », in MUSSO P., SUPIOT A. (dir.), *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?*, Hermann, 2018, pp. 79-95.

METZGER J.-L.

- « Élaboration et mode d'usage d'une typologie des collectifs », in SAINT LAURENT-KOGAN A.-F., METZGER J.-L. (dir.), *Où va le travail à l'ère du numérique*, Presse des Mines, 2007, pp. 23-49.

MICHEL A. P.

- « Ni Ford, ni Taylor : observer la "vraie" mise en place du travail à la chaîne à Renault Billancourt », in MARCO L., VATIN F. (dir.), *L'héritage de F.W. Taylor : cent ans de Management*, Université Paris 13, Paris Sorbonne [en ligne], 2015, p. 26 [consulté le 15 novembre 2017], Disponible sur : <https://ihpm.hypothèses.org>

MOLFESSIS N.

- « La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux », in CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.- A., REVET Th. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 16^e éd., 2010, pp. 77-102.

MORIN M.-L.

- « Droit imposé, droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France », in GÉRARD Ph., OST F., VAN de KERCHOVE M. (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Presse de l'Université Saint Louis, 1996, pp. 643-675.

- P -

PAVIA M.-L.

- « La dignité de la personne humaine », in CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A., REVET Th., *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 16^e éd., 2010, 907.

PEYRONNET M.

- « L'usage des algorithmes et de l'IA dans le recrutement : une occasion de (ne) plus discriminer ? », in ADAM P., Le FRIANT M., TARASEWICZ Y. (dir.), *Intelligence artificielle, Gestion algorithmique du personnel et droit du travail, Les travaux de l'AFDT*, Dalloz, 2020, pp. 139-162.

PEZET É.

- « De la guerre aux années 1970 : pratiques d'entreprises, négociation collective et formation de dispositifs de gouvernement des salariés par le temps de travail », in FRIDENSON P., REYNAUD B. (dir.), *La France et le temps de travail 1814-2004*, O. Jacob, 2004, pp.109-132.

PIGNARRE G.

- « Sens et non-sens de la responsabilité en droit social », in LE BOURG J., QUÉZEL-AMBRUNAZ Ch. (dir.), *Sens et non-sens de la responsabilité civile*, Presses universitaires Savoie Mont Blanc, pp. 275-296.

POULLET Y., ROUVROY A.

- « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel : une réévaluation de l'importance du droit à la protection de la vie privée pour la démocratie », in BENYEKHEF K., TRUDEL P. (dir.), *État de droit et virtualité*, Thémis, Montréal, 2009, pp.157-222.

PROST A.

- « Frontières et espaces du privé », in ARIÈS Ph., DUBY G., *Histoire de la vie privée*, PROST A., VINCENT G. (dir.), *De la Première Guerre à nos jours*, T.5, Seuil, 1987, 2000, pp. 13-132.

- R -

REDOR-FICHOT M.-J.

- « Droits fondamentaux et légitimité », in FONTAINE L. (dir.), *Droit et légitimité*, Bruylant, 2011, p. 73-97.

RENOUARD C.

- « Enracinement et détachement : pour une "économie" », in SUPIOT A. (dir.), *Mondialisation ou globalisation ? Les leçons de Simone Weil*, Collège de France, 2019, pp. 39-58.

ROUVROY A.

- « Réinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la société de l'information », in LACOUR S. (dir.), *La sécurité de l'individu numérisé, Réflexions prospectives et internationales*, L'Harmattan, 2008, pp. 249-279.

- « Des données sans personne : le fétichisme de la donnée à caractère personnel à l'épreuve de l'idéologie des *big data* », in Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Étude annuelle, La Documentation française, 2014, pp. 407-421.

- S -

SARMIENTO D.

- « La justice sociale dans la CJUE », in BURGORGUE LARSEN L. (dir.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Pedone, pp. 33-60.

SOUBIALE N.

- « Idéologie de métier, TIC au travail et risques professionnels : les cadres entre contrainte et autonomie ? », FELIO C., LEROUGE L. (dir.), *Les cadres face aux TIC, enjeux et risques psychosociaux au travail*, L'Harmattan, 2015, pp. 117-136.

SUPIOT A.

- « Le droit dévoré par la convention ? », in GÉRARD Ph., OST F., VAN de KERCHOVE M. (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Presse de l'Université Saint Louis, 1996, pp. 631-642.

- « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », in CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D. (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, L.G.D.J, 2007, pp. 19-44.

- « L'idée de justice sociale », in BURGORGUE LARSEN L. (dir.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2013, pp. 5-30.

- U -

UGHETTO P.

- « La qualité de vie au travail au risque de sa transformation en *process* », in LE GARREC S. (dir.), *Les servitudes du bien-être au travail. Impacts sur la santé*, Érès, 2021, pp. 169-189.

- V -

VACARIE I.

- « Repenser la condition juridique des travailleurs dans une économie “disruptive” », in SUPIOT A. (dir.), *Mondialisation ou globalisation ? Les leçons de Simone Weil*, Collège de France, 2019, pp. 145-162.

VENIN Th.

- « Qui déclenchera l’info diète », in FELIO C., LEROUGE L. (dir.), *Les cadres face aux TIC, enjeux et risques psychosociaux au travail*, L’Harmattan, 2015, pp. 91-115.

VENDRAMIN P.

- « Les métiers des TIC : un nomadisme coopératif », in SAINT LAURENT-KOGAN A.-F., METZGER J.-L. (dir.), *Où va le travail à l’ère du numérique*, Presses des Mines, 2007, pp. 89-104.

VERKINDT P.-Y.

- « Ambivalences et promesses de l’intelligence artificielle dans le champ de la santé et de la sécurité des travailleurs », in ADAM P., LE FRIANT M., TARASEWICZ Y. (dir.), *Intelligence artificielle, Gestion algorithmique du personnel et droit du travail, Les travaux de l’AFDT*, Dalloz, 2020, pp. 199-208.

VOLLE M.

- « De la main-d’œuvre au cerveau d’œuvre » in MUSSO P., SUPIOT A. (dir.), *Qu’est-ce qu’un régime de travail réellement humain ?*, Hermann, 2018, pp. 341-355.

IV- MÉLANGES

BORELLA F.

- « Le concept de dignité de la personne humaine », in PEDROT Ph. (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne*, Mélanges Christian BOLZE, Economica, 1999, pp. 29-38.

COMMAILLE J.

- « Un nouvel horizon pour la recherche en droit et sur le droit », in *Un droit en perpétuel mouvement*, Mélanges offerts à G. PIGNARRE, pp. 265-274.

DABOSVILLE B., URBAN Q.

- « Préserver l’imagination normative en droit du travail. », in JEAMMAUD A., LE FRIANT M., LOKIEC P., WOLMARK C. (dir.), *À droit ouvert*, Mélanges en l’honneur d’A. LYON-CAEN, Dalloz, 2018, pp. 239-254.

LE CROM J.-P.

- « Le livret ouvrier : entre assujettissement et reconnaissance de soi », in LE GALL Y., GAURIER D., LEGAL P.-Y. (dir.), *Du droit du travail aux droits de l’humanité*, Études offertes à Ph.-J. HESSE, Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 91-100.

LOISEAU G.

- « L’application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail », in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Études offertes à J. GHESTIN, pp. 579-599.

LOKIEC P., ROCHFELD J.

- « Nouvelle surveillance, nouvelle subordination ? Travail sous *Big Data* : les transformations du pouvoir », in JEAMMAUD A., LE FRIANT M., LOKIEC P., WOLMARK C. (dir.), *À droit ouvert*, Mélanges en l’honneur d’A. LYON-CAEN, Dalloz, 2018, pp. 545-567.

LYON-CAEN A., VACARIE I.

- « Droits fondamentaux et droit du travail » in *Droit syndical et droit de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Mélanges J.-M. VERDIER, Dalloz, 2001, pp. 421-453.

ROUVROY A.

- « *Homo juridicus* est-il soluble dans les données ? », in DEGRAVE E., de TERWANGNE C., DUSSOLEIR S., QUECK R., (dir.), *Droit, normes et libertés dans le cybermonde*, Liber Amicorum Y. POULLET, Larcier, 2018, pp. 417-444.

V - THÈSES

ADAM P.

- *L'individualisation du droit du travail, Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, L.G.D.J, 2005, 556p.

BETAÏLLE J.

- *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, PRIEUR M. (dir.), Thèse de doctorat, Droit public, Université de Limoges, [en ligne], 2012, 755p., [consulté le 26 août 2019], Disponible sur : <http://aurore.unilim.fr>

CORNESSE I.

- *La proportionnalité en droit du travail*, LexisNexis, 2001, 567p.

FELIO C.

- *Pratiques communicationnelles des cadres, usage intensif des TIC et enjeux psychosociaux*, CARAYOL V. (dir.), Thèse de doctorat, Sciences de l'Information et de la Communication, Université de Bordeaux 3, 2013, 486p.

JUBERT L.

- *L'organisation du travail et la prévention des risques professionnels*, WOLMARK C. (dir.), Thèse de doctorat, Droit privé et sciences criminelles, Université Paris Nanterre, [en ligne], 2019, 655p., [consulté le 18 mai 2021], Disponible sur : <https://tel.archives-ouvertes.fr>

MEYRAT I.

- *Droits fondamentaux et droit du travail*, ANRT, 2004, p. 24.

MONTVALON (de) L.

- *La charge de travail, Pour une approche renouvelée du droit de la santé au travail*, L.G.D.J, 2021, 492p.

MOUSTIER J.-B.

- *Droit et risques psychosociaux au travail*, AUVERGNON Ph. (dir.), Thèse de doctorat, Droit privé, Université de Bordeaux, 2014, 858p.

MUSSIÈRE A.

- *Le périmètre de l'entreprise comme paradigme*, GARDIN A., GÉA F., (dir.), Thèse de doctorat, Droit privé et sciences criminelles, Université de Lorraine, 645p.

SACHS T.

- *La raison économie en droit du travail, Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, L.G.D.J, 2013, 447p.

VENIN Th.

- *Techniques de l'Information et de la Communication et risques psychosociaux sur le poste de travail tertiaire*, JAUREGUIBERRY F. (dir.), Thèse de doctorat, Sociologie, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2013, 592p.

VI - ÉTUDES ET RAPPORTS

- A -

AGENCE EUROPEENNE POUR LA SECURITE ET LA SANTE AU TRAVAIL,

- *Sondage d'opinion paneuropéen sur la sécurité et la santé au travail*, [en ligne], Mai 2013, [consulté le 21 avril 2019], disponible sur : <https://osha.europa.eu>

- B -

BELOT L.

Rapport n° 3399 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, après engagement de la procédure accélérée, sur le projet de loi (n° 3318) pour une République numérique, AN, 15 janvier 2016, 861p.

BESSON M.

- *Livre blanc, Entreprise du futur, les enjeux de la transformation numérique*, Institut Mines-Télécom, [en ligne], 2016, 39p., [consulté le 8 septembre 2020], Disponible sur : <https://www.imt-bs.eu>

BIT

- *Le travail décent dans une économie mondialisée, Quelques leçons des initiatives publiques et privées*, Genève, février 2021, 382p.

BONNARD G., BRAS P.-L., PILLIARD J.-F.

- *Améliorer la santé au travail, l'apport du dispositif Pénibilité*, Rapport au Premier ministre, 2016, 50p.

BOSTON CONSULTING GROUP ET MALAKOFF MEDERIC

- *Intelligence artificielle et capital humain, quels défis pour les entreprises ?*, [en ligne], mars 2018, 57p., [consulté le 2 septembre 2019], Disponible sur : <https://media-publications.bcg.com>

BRAIBANT G.

- *Données personnelles et société de l'information : transposition en droit français de la directive 95/46/CE*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1998, 291p.

- C -

CENTRE D'ANALYSE STRATEGIQUE

- *Le développement du télétravail dans la société numérique de demain*, La Documentation française, 2009, 151p.

- *La santé mentale, l'affaire de tous, pour une approche cohérente de la qualité de la vie*, La Documentation française, 2009, 254p.

- *L'impact des TIC sur les conditions de travail*, La Documentation française, 2012, 328p.

CIGREF

- *Les risques numériques pour l'entreprise*, [en ligne], mars 2011, [consulté le 15 avril 2018], Disponible sur : <http://www.cigref.fr>

CNIL

- *La cybersurveillance sur les lieux de travail*, La Documentation française, 2004, 34p.

- *Rapport d'activité 2003*, La Documentation française, 2004, 538p.

- *Rapport d'activité 2018*, La Documentation française, 2019, 99p.

COMBEXELLE J.-D.

- *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, 2015, 135p.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME,

- *Avis du 22 mai 2018 sur la protection de la vie privée à l'ère numérique*, JO n° 126 du 3 juin 2018, texte n° 63.

Comptoir Malakof Médéric de la nouvelle entreprise (le)

- *Regards croisés des salariés et des entreprises du secteur privé sur le télétravail*, janvier 2018, 24p.

CONSEIL D'ÉTAT

- *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport annuel, La Documentation française, 2006, 400p.

- *Le numérique et les droits fondamentaux*, Étude annuelle, La Documentation française, 2014, 441p.

- *Simplification et qualité de la norme*, Étude annuelle, La Documentation française, 2016, 256p.

COUR DE CASSATION

- *L'innovation technologique*, Rapport annuel 2005, La Documentation française, 2006, 539p.

- *La Cour de cassation et la construction juridique européenne*, Rapport annuel 2006, La Documentation française, 2007, 618p.

- *La Charte des droits fondamentaux : historique et enjeux juridiques*, Observatoire du droit européen, [en ligne], octobre 2010, [consulté le 18 novembre 2019].

Disponible sur : <http://www.courdecassation.fr>

- *L'ordre public*, Rapport annuel 2013, La Documentation française, 2014, 764p.

- D -

DARES

- *La syndicalisation en France*, DARES Analyses, [en ligne], mai 2016, n° 25, 10p., [consulté le 29 juin 2020].

- *Comment évoluent les embauches et les ruptures depuis 25 ans ?*, DARES Analyses, [en ligne], juin 2018, n° 26, 11p., [consulté le 29 juin 2020].

- *Comment ont évolué les expositions des salariés du secteur privé aux risques professionnels sur les vingt dernières années ?*, Premiers résultats de l'enquête SUMER 2017, DARES Analyses, [en ligne], septembre 2019, n° 41, 14p., [consulté le 5 janvier 2020].

- *Quelles conséquences de la crise sanitaire sur les conditions de travail et les risques psychosociaux ?*, DARES Analyses, [en ligne], mai 2021, n° 28, 10p., [consulté le 10 juin 2021].

Publications disponibles sur : <https://dares.travail-emploi.gouv.fr>

DIRECTION GENERALE DES ENTREPRISES

- *Les chiffres clés du numérique*, études économiques [en ligne], 2018, 8p., [consulté le 8 septembre 2020], Disponible sur : www.entreprises.gouv.fr

DIRECTION GENERALE DU TRAVAIL

- *Analyse des accords signés dans les entreprises de plus de 1000 salariés*, [en ligne], avril 2011, 59p., [consulté le 22 avril 2019], Disponible sur : <https://travail-emploi.gouv.fr>

DIRECTION GENERALE DU TRÉSOR

- *Stratégies nationales en matière d'intelligence artificielle, étude comparative internationale*, Stratégies, études et pilotage, [en ligne], février 2017, 127p., [consulté le 2 septembre 2019], Disponible sur : <https://www.tresor.economie.gouv.fr>

- E -

ERHEL C., de LA RAUDIÈRE L.

- *Les objets connectés*, Rapport d'information, Commission des affaires économiques, AN, 10 janvier 2017, 147p.

EUROFOUND, OIT

- *Working anytime, anywhere : The effects on the world of work*, Rapport conjoint, Office of the European Union, Luxembourg, International Labour Office, Geneva, 2017, 72p.

- G -

GOLLAC M., BODIER M.

- *Mesurer les facteurs psychosociaux de risque pour les maîtriser, Rapport du Collège d'expertise sur le suivi des risques psychosociaux au travail*, Ministère du travail de l'emploi et de la santé, La Documentation française, 2011, 223p.

- I -

IFOP

- *Les cadres et l'hyper connexion, vague 2*, Sondage réalisé pour Securex, [en ligne], 2017, 14p., [consulté le 21 avril 2021], Disponible sur : <https://www.ifop.com>

INRS

- *Mode et méthodes de production en France en 2040 : quelles conséquences en santé et sécurité au travail ?*, [en ligne], 2016, 72p., [consulté le 19 avril 2019].

- CLAUDON L., THEUREL J., *Exosquelettes au travail : impact sur la santé et la sécurité des opérateurs, État des connaissances*, [en ligne], 2018, 27p., [consulté le 17 sept. 2020].

- *Les objets connectés*, [en ligne], 2018, 4p., [consulté le 24 fév. 2021].

Publications disponibles sur : <https://www.inrs.fr>

- L -

LACHMANN H., LAROCHE Ch., PENICAUD M.

- *Bien-être et efficacité au travail, 10 propositions pour améliorer la santé psychologique au travail*, Rapport fait à la demande de Premier ministre, La Documentation française, 2010, 19p.

LECOQ Ch., DUPUIS B., FOREST H.

- *Santé au travail : vers un système simplifié pour une prévention renforcée*, Rapport fait à la demande du Premier ministre, août 2018, 174p.

LEKA S., GRIFFITHS A., COX T.

- *Organisation de travail et stress*, Institute of work, health & organisation, 2004, 27p.

LYON-CAEN G.

- *Les libertés publiques et l'emploi*, La Documentation française, 1992, 169p.

- M -

MADÉLIN J.

- Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi modifiant le code du travail et le code de la sécurité sociale en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition des directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail, Sénat, 1991, 95p.

METTLING B.

- *Transformation numérique et vie au travail*, Rapport à la Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, 2015, 69p.

MINISTÈRE DU COMMERCE, DE L'INDUSTRIE, DES POSTES ET TELEGRAPHES, DES TRANSPORTS MARITIMES ET DE LA MARINE MARCHANDE

- *Rapport général sur l'industrie française, sa situation, son avenir*, Deuxième partie, *Les méthodes d'expansion économique*, Paris, Imprimerie nationale, [en ligne], 1919, [consulté le 20 avril 2019], Disponible sur : <http://cnum.cnam.fr>

MOREL-A-LHUISSIER P.

- *Du télétravail au travail mobile, un enjeu de modernisation de l'économie française*, Rapport au Premier ministre, 2006, 214p.

- N -

NORA S., MINC A.

- *L'informatisation de la société*, Rapport au Président de la République, La Documentation française, janvier 1978, 901p.

NOTAT N., SENARD J.-D.

- *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, avec le concours de J.-B. BARFETY, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et de Finances, du Travail, La Documentation française, 9 mars 2018, 122p.

- P -

POISSON J.-F.,

- *Pénibilité au travail*, Rapport d'information n° 910, AN, 27 mai 2008, 211p.

- R -

RAPPORT CONJOINT DES PARTENAIRES SOCIAUX

- *Conclusions de la concertation sur le « développement du télétravail et du travail à distance »*, 2017, 54p.

ROUVROY A.

- *Des données et des hommes, Droits et libertés fondamentales dans un monde de données massives*, Conseil de l'Europe, Rapport pour le bureau du Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108), 2016, 45p.

- S -

SAMAVIA J.

- *Un travail décent*, Rapport du directeur général, BIT, CIT, 87^e session, 1999, 98p.

- *Changement dans le monde du travail*, Rapport du directeur général, BIT, CIT, 95^e session, 2006, 86p.

SIRUGUE Ch., HUOT G., DAVY de VIRVILLE M.

- *Compte personnel de prévention de la pénibilité : propositions pour un dispositif plus simple, plus sécurisé et mieux articulé avec la prévention*, Rapport au Premier ministre, mai 2015, 95p.

- T -

TRICOT B.

- *Rapport de la Commission informatique et libertés*, La Documentation française, Paris, 1975, 106p.

- V -

L.-R. VILLERMÉ

- *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers*, 10/18, [en ligne], 1971, p. 316, [consulté le 17 avril 2018], Disponible : <http://classiques.uqac.ca/classiques>

VILLANI C.

- *Donner un sens à l'intelligence artificielle : pour une stratégie nationale et européenne*, Mission parlementaire confiée par le Premier ministre, 2018, p. 235.

VII - ARTICLES – CHRONIQUES

VII.1 ARTICLES JURIDIQUES

- A -

ADAM P.

- « Sur la vie personnelle : cinquante ans après Despax, Regards sur quelques arrêts rendus en 2011 », *RDT*, 2012, p. 100.

- « Vie personnelle/vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? (petit exercice de jardinage juridique) », *Dr. ouvr.*, juillet 2013, p. 432.

- « La “dignité du salarié” et le droit du travail », *RDT*, 2014, p. 168.

- « Droit d’alerte et sanction disciplinaire : question(s) d’“objet” », *RDT*, 2016, p. 491.

- « Absence de déclaration (simplifiée) à la CNIL et recevabilité de la preuve », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 602.

- « Droits fondamentaux et droit du travail : derrière le brouillard... », *Dr. soc.*, 2019, p. 506.

- « Droit à la preuve, protection de la vie privée et réseaux sociaux », *Dr. soc.*, 2021, p. 14.

AKANDJI-KOMBÉ J.-F.

- « Réflexions sur l’efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », *RDT*, 2011, p. 233.

ANTONMATTEI P.-H.

- « Obligation de sécurité de résultat : virage jurisprudentiel sur l’aile », *Dr. soc.*, 2016, p. 457.

AUBERT N., HAROCHE C.

- « Les tyrannies de la visibilité », *sociologie clinique*, 2011, p. 7.

AUBIN C.

- « À la recherche du modèle social européen », *Dr. soc.*, 2008, p. 484.

AUZERO G.

- « La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d’administration et de surveillance », *Dr. soc.*, 2013, p. 740.

- « La participation des salariés à la stratégie de l’entreprise », *Dr. soc.*, 2015, p. 1006.

- B -

BASIRE Y., SABBAH J.

- « Quand les cadres sont encadrés par un traitement automatisé : de l’importance du principe de loyauté et de licéité de la collecte et du traitement », *RDT*, 2018, p. 680.

BEAUVALLET G., HOUY Th.

- « L’adoption des pratiques de gestion *lean*, Cas des entreprises industrielles françaises », *Revue française de gestion*, 2009, vol. 35, n° 197, pp. 83-106.

BÉCHILLON (de) D.

- « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions à propos de la controverse Perruche, sur la figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTD civ.*, 2002, p. 47.

- « Voile intégral : éloge du Conseil d’État en théoricien des droits fondamentaux », *RFDA*, 2010, pp. 467-471.

BEFA J.-L., BOYER R., TOUFFUT J.-Ph.

- « Le droit du travail face à l’hétérogénéité des relations salariales », *Dr. soc.*, 1999, p. 1039.

BENABOU V.-L.

- « L’extension du domaine de la données », *LEGICOM*, 2017, vol. 59, n° 2, p. 10.

BENHAMOU S.

- « Gouvernance, participation des salariés et performance des entreprises : enjeux et prospective économique et sociale », *Dr. soc.*, 2014, p. 550.

BERNARD S., ROULET V.

- « Controverse : le CSE et le droit à la participation des travailleurs : des victimes collatérales de la covid-19 », *RDT*, 2020, p. 440.

BERNARDOT M.

- « Plongée dans les métaphores et représentations liquides de la société numérique », *Netcom* [en ligne], 2018, vol. 32 n° 1-2, pp. 29-60, [consulté le 22 décembre 2020], Disponible sur : <http://journals.openedition.org>

BÉROUD S., YON K.

- « Représenter les salariés dans l'entreprise après la loi du 20 août 2008, sur les limites de la "démocratie sociale" » *Politique de communication*, 2014, n° 2, p. 52.

BERTRAND Th., MICHEL X., STIMEC A.

- « Le lean management est-il irresponsable ? », *Revue de l'organisation responsable*, 2010, vol. 5, n° 2, pp. 76-85.

BERTRAND Th., STIMEC A.

- « Santé au travail. Voyage en pays de lean management », *Revue française de gestion*, 2011, vol. 37, n° 214, p 127-144.

BEVORT A.

- « La réforme des règles de la représentativité syndicale (2008-1010), *Idées économiques et sociales*, mars 2011, n° 163, p. 15.

BIDET A., PORTA J.

- « Le travail à l'épreuve du numérique, Regard disciplinaires croisés, droit/sociologie », *RDT*, 2016, p. 328.

BIOY X.

- « Le traitement contentieux de la santé en droit constitutionnel », *RDSS*, 2013, p. 45.

BLACHÈRE Ph.

- « Constitution et droit du travail : cinq ans de QPC », *Petites affiches*, 2015, n° 182, p. 4.

BOBILLIER-CHAUMON M.-E., DUBOIS M.

- « L'adoption des technologies en situation professionnelle : quelles articulations possibles entre acceptabilité et acceptation ? », *Le travail humain*, 2009, vol. 72, n° 4, p. 370.

BONICI C.

- « Les chauffeurs Uber, canuts du XXI^e siècle ? », *Recma*, 2017, n° 346, pp. 87-99.

BONNECHÈRE M.

- « Santé-sécurité dans l'entreprise et dignité de la personne au travail », *Dr. ouvr.*, novembre 2003, p. 453-486.

- « L'optique du travail décent », *Dr. ouvr.*, février 2007, p. 57-74.

BOUSSARD-VERRECHIA E., PETRACHI X.

- « Regards croisés sur la communauté de travail », *Dr. ouvr.*, juillet 2008, p. 364.

BOSSU B.

- « Quel contrat de travail au XXI^e siècle ? », *Dr. soc.*, 2018, p. 232.

BOY L.

- « Réflexion sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *D.*, 2001, p. 3031.

BRETESCHÉ S., de CORBIÈRE F., GEFFROY B.

- « La messagerie électronique, principal métronome des activités des cadres », *La nouvelle revue du travail*, [en ligne], 2012, [consulté le 15 octobre 2016], Disponible sur : <https://journals.openedition.org>

BRUGUIERE J.-C.

- « Filer ne peut prouver ! La Chambre sociale condamne les employeurs Nestor Burma et montre la voie de la preuve loyale », *D.*, 2003, p. 1858.

BRUNET P.

- « Norberto Bobbio et le positivisme juridique », *Analisi & Diritto* [en ligne], 2005, pp. 159-170, [consulté le 10 juin 2020], Disponible sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr>

BUGALA A.

- « Droit constitutionnel appliqué : aperçu sélectif de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Revue française de droit constitutionnel*, 2001, vol. 48, n° 4, pp. 779-791.

- C -

CANIVET G.

- « L'approche économique du droit par la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.*, 2005, p. 951.

CARON M., VERKINDT P.-Y.

- « Laisser sa chance à l'intelligence collective dans l'entreprise, Regards sur les rapports entre l'expertise et les instances représentatives du personnel », *Dr. soc.*, 2009, p. 425.

CASTAGNINO F.

- « Critiques des *surveillances studies*. Éléments pour une sociologie de la surveillance », *Déviance et société*, 2018, vol. 42, p. 21.

CASTETS-RENARD C.

- « L'invalidation de la directive n° 2006/24/CE par la CJUE : une onde de choc en faveur de la protection des données personnelles », *D.*, 2014, p. 1355.

CHAMPEIL DESPLATS V.

- « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *RDT*, 2007, p. 19.

- « Analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les droits fondamentaux », Sandai, Japon, [en ligne], Janvier 2008, [consulté le 11 octobre 2019], Disponible sur : <https://hal.parisnanterre.fr>

- « L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations ? Quelles conséquences ? », *Les Cahiers français*, 2010, pp.19-23.

- « Dignité de la personne humaine : peut-on parler d'une exception française ? », *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, 2013, pp.173-180.

CHARAZAC V.

- « Le néolibéralisme au mépris du collectif, Souffrance au travail, management par objectifs, délitement des groupes », *Connexions*, 2010, vol. 94, n° 2, pp. 121-133.

CHEVALIER J.

- « Droit et État », *RIEJ*, Bruxelles, 1986, vol. 17, n° 2, pp. 1-24.

- « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulations juridiques », *RDP* [en ligne], 1998, pp. 659-714, [consulté le 12 mai 2020], Disponible sur : <https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr>

CIRAY H.

- « Du contrôle de loyauté d'un système de traitement automatisé de données personnelles », *Dalloz actualité*, 2 juillet 2018.

CLÉMENT E.

- « Institutions – Nouvelles technologies – Suivi des performances et traitement informatisé des données personnelles », *Jurisport*, n° 183, p. 32.

COHEN M.

- « Le droit substitution, cadeau empoisonné aux syndicats », *Dr. soc.*, 1990, p. 790.

COLLINET C., DELALANDRE M.

- « L'injonction au bien-être dans les programmes de prévention du vieillissement », *L'année sociologique*, 2014, vol. 64, p. 445.

COMBREXELLE J.-D.

- « Vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.*, 2010, p. 12.

CONSTANTINIDÈS Y.

- « Redonner vie à la vie », *Revue française d'éthique appliquée*, 2017, p. 70.

COTTIN J.-B., LAFUMA E.

- « CHSCT, quel contrôle de l'expertise ? », *RDT*, 2013, p. 379.

- D -

DABOSVILLE B.

- « Communication personnelle en entreprise et surveillance patronale : *new deal* ou *statu quo* ? », *Dr. soc.*, 2018, p. 455.

- « Le “ téléprivé ”, étude sur l'utilisation à des fins personnelles des outils de communication de l'entreprise », *RDT*, 2018, p. 826.

- « Vidéosurveillance cachée sur les lieux de travail : l'aveuglement de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDT*, 2020, p. 122.

DAUGAREILH I.

- « La Déclaration du centenaire de l'OIT : tout un programme ! », *Dr. soc.*, 2020, p. 5.

DELMAS-MARTY M.

- « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.*, 2006, p. 951.

DELTORN J.-M.

- « La protection des données personnelles face aux algorithmes prédictifs » *RDLF* [en ligne], chron. n° 12, 2017, [consulté le 18 octobre 2018], Disponible sur <http://www.revuedlf.com>

DEQUECKER C., TIXIER P.-É.

- « Travail et représentation des intérêts collectifs à l'épreuve de la globalisation », *Négociations*, 2013, n° 19, pp. 27-42.

DERANTY J.-Ph., MAC MILLAN C.

- « Qu'est-ce qu'un “travail décent” ? Propositions pour élargir la campagne de l'OIT pour un travail décent à partir de la psychodynamique », *Travailler*, n° 30, 2013, p. 162.

DETCHESSAHAR M.

- « Management et santé », *Revue française de gestion*, 2011, vol. 37, n° 214, pp. 65-68.

DEUMIER P.

- « La qualité de la loi », *RDT civ.*, 2005, p. 93.

DIARD C.

- « L'évitement comme alternative potentielle à l'acceptation de la vidéo-protection dans un contexte “mandatory” », *Management & Avenir*, 2017, vol. 94, n° 4, pp. 79-100.

DIRRINGER J.

- « L'entreprise, nouvel espace d'élaboration des politiques de santé au travail », *Dr. soc.*, 2019, p. 900.

DOCKÈS E.

- « Le pouvoir patronal au-dessus des lois ?, La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation », *Dr. ouvr.*, janvier 2005, pp. 1-5.

DOUARIN de L.

- « Les chemins de l'articulation entre vie privée et vie professionnelle, les usages personnels des technologies de l'information et de la communication au bureau », *Réseaux*, 2007, vol. 140, n° 1, p. 101-132.

DREYER E.

- « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.*, 2006, p. 748.
- « La dignité opposée à la personne », *D.*, 2008, p. 2730.

DUBOULOZ S.

- « Innovation organisationnelle et pratiques de mobilisation des RH. Une combinaison gagnante », *Revue française de gestion*, 2014, vol. 40 n° 238, pp. 59-85.

DUCLOZ F., FLORES Ph.

- « La sauvegarde du forfait en jours : le juge et la combinaison des normes », *RDT*, 2016, p. 140.

DUPLAT J.

- « À la recherche des critères de l'intégration étroite et permanente », *Sem. Soc. Lamy*, n° 1375, novembre 2008.

DUPRÉ C.

- « Le respect de la dignité humaine : principe essentiel du droit du travail », *RDT*, 2016, p. 670.

DUPRÉ D.

- « Les incivilités par messagerie électronique en milieu de travail : un tour d'horizon des recherches actuelles », *Revue française des sciences de l'information et de la communication*, n° 11, [en ligne], 2017, [consulté le 21 avril 2020],
Disponible sur : <https://journals.openedition.org>

DUPRÉ de BOULOIS X.

- « Les droits fondamentaux des personnes morales – 1ère partie : pourquoi ? », *RDLF* [en ligne], 2011, chron. n° 15, [consulté le 18 sept. 2020].
- « Les droits fondamentaux des personnes morales – partie 2 : comment ? », *RDLF* [en ligne], 2011, chron. n° 17, [consulté le 18 sept. 2020],
Publications disponibles sur : www.revuedlf.com

DUTHELLET de LAMOTHE O.

- « Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale », *Nouv. cah. Cons. const.* n° 45, octobre 2014, pp. 5-20.
- « La QPC en droit du travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 480.
- « Les fondements constitutionnels du développement de la négociation collective », *Sem. soc. Lamy*, n° 1868, 1^{er} juillet 2019.

- E -

EDELMAN B.

- « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.*, 1997, p.185.

EGÉA P.

- « Les formes constitutionnelles de la santé », *RDSS*, 2013, p. 31.

- F -

FABRE A.

- « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme », *Dr. soc.*, 2020, p. 539.

FANTONI-QUITON S.

- « L'évolution du temps de travail et les enjeux relatifs à la santé des salariés », *Dr. soc.*, 2010, p. 395.
- « L'intelligence artificielle, porteuse de risque ou promesse d'amélioration pour la pénibilité et la qualité de vie au travail ? », *Dr. soc.*, 2021, p. 128.

FANTONI-QUITON S., HÉAS F.

- « Pour une reconfiguration des principes en santé au travail », *Dr. soc.*, 2016, p. 531.

- « Les réformes en droit du travail : affaiblissement ou opportunité pour le droit de la santé au travail », *Dr. soc.*, 2018, p. 202.

FANTONI-QUINTON S., QUANDALLE-BERNARD J.

- « La pénibilité au travail : un concept au géométrie (très) variable », *RDSS*, 2012, p. 163.

FANTONI-QUITON S., VERKINDT P.-Y.

- « L'obligation de résultat en matière de santé au travail, À l'impossible, l'employeur est tenu », *Dr. soc.*, 2013, p. 229.

- « Charge de travail et qualité de vie au travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 106.

FARBRE-MAGNAN M.

- « La dignité en Droit : un axiome », *RIEJ*, Bruxelles, 2007, vol. 58, n° 1, pp. 1-30.

FAUVARQUE-COSSON B.

- « Protection des données personnelles, décembre 2016 – mai 2018 », *D.*, 2018, p. 1033.

FAVENNEC-HÉRY F.

- « Qualité de vie au travail et temps de travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 113.

FERGUSON Y.

- « Des travailleurs diminués dans les organisations augmentées », *Dr. soc.*, 2021, p. 133.

FIorentino A., François G.,

- « La légitimité de la norme en droit du travail », *Dr. soc.*, 2018, p. 112.

FLÜCKIGER A.

- « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cah. Cons. const.*, n° 21, janvier 2007.

FRAY A.-M., PICOULEAU S.

- « Le diagnostic de l'identité professionnelle : une dimension essentielle pour la qualité au travail », *Management & Avenir*, 2010, vol. 38, n° 8, pp. 72-88.

FRISON-ROCHE A.-M.

- « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, p. 610.

- « Définition du droit de la régulation économique », *D.*, 2004, p. 126.

- G -

GABUTHY Y.

- « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie et prévision*, 2013, vol. 202-203, n° 1-2, pp. I-VIII.

GALICHET Ch.

- « Données professionnelles *versus* données personnelles. Qualification du jugement : Important », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 434.

GAMET L.

- « Le test salivaire », *Dr. soc.*, 2013, p. 51.

- « Biométrie et travail », *Dr. soc.*, 2019, p. 422.

GAUDU F.

- « Entre concentration économique et externalisation : les nouvelles frontières de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2001, p. 471.

GAUTIER P.-Y.

- « La preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la "vie privée" des salariés », *D.*, 2001, p. 3148.

GAY L.

- « La notion de "droits-créances" à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Cah. Cons. const.*, n° 16, juin 2004.

GÉA F.

- « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise, Bâtir une "culture de la confiance" ? », *Dr. soc.*, 2013, p. 717.

- « À quoi sert le droit du travail », *D.*, 2020, p. 444.

GÉNIAUT B.

- « Covid-19 et télétravail », *Dr. soc.*, 2020, p. 607.

GERNET I.

- « Le corps au travail », *Champ psychosomatique*, 2008, vol 51, n° 3, p. 113-127.

GRANJON F., DENOÛËL J.

- « Exposition de soi et reconnaissance de singularités subjectives sur les sites de réseaux sociaux », *Sociologie*, 2010, vol. 1, n° 1, pp. 25-43.

GRÜNDLER T.

- « Le juge et le droit à la protection de la santé », *RDSS*, 2010, p.835.

GUYOT H.

- « Numérique et droit du travail », *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 680.

- H -

HANNOUN Ch.

- « L'émergence de l'entreprise-marchandise », *RDT*, 2010, p. 22.

- « Bilan après 9 mois d'application du RGPD », *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 357.

HATZFELD N.

- « Les risques psychosociaux : quelles correspondances anciennes aux débats récents ? », *Travail et Emploi*, octobre 2012, n° 129, pp. 11-22.

HÉAS F.

- « La pénibilité, un enjeu de santé au croisement du travail et de la retraite », *Dr. soc.*, 2014, p. 598.

- « La pénibilité au travail, une problématique multidimensionnelle », *Dr. ouvr.*, juin 2016, p. 339.

- « La négociation d'entreprise sur la qualité de vie au travail », *Dr. soc.*, 2019, p. 907.

- « Un ANI sur la santé au travail, pour quoi faire ? », *Dr. soc.*, 2021, p. 253.

- « La pénibilité, une histoire de mots (maux) et de droit(s) », *Dr. soc.*, 2021, p. 300.

HENRY M.

- « Le droit du travail est-il une conquête de la classe ouvrière », *Dr. ouvr.*, novembre 1992, p. 389.

HUNYADI M.

- « L'idée d'un droit à un avenir ouvert », *Revue française d'éthique appliquée*, 2020, p. 39.

HYPPOLITE P.-A.

- « Le business de l'IA : perspectives et enjeux pour l'économie », *Pouvoirs*, 2019, n° 170, pp. 119-130.

- I -

IMHOFF C.

- « L'émergence de nouveaux collectifs de travail : ruptures et continuités dans l'histoire de l'entreprise », *Management & Avenir*, 2017, vol. 93, n° 3, p. 85-102.

ISSAC H., CAMPOY E., KALIKA M.

- « Surcharge informationnelle, urgence et TIC, L'effet temporel des technologies de l'information », *Management & Avenir*, 2007, vol. 13, n° 2, pp. 149-168.

- J -

JORDA H.

- « Le travail de l'homme-machine et les promesses d'abondance, De la manufacture automatique à la cyber-entreprise », *L'Homme & la Société*, 2018, vol. 207, n° 2, p. 21-50.

JULHE S.

- « L'approche par les capacités au travail, Usages et limites d'une économie politique en terre sociologique », *Revue française de sociologie*, 2016, vol. 57, n° 2, pp. 321-352.

- K -

KALIKA M., BOUKEL CHARKI N., ISAAC H.

- « La théorie du millefeuille et l'usage des TIC dans l'entreprise », *Revue française de gestion*, 2007, vol. 33, n° 172, pp.117-129.

KELLER M.

- « L'autonomie des actions en justice du salarié et du syndicat et la règle d'unicité de l'instance », *RDT*, 2008, p. 404.

- L -

LAFUMA E., WOLMARK C.

- « Le lien santé-travail au prisme de la prévention. Perspectives juridiques », *PISTE*, [en ligne], 2018, vol. 20, n° 1, [consulté le 17 mai 2021], Disponible sur : <https://journals.openedition.org>

LANOUZIÈRE H.

- « Adapter le travail à l'homme : la portée pratique et juridique insoupçonnée d'un principe essentiel de la santé au travail », *Sem. Soc. Lamy*, n° 1873, 9 sept. 2019.

LANOUZIÈRE H., ODOUL-ASOREY I., COCHET F.

- « La fusion des institutions représentatives du personnel porte-t-elle atteinte à leur capacité d'intervention en matière de santé et de sécurité au travail ? », *RDT*, 2017, p. 691.

LARDY-PÉLISSIER B.

- « La pénibilité : au-delà de l'immédiat et du quantifiable », *RDT*, 2011, p. 160.

LASSERRE CAPDEVILLE J.

- « La preuve fournie par les parties privées : confirmation de la tolérance quant au principe de loyauté », *AJ pénal*, 2010, p. 280.

LAULAN A.-M.

- « La résistance aux systèmes d'information », *Réseaux*, 1986, vol. 19, n° 4, p. 7-24.

LAULOM S.

- « L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail : à propos des décisions du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », *RDT*, 2011, p. 298.

LAVAL Ch.

- « Surveiller et prévenir, La nouvelle société panoptique », *Revue du MAUSS*, 2012, vol. 40, n° 2, p. 47-72.

LEBRETON G.

- « Ordre public, ordre moral et lancer de nain », *D.*, 1996, p. 177.

LEROUGE L., GRAFTEAU G.

- « Santé au travail, risques psychosociaux dans les petites entreprises en droit du travail », *RTD*, 2015, p. 705.

LÉVIS D.

- « Pour l'instauration d'un ordre de prééminence au sein des droits fondamentaux », *RFDC*, 2010, n° 84, p. 696.

LE BRETON D.

- « Le transhumanisme ou l'adieu au corps », *Écologie & politique*, 2017, vol. 55, n° 2, pp. 81-93.

LHUILIER D.

- « Travail, management et santé psychique », *Connexions*, 2009, vol. 91, n° 1, p. 85-101.
- « L'invisibilité du travail réel et l'opacité des liens santé-travail », *Sciences sociales et santé*, 2010, vol. 28, n° 2, pp. 31-63.

LOISEAU G.

- « La déconnexion, Observations sur la régulation du travail dans le nouvel espace-temps des entreprises connectées », *Dr. soc.*, 2017, p. 463.
- « Le comité social et économique », *Dr. soc.*, 2017, p. 1044.

LOISEAU G., PÉCAUT-RIVOLIER L., PIGNARRE G.

- « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 886.

LOKIEC P.

- « Tenue correcte exigée », *Dr. soc.*, 2004, p. 132.
- « Vers un nouveau droit du travail », *D.*, 2017, p. 2109.

LOKIEC P., DAVID A.

- « L'obligation de sécurité de résultat, une norme visant à rendre effectif le droit à la santé et à la sécurité dans le travail », *BICC*, n° 847, 15 septembre 2016, pp. 7-17.

LOKIEC P., PORTA J.

- « Droit du travail ; relations individuelles de travail », *D.*, 2013, p. 1026.
- « Droit du travail – relations individuelles », *D.*, 2019, p. 963.

LYON-CAEN A.

- « L'évaluation des salariés », *D.*, 2009, p. 1124.
- « Deux Europe », *RDT*, 2014, p. 1.
- « Libertés et contrôle dans l'entreprise, 20 ans après », *RDT*, 2014, p. 386.

- M -

MALFETTES L.

- « Gestion du personnel par algorithmes et droits du salarié », *Dr. soc.*, 2019, p. 591.

MARC J., GROSJEAN V., MARSELLA M. C.

- « Dynamique cognitive et risques psychosociaux : isolement et sentiment d'isolement au travail », *Le travail humain*, 2011, vol. 74, n° 2, p. 107-130.

MARGUÉNAUD J.-P., MOULY J.

- « La jurisprudence sociale de la Cour EDH : bilan et perceptives », *Dr. soc.*, 2010, p. 883.

MARTIAL-BRAZ N.

- « Les nouveaux droits des individus consacrés par la loi pour la République numérique. Quelles innovations ? Quelle articulation avec le Règlement européen ? », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 525.
- « L'abus de texte peut-il nuire à l'efficacité du droit ? », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 459.

MARTINEAU R., TSONI Ch.

- « Symbolique et stratégies de déploiement des Technologies de l'Information », *Systèmes d'information & management*, 2019, vol. 24, n° 4, pp. 93-113.

MATHIEU B.

- « Pour une reconnaissance de “principes matriciels” en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, p. 211.

MATHIEU B., DION-LOYE S.

- « Le syndicat, le travailleur et l'individu : trois personnages en quête d'un rôle constitutionnellement défini », *Dr. soc.*, 1990, p. 525.

MATHIEU Ch., LECLERC O.

- « Controverse : Quelle vigueur du droit à la preuve en droit du travail ? », *RDT*, 2020, p. 652.

MATHIEU Ch., PÉRETIÉ M.-M., PICAULT A.

- « Droit à la déconnexion : une chimère ? », *RDT*, 2016, p. 592.

MAUSS M.

- « Divisions et proportions des divisions de la sociologie », *L'année sociologique*, [en ligne], 1927, pp. 87-173, [consulté le 19 mars 2021], Disponible sur : <http://classiques.uqac.ca>

MAZEAUD V.

- « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Nouv. cah. Cons. const.*, juin 2015, n° 48.

MEHL D.

- « La “vie publique privée” », *Hermès, La revue*, 1994, vol. 13/14, n° 1-2, pp. 95-113.

MERCAT-BRUNS M.

- « Un salarié ne peut se voir imposer de travailler à domicile », *D.*, 2002, p. 768.

MERZEAU L.

- « Du signe à la trace : l'information sur mesure », *Hermès, La revue*, 2009, vol. 53, n° 1, p. 21-29.

MEYRAT I.

- « Le droit du travail, terre d'élection pour les droits fondamentaux », *RDT*, 2019, p. 763.

MICHEL A. P.

- « Pierre Bézier et ses machines-outils. La pensée technique d'un mécanicien en miroir des controverses machinistes de son temps (1920-1980) », *L'Homme & la Société*, 2017, vol. 205, n° 3, p. 153-183.

MOLFESSIS N.

- « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTD civ.*, 2000, p. 186.

MOULY J.

- « Qui a peur du Comité européen des droits sociaux ? (À propos des avis de la Cour de cassation du 17 juillet 2019 relatifs au barème Macron) », *Dr. soc.*, 2019, p. 814.

MUSSO P.

- « “Progrès technoscientifiques” et fin du récit du Progrès », *Raison présente*, 2015, vol. 194, n° 2, pp. 9-17.

- N -

NOËL-LEMAITRE Ch.

- « La cyber-surveillance au travail, une nouvelle version du panoptisme managérial ? », *Humanisme et Entreprise*, 2007, vol. 285, n° 5, pp. 49-64.

- O -

OST F., VAN de KERCHOVE M.

- « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *RIEJ*, 2000, vol. 44, n° 1, pp. 1-82.

- P -

PASQUIER Th.

- « L'arrêt *Uber* – Une décision a-disruptive », *AJ contrat*, 2020, p. 227.

PEANO M.-A.

- « *L'intuitu personae* dans le contrat de travail », *Dr. soc.*, 1995, p. 129.

PÉLISSE J.

- « Travailler le droit : lectures et perspectives sociologiques », *Revue française de sociologie*, 2018, vol. 59, n° 1, p. 99-125.

PÉLISSIER B.

- « L'obligation de sécurité de résultat...dans tous ses états », *RDT*, 2013, p. 328.

PEREIRA B.

- « Mutation du rapport de subordination : le salarié “autonome” ou l’indépendant “subordonné” en France », *Management & Avenir*, 2018, vol. 104, n° 6, pp. 37-56.

PEYRONNET M.

- « Take Eat Easy contrôle et sanctionne des salariés », *RDT*, 2019, p. 36.

PICARD E.

- « L’émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p. 6.

PIGNARRE G., PIGNARRE L.-F.

- « La prévention : pierre angulaire ou/et maillon faible de l’obligation de santé et sécurité au travail de l’employeur ? », *RDT*, 2016, p. 151.

PLANQUE J.-C.

- « Vers un assouplissement des conditions de licéité de la surveillance des salariés ? », *D.*, 2002, p. 2292.

PONTIF V.

- « Les rythmes de travail », *RDT*, 2012, p. 208.

PORTA J.

- « Le droit du travail en changement, essai d’interprétations », *Travail et emploi*, vol. 158, n° 2, 2019, p. 95-132.

PRÉTOT X.,

- « Les bases constitutionnelles du droit social », *Dr. soc.*, 1991, p. 187.

PROULX S.

- « Usages participatifs des technologies et désir d’émancipation : une articulation fragile et paradoxale », *Communiquer*, 2015, n° 13, pp. 67-77.

- Q -

QUENAUDON de R.

- « L’insubordination qui ne peut être reprochée au salarié », *D.*, 2004, p. 2736.

- R -

RABAULT H.

- « Théorie des systèmes, vers une théorie fonctionnaliste du droit », *Droit et société*, 2014, vol. 86, n° 1, p. 209-226.

RADÉ. Ch.

- « Nouvelles technologies de l’information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.*, 2002, p. 26.

- « Des critères du contrat de travail », *Dr. soc.*, 2013, p. 202.

- « QPC et droit du travail : l’occasion manquée ? », *Dr. soc.*, 2015, p. 497.

- « Conseil constitutionnel et droits sociaux : plaider pour un changement de modèle », *Dr. soc.*, 2018, p. 726.

- « L’entreprise et la vie privée du salarié », *Dr. soc.*, 2021, p. 4.

RAY J.-E.

- « Une loi macédonienne ? », *Dr. soc.*, 1993, p. 103.

- « La légitime censure des télé-travaux forcés », *Dr. soc.*, 2001, p. 1039.

- « D’un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail », *Dr. soc.*, 2010 p. 3.

- « Des conditions de travail aux conditions de vie dans l’entreprise », *Dr. soc.*, 2015, p. 100.

- « Qualité de vie(s) et travail de demain », *Dr. soc.*, 2015, p. 147.

- « Grande accélération et droit à la déconnexion », *Dr. soc.*, 2016, p. 912.

- « De l’ANI du 26 novembre 2020 sur le télétravail à l’avenir du travail à distance », *Dr. soc.*, 2021, p. 236.

RAY J.-E., BOUCHET J.-P.

- « Vie professionnelle, vie personnelle et TIC », *Dr. soc.*, 2010, p. 44.

RIVERO J.

- « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 1982, p. 424.

ROBIN-OLIVIER S.

- « Le refus de l'assemblée plénière de la Cour de cassation de prendre part au développement du droit du travail international », *Dr. soc.*, 2019, p. 799.

RODOTA S.,

- « Nouvelles technologies et droits de l'homme : faits, interprétations, perceptives », *Mouvements*, 2010, vol. 62, n° 2, p. 55-70.

ROSANVALLON J.

- « Travail à distance et représentation du collectif de travail », *Interventions économiques*, [en ligne], 2006, [consulté le 12 juin 2020], Disponible sur : <http://journals.openedition.org>

ROUVROY A., BERNIS Th.

- « Le nouveau pouvoir statistique, Ou quand le contrôle s'exerce sur un réel normé, docile et sans événement car constitué de corps "numériques"... », *Multitudes*, 2010, vol. 40, n° 1, pp. 88-103.

- « Gouvernamentalité algorithmique et perspectives d'émancipation, Le disparate comme condition d'individuation par la relation ? », *Réseaux*, 2013, vol. 177, n° 1, pp. 163-196.

ROUVROY A., STIEGLER B.

- « Le régime de vérité numérique », *Socio* [en ligne], 2015, n° 13, pp. 113-140, [consulté le 14 septembre 2020], Disponible sur : <http://journals.openedition.org>

- S -

SACHS T., VERNAC S.

- « La fondamentalisation d'un ordre libéral », *RDT*, 2014, p. 528.

SAENKO L.

- « L'employeur, le salarié et sa clé USB », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 66.

SARGOS P.

- « La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale », Cour de cassation, Rapport annuel, 2004, pp. 97-102.

SAUVAJOL-RIALLAND C.

- « Infobésité, gros risques et vrais remèdes », *L'Expansion Management Review*, 2014, vol. 152, n° 1, p. 110-118.

SAUVÉ J.-M.

- « L'autorité du droit de l'Union européenne : le point de vue des juridictions constitutionnelles et suprêmes », Congrès du 25^{ème} anniversaire de l'Académie de droit européen [en ligne], Trèves, 19 oct. 2017, [consulté le 4 mai 2020], Disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr>

SAVATIER J.

- « La liberté dans le travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 49.

- « La protection de la vie privée des salariés », *Dr. soc.*, 1992, p. 329.

SCHMITT M.

- « La dimension sociale du traité de Lisbonne », *Dr. soc.*, 2010, p. 682.

SCHULTIS C.

- « Le traitement des données dans le cadre des relations de travail dans le règlement sur la protection des données personnelles », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 265.

SCIBERRAS J.-C.

- « Le temps de travail et qualité de vie au travail. Éclairage sur les mutations du travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 121.

SCIBERRAS J-C., SANDRET N.

- « À quoi sert l'évaluation des salariés ? », *RDT*, 2008, p. 498.

SEILLAN H.

- « Rayon de soleil dans l'obscurité dangereuse de la jurisprudence *Snecma* », *D.*, 2015, p. 2496.

SERVAIS J.-M.

- « Travailleurs des plateformes numériques de services : quelles garanties sociales ? », *Revue Interventions économiques* [en ligne], 2018, n° 60, [consulté le 1^{er} septembre 2020], Disponible sur : <http://journals.openedition.org>

SIMITIS S.

- « Quatre hypothèses et quatre dilemmes, Quelques propos sur l'état actuel de la protection des données personnelles des salariés », *Dr. soc.*, 2002, p. 88.

SIRINELLI P., PRÉVOST S.

- « Des puces et des hommes », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 125.

SOURBÈS B., PROBST A.

- « Controverse : faut-il une "autre" réforme du télétravail ? », *RDT*, 2020, p. 514.

STRUILLON Y.

- « Surveillance et cyber-surveillance du salarié », *BICC*, n° 787, 2013, pp. 52-75.

SUPIOT A.

- « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1989, p. 195.

- « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.*, 1990, p. 485.

- « Temps de travail : pour une concordance des temps », *Dr. soc.*, 1995, p. 947.

- « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.*, 2000, p. 131.

- « Travail, droit et technique », *Dr. soc.*, 2002, p. 13.

- « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.*, 2003, p. 59.

- « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.*, 2019, p. 822.

SUSSET E.

- « Les enjeux de l'analyse économique du droit », *Labyrinthe*, 2001, n° 9, pp. 111-114.

- T -

TADROS A.

- « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D.*, 2018, p. 1765.

TESSIER N.

- « L'impact des modes de gestion des cadres sur le stress au travail », *Management & Avenir*, 2006, vol. 8, n° 2, pp. 143-158.

TEYSSIÉ B.

- « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.*, 2004, p. 1680.

- « Droit du travail et droit des affaires », *D.*, 2004, p. 2698.

- « Loi et contrat collectif de travail : variations à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cah. Cons. const.*, n° 17, mars 2005.

TIMSIT G.

- « Normativité et régulation », *Cah. Cons. const.*, n° 21, janvier 2007.

THIBIERGE C.

- « Le droit souple », *RTD civ.*, 2003, p. 599.

TOURNIQUET H.

- « Les droits fondamentaux au secours des salariés », *Dr. soc.*, 2019, p. 512.

TÜRK P.

- « L'autodétermination informationnelle : un droit fondamental émergent ? », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 616.

- V -

VALEMBOIS A.-L.

- « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *Cah. Cons. const.*, n° 17, mars 2005.

VEDRENNE-VILLENEUVE E.

- « L'inégalité sociale devant la mort dans la première moitié du XX^e siècle », *Population* [en ligne], 1961, vol. 16, n° 4, p. 565-698, [consulté le 10 juin 2015], Disponible sur : <https://www.persee.fr/>

VERDIER J.-M.

- « Le pouvoir syndical dans l'entreprise », *Pouvoirs*, 1983, n° 26, pp. 55-67.

VÉRICEL M.

- « Contrôler la durée du travail par géolocalisation », *RDT*, 2019, p. 644.

- « L'accord sur le télétravail : un accord de compromis qui reste à la marge du normatif », *RDT*, 2021, p. 59.

VERKINDT P.-Y.

- « La sécurité juridique et la confection de la loi », *Dr. soc.*, 2006, p. 720.

- « Santé au travail vs pouvoir de direction, un retour vers la théorie institutionnelle de l'entreprise ? », *Dr. soc.*, 2008, p. 519.

- « L'évaluation du salarié sous le regard du juge », *Dr. soc.*, 2009, p.48.

- « La collectivité de travail ou "la belle inconnue" », *Dr. soc.*, 2012, p. 1006.

- « À propos de la notion d'"ordre public conventionnel" », *Sem. Soc. Lamy*, n° 1751, 9 janvier 2017.

- « La bête noire est morte. À propos de la commission santé sécurité et conditions de travail », *Sem. Soc. Lamy*, n° 1790, 2017.

- « La légitimité de la loi en droit du travail », *Dr. soc.*, 2018, p. 114.

- « Travail et santé au travail dans la stratégie nationale de santé 2018-2022 », *RDSS*, 2018, p. 437.

- « L'appel aux droits fondamentaux en matière sociale », *Dr. soc.*, 2019, p. 503.

VIGNEAU Ch.

- « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. soc.*, 2004, p. 706.

VULBEAU A.

- « Contrepoint, l'infobésité et les risques de surconsommation », *Informations sociales*, 2015, vol. 191, n° 5, p. 35.

- W -

WAQUET, Ph.

- « Vie personnelle, vie professionnelle du salarié », *CSBP*, 1994, n° 64, p. 289.

- « Le temps de repos », *Dr. soc.*, 2000, p. 288.

- « La vie personnel du salarié », *Dr. soc.*, 2004, p. 23.

WEISSE-MARCHAL C.

- « L'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les ordres juridiques nationaux », *Rev.UE*, 2013, p. 601.

WOLMARK C.

- « Quelle place pour le travail dans le droit du travail ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 439.

VII.2 ARTICLES NON SCIENTIFIQUES

ABITEBOUL S., FROIDEVAUX Ch.

- « Big data : l'enjeu est moins la donnée personnelle que la disparition de la personne, Entretien autour de l'informatique avec A. ROUVROY », *Le Monde en collaboration avec The Conversation* [en ligne], 22 janvier 2016, [consulté le 23 janvier 2016], Disponible sur : <https://www.lemonde.fr>

BACH F.

- « La performance des réseaux de neurones est assez mystérieuse », *L'Usine nouvelle*, n° 3517, semaine du 25 au 31 mai 2017, p. 32.

ESCHAPASSE B.

- « Combien de temps passez-vous sur le Net au travail ? », *Le Point* [en ligne], 24 mars 2016, [consulté le 24 mars 2016], Disponible sur : <http://www.lepoint.fr>

FRISON-ROCHE A.-M.

- « Le versant juridique de la mondialisation », *La revue des deux mondes* [en ligne], décembre 1997, p. 51, [consulté le 4 mai 2020], Disponible sur : <https://www.revuedesdeuxmondes.fr>

GARNIER J.

- « Au siège de Sanofi, les employés sont géolocalisés par une puce électronique, *Le Monde*, [en ligne], 18 avril 2016, [consulté le 22 avril 2019], Disponible sur : <https://www.lemonde.fr>

JACQUETIN P.

- « Les risques existants et émergents », *Regards*, 2017, vol. 51 n° 1, p. 73.

LESNES C.

- « Aux Etats-Unis, des puces électroniques implantées sur des salariés », le 30 juillet 2017, *Le Monde*, 31 juillet 2017.

- « Les entreprises de la "tech" ont déserté les bureaux de San Francisco et misent durablement sur le travail à distance », *Le Monde*, 26 février 2021.

LHULLIER G.

- « Les juristes sont-ils des clercs ? Sur la dimension anthropologique du droit », *Esprit*, Novembre 2002, n° 289, pp. 183-195.

MADÉLINE B.

- « Le travail décent, un enjeu mondial », *Le Monde*, 23 mai 2019.

MELTZ R.

- « Marc L... », *Le tigre* [en ligne], 2008, n° 28 p. 36-37, [consulté le 17 octobre 2019], Disponible sur : <http://www.le-tigre.net>

REY-LEFEBVRE I.

- « Le télétravail bouscule l'immobilier de bureau », *Le Monde*, 29 juin 2020.

VITARD A.

- « Des chauffeurs réclament un droit d'accès aux algorithmes de planification de course utilisés par Uber », *L'Usine Nouvelle*, [en ligne], le 20 juillet 2020, [consulté le 21 août 2020], Disponible sur : <https://www.usine-digitale.fr>

BENSSOUSSAN J.

- « le droit des robots », Les cafés économiques de Bercy, [en ligne], 5 avr. 2016, [consulté le 18 sept. 2020], Disponible sur : <https://blogs.economie.gouv.fr>

VIII – SITES INTERNET

assemblee-nationale.fr
anact.fr
cigref.fr
classiques.uqac.ca
cnil.fr
coe.int
cncdh.fr
cnum.cnam.fr
conseil-constitutionnel.fr
conseil-etat.fr
courdecassation.fr
curia.europa.eu
dares.travail-emploi.fr
entreprises.gouv.fr
eurofound.europa.eu
gallica.bnf.fr
halshs.archives-ouvertes.fr
ifop.com
ihpm.hypotheses.org

ilo.org
imt-bs.eu
inrs.fr
ladocumentationfrancaise.fr
legifrance.gouv.fr
openedition.org
osha.europa.eu
persee.fr
revuedlf.com
senat.fr
tel.archives.ouvertes.fr
travail-emploi.gouv.fr
tresor.economie.gouv.fr
vie-publique.fr
who.int

TABLE DE JURISPRUDENCE

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

1970

Cons. const., 16 juillet 1971, n° 71-44 DC.

1980

Cons. const. 22 juillet 1980, n° 80-117 DC.
Cons. const. 16 janvier 1982, n° 81-132 DC.
Cons. const. 27 juillet 1982, n° 82-141 DC.
Cons. const. 20 juillet 1988, n° 88-244 DC.
Cons. const. 25 juillet 1989, n° 89-257 DC.

1990

Cons. const. 8 janvier 1991, n° 91-283 DC.
Cons. const. 20 janvier 1993, n° 92-316 DC.
Cons. const. 18 janvier 1995, n° 94-352 DC.
Cons. const. 6 novembre 1996, n° 96-383 DC.
Cons. const. 22 avril 1997, n° 97-389 DC.
Cons. const. 10 juin 1998, n° 98-401 DC.
Cons. const. 23 juillet 1999, n° 99-416 DC.
Cons. const. 16 décembre 1999, n° 99-421 DC.

2000

Cons. const. 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC.
Cons. const. 13 mars 2003, n° 2003-467 DC.
Cons. const. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC.
Cons. const. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC.
Cons. const. 29 avril 2004, n° 2004-494 DC.
Cons. const. 28 décembre 2006, n° 2006-545 DC.
Cons. const. 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC.
Cons. const. 16 août 2007, n° 2007-555 DC.

2010

Cons. const. 16 septembre 2010, n° 2010-25 QPC.
Cons. cont. 12 mai 2010, n° 2010-605 DC.
Cons. const. 29 avril 2011, n° 2011-123 QPC.
Cons. const. 30 novembre 2012, n° 2012-285 QPC.
Cons. const. 22 mars 2012, n° 2012-652 DC.
Cons. const. 26 juillet 2013, n° 2013-333 QPC.
Cons. const., 29 décembre 2013, n° 2013-684 DC.
Cons. const. 27 mars 2014, n° 2014-692 DC.
Cons. const. 5 août 2015, n° 2015-715 DC.
Cons. const. 5 octobre 2016, n° 2016-579 QPC.
Cons. const. 21 octobre 2016, n° 2016-591 QPC.
Cons. cont 17 novembre 2016, n° 2016-739 DC.
Cons. cont. 21 juin 2018, n° 2018-766 DC.

Cons. const., 20 décembre 2019, n° 2019-794 DC.

Cons. const., 26 février 2021, n° 2020-885 QPC.

CONSEIL D'ÉTAT

CE 1^{er} février 1980, n° 06361, *Peinture Corona*.

CE ass., 27 octobre 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge*.

CE 7 juin 2000, n° 191828, *SA Roulle*.

CE 20 octobre 2010, n° 327916, *Société Centrapel*.

CE ass., 11 avril 2012, n° 322326, *GISTI*.

CE 15 décembre 2017, n° 403776, *Société Odeolis*.

COUR DE CASSATION

Chambre mixte :

Ch. mixte 18 mai 2007, n° 05-40.803, Bull. chambre mixte, n° 3.

Chambre commerciale :

Com., 10 février 2015, n° 13-14.779, Bull. IV, n° 20.

Chambre criminelle :

Cass. crim., 24 mai 1973, n° 71-93.051, Bull. crim., n° 239.

Cass. crim., 3 juin 1975, n° 75-90.687, Bull. crim., n° 141.

Cass. crim., 26 janvier 1993, n° 89-85.389, Bull. crim., 1993, n° 43.

Cass. crim., 4 mars 2003, n° 02-82.194, Bull. crim., n° 58.

Chambre civile :

Cass. civ. 2^{ème}, 29 avr. 2004, n° 02-19.432, Bull. civ. II, n° 201.

Chambre sociale :

1960

Cass. soc., 7 février 1968, n° 65-40.622, Bull., n° 86.

1970

Cass. soc., 17 octobre 1973, n° 72-40.360, Bull., n° 484.

1980

Cass. soc., 13 mai 1980, n° 78-15.782, Bull. soc., n° 424.

1990

Cass. soc., 3 juillet 1990, n° 87-40.349, Bull. 1990 V, n° 329.

Cass. soc., 17 avril 1991, n° 90-42.636, Bull. V, n° 201.

Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, Bull. V, n° 519.

Cass. soc., 22 janvier 1992, n° 90-42.517, Bull. V, n° 30.

Cass. soc., 1^{er} juin 1994, n° 91-40.695, inédit.

Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, Bull. V, n° 386.

Cass. soc., 19 novembre 1996, n° 94-19.404, Bull. V, n° 392.

Cass. soc., 14 mai 1997, n° 94-45.473, Bull. V, n° 175.

Cass. soc., 12 novembre 1997, n° 95-16.947, Bull. civ. V, n° 368.

Cass. soc., 10 décembre 1997, n° 95-42.661, Bull. civ. V, n° 434.
Cass. soc., 16 décembre 1997, n° 95-41.326, Bull. V, n° 441.
Cass. soc., 16 juillet 1998, n° 96-41.480, inédit.
Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, Bull. civ. V, n° 7.

2000

Cass. soc., 1^{er} février 2000, n° 98-46.201, Bull. civ. V, n° 53.
Cass. soc., 14 mars 2000, n° 98-42.090, Bull. civ. V, n° 101.
Cass. soc., 28 mars 2000, n° 98-60.440, Bull. civ. V, n° 133.
Cass. soc., 19 décembre 2000, n° 98-40.572, Bull. civ. V, n° 437.
Cass. soc., 15 mai 2001, n° 99-42.937, Bull. civ. V, n° 168.
Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, Bull. civ. V, n° 291.
Cass. soc., 2 octobre 2001 n° 99-42.727, Bull. civ. V, n° 292.
Cass. soc., 28 février 2002, n° 00-11.793, Bull. civ. V, n° 81.
Cass. soc., 9 avril 2002, n° 99-44.534, inédit.
Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-42368, inédit.
Cass. soc., 26 novembre 2002, n° 00-42.401, Bull. civ. V, n° 352.
Cass. soc., 17 février 2004, n° 01-45.889, inédit.
Cass. soc., 18 février 2004, n° 01-46.313, inédit.
Cass. soc., 6 avril 2004, n° 01-45.227, Bull. civ. V, n° 103.
Cass. soc., 26 mai 2004, n° 03-60.358, Bull. civ. V, n° 141.
Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02-41.720, 02-41.771, Bull. civ. V, n° 187.
Cass. soc., 13 juillet 2004, n° 02-15.142, Bull. civ. V, n° 205.
Cass. soc., 5 mars 2015, n° 13-26.321, inédit.
Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017, Bull. civ. V, n° 165.
Cass. soc., 29 juin 2005, n° 03-44.412, Bull. civ. V, n° 219.
Cass. soc., 30 novembre 2005, n° 04-13.877, Bull. civ. V, n° 343.
Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43.914, Bull. civ. V, n° 223.
Cass. soc., 28 février 2006, n° 05-41.555, Bull. civ. V, n° 87.
Cass. soc., 18 octobre 2006, n° 04-48.025, Bull. civ. V, n° 308.
Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818, Bull. civ. V, n° 84.
Cass. soc., 29 janvier 2008, n° 06-45.279, inédit.
Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-45.888, Bull. civ. V, n° 46.
Cass. soc., 9 juillet 2008, n° 06-45.800, Bull. civ. V, n° 150.
Cass. soc., 13 novembre 2008, n° 07-60.434, n° 07-60.465, n° 08-60.331, Bull. civ. V, n° 219.
Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-44.408, Bull. civ. V, n° 82.
Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-40.274, Bull. civ. V, n° 153.
Cass. soc., 21 octobre 2009, n° 07-43.877, Bull. civ. V, n° 226.

2010

Cass. soc., 9 février 2010, n° 08-45.253, inédit.
Cass. soc., 7 avril 2010, n° 08-44.865 à 08-44.869, Bull. civ. V, n° 86.
Cass. soc., 14 avril 2010, n° 09-60.426 et 09-60.429, Bull. civ. V, n° 100.
Cass. soc., 12 juillet 2010, n° 09-66.339, Bull. 2010, V, n° 168.
Cass. soc., 22 septembre 2010, n° 09-41.495, inédit.
Cass. soc., 16 février 2011, n° 10-60.189 et 10-60.191, inédit.
Cass. soc., 23 mars 2011, n° 08-45.140, inédit.
Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, Bull. civ. V, n° 181.
Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-18.036, Bull. civ. V, n° 247.
Cass. soc., 10 janvier 2012, n° 10-23.482, Bull. civ. V, n° 2.

Cass. soc., 12 février 2012, n° 10-18.686, Bull. civ. V, n° 58
Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-13.884, Bull. 2012, V, n° 135.
Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-30.266, Bull. civ. V, n° 208.
Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-12.502, inédit.
Cass. soc., 26 septembre 2012, n° 11-14.540, Bull. civ. V, n° 250.
Cass. soc. 18 décembre 2012, n° 11-17.634, inédit.
Cass. soc., 23 janvier 2013, n° 11-20.356, Bull. civ. V, n° 16.
Cass. soc., 12 février 2013, n° 11-28.649.
Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-22.082, Bull. civ. V, n° 71.
Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 12-15.206, inédit.
Cass. soc., 8 octobre 2014, n° 13-14.991, Bull. civ. V, n° 230.
Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-22.890, Bull. civ. V, n° 301.
Cass. soc., 17 décembre 2014 n° 13-23.645, inédit.
Cass. soc. 3 mars 2015, n° 13-20.410, Bull. civ. V, n° 38.
Cass. soc. 3 mars 2015, n° 13-20.411, inédit.
Cass. soc., 22 octobre 2015, n° 14-20.173, Bull. civ. V, n° 838.
Cass. soc., 14 décembre 2015, n° 14-17.152, inédit.
Cass. soc., 26 janvier 2016, n° 14-15.360, P.
Cass. soc., 9 février 2016, n° 14-18.567, inédit.
Cass. soc., 13 avril 2016, n° 14-28.293, Bull. civ. V, n° 849.
Cass. soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, Bull. civ. V, n° 209.
Cass. soc., 5 juillet 2017, n° 16-12.386, inédit.
Cass. soc., 5 octobre 2017, n° 16-23.106 à n° 16-23.111, Bull. civ. V, n° 173.
Cass. soc., 15 novembre 2017, n° 15-21.188, inédit.
Cass. soc., 20 décembre 2017, n° 16-19.609, inédit.
Cass. soc., 17 janvier 2018, n° 16-15.124, Bull. civ. V, n° 2.
Cass. soc., 13 juin 2018, n° 16-25.301, Bull. civ. V, n° 113.
Cass. soc., 12 septembre 2018, n° 16-11.690, P.
Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079, P.
Cass. soc., 19 décembre 2018, n° 17-14.631, P.

2020

Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, P.
Cass. soc., 23 septembre 2020, n° 18-23.474, P.
Cass. soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, P.
Cass. soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, P.

COUR D'APPEL

CA Paris, 30 avril 1963.
CA Toulouse, 21 septembre 2011, n° 11/00604.
CA Lyon, 21 février 2014, n° 12/06988.
CA Lyon, 24 mars 2014, n° 13/03463.
CA Grenoble, 25 septembre 2018, n° 16//04373.
CA Douai, 30 novembre 2018, n° 2199/18.
CA Paris, 16 janvier 2020, n° 17/03388.
CA Versailles, 24 avril 2020, n° 20/01993.
CA Versailles, 17 février 2021, n° 18/04396.

JURIDICTIONS du 1^{er} DEGRÉ

TGI Nanterre, 20 novembre 2009, n° 09/09717.
CPH Boulogne-Billancourt, 19 novembre 2010, n° 10/853.
TGI Paris, 1^{er} avril 2011, n° 11/52847.
TGI Lyon, 4 septembre 2012, n° 11/05300.
TGI Paris, 6 avril 2018, n° 17/60436.
TJ Nanterre, 17 juin 2020, n° 20/02552.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

1970

CEDH, 25 avril 1978, req. n° 5856/72, *Tyrer c/ Royaume-Uni*.
CEDH, 9 octobre 1979, req. n° 6289/73, *Airey c/ Irlande*.
CEDH, 13 juin 1979, req. n° 6833/74, *Marcks c/ Belgique*.

1980

CEDH, 25 mars 1983, req. n° 7136/75, *Silver et autres c. Royaume-Uni*.
CEDH, 26 mars 1987, req. n° 9248/81, *Leander c/ Suède*.

1990

CEDH, 29 novembre 1991, req. n° 12849/87, *Vermeire c/ Belgique*.
CEDH, 16 décembre 1992, req. n° 13710/88, *Niemietz c/ Allemagne*.
CEDH, 27 septembre 1995, req. n° 18984/91, *Mac Cann c/ Royaume-Uni*.
CEDH, 25 juin 1997, req. n° 20606/92, *Halford c/ Royaume-Uni*.

2000

CEDH, 16 février 2000, req. n° 27798/95, *Amann c/ Suisse*.
CEDH, (final), 29 juillet 2002, req. n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*.
CEDH, 8 juillet 2004, req. n° 53924/00, *Vo c/ France*.
CEDH, 3 avril 2007, req. n° 62617/00, *Copland c/ Royaume-Uni*.
CEDH, 4 décembre 2008, req. n° 30562/04 et 30566/04, *S. Marper c/ Royaume-Uni*.
CEDH, 29 mai 2009, req. n° 26713/05, *Bigaeva c/ Grèce*.

2010

CEDH, 5 juin 2015, req. n° 46043/14, *Lambert et autres c/ France*.
CEDH, 12 janvier 2016, req. n° 61496/08, *Bărbulescu c/ Romania*.
CEDH, Gde ch., 7 septembre 2017, req. n° 61496/08, *Bărbulescu c/ Romania*.
CEDH, 9 janvier 2018, req. n° 1874/13, 8567/13, *Lopez Ribalda et autres c/ Espagne*.
CEDH, 22 février 2018, req. n° 588/13, *Libert*.
CEDH, Gde ch., 17 octobre 2019, req. n° 1874/13, 8567/13, *Lopez Ribalda et autres c/ Espagne*.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

1960

CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, Rec. 1963, p. 3.

2000

- CJCE, 7 septembre 2006, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-484/04, Rec. 2006, p. 7471.
CJUE, gde ch., 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05, Rec. 2007, p. 10779.
CJUE, gde ch., 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05, Rec. 2007, p. 11767.
CJUE, 16 décembre 2008, *Heinz Huber*, aff. C-524/06, Rec. 2008, p. 9705.

2010

- CJUE, gde. ch., 9 novembre 2010, *Volker und markus schecke et Eifert*, aff. jointes C-92/09 et C-93/09, Rec. 2010, p. 11063.
CJUE, 26 février 2013, *Akerberg Fransson*, , aff. C-617/10.
CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. jointes C-293/12 et C-594/12.
CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain c/ Costeja*, aff. C-131/12.
CJUE, 16 juillet 2015, *ClientEarth c/ EFSA*, aff. C-615/13.
CJUE, gde ch., 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15.

TABLE NORMATIVE

I – TRAITÉS ET CONVENTIONS INTERNATIONAUX

- Constitution de l'OIT, issue de la Partie XIII du Traité de Paix de Versailles signé le 28 juin 1919.
- Déclaration concernant les buts et objectifs de l'organisation internationale du travail, CIT, 26^e session, 10 mai 1944, dite Déclaration de Philadelphie.
- Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, CIT, 1977, amendée en 2000 (279^e session), et 2006 (295^e session), révisée en 2017 (329^e session).
- Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, CIT, 97^e session, Genève, 10 juin 2008.
- Convention n° 155 sur la sécurité et la santé des travailleurs, entrée en vigueur le 11 août 1983.
- Convention n° 187 sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail, entrée en vigueur le 20 février 2009.

II – CONSEIL DE L'EUROPE

- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, (STE 005), ouverte à la signature à Rome le 4 novembre 1950.
- Charte sociale européenne (STE 035), ouverte à la signature à Turin le 18 octobre 1961, entrée en vigueur le 28 février 1965.
- Charte sociale européenne (STE 163), ouverte à la signature à Strasbourg le 3 mai 1996, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1999.
- Recommandation Rec(89)2 du Comité des Ministres aux États membres sur le traitement des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi, adoptée le 19 janvier 1989.
- Recommandation CM/Rec(2015)5 du Comité des Ministres sur le traitement des données à caractère personnel dans le cadre de l'emploi, 1^{er} avril 2005.

III – UNION EUROPÉENNE

- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

- DIRECTIVES ET RÈGLEMENTS

- Directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JOCE, L 183, 29 juin 1989, p. 1.
- Directive 90/270/CEE du Conseil du 29 mai 1990 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives au travail sur des équipements à écran de visualisation, JOCE, L 156, 21 juin 1990, p. 14.
- Directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, JOCE, L 307, 13 décembre 1993, p. 18.
- 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, JOCE, L 281, 23 novembre 1995, p. 31.

- Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JOUE, L 119, 4 mai 2016, p. 1.

- RÉSOLUTIONS

- Résolution du Parlement européen du 12 mars 2014 sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers États membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures, 2013/2188(INI).

- Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 sur les règles de droit civil pour la robotique, 2015/2103(INL).

- Résolution du Parlement européen du 19 février 2019 sur une politique industrielle européenne globale sur l'intelligence artificielle et la robotique, 2018/2088(INI).

- Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission concernant un cadre pour les aspects éthiques de l'intelligence artificielle, de la robotique et des technologies connexes, 2020/2012(INL).

- Résolution du Parlement européen contenant des recommandations à la Commission sur le régime de responsabilité civile pour l'intelligence artificielle, 2020/2014(INL).

- Résolution du Parlement européen du 21 janvier 2021 concernant des recommandations à la Commission sur le droit à la déconnexion, 2019/2181(INL).

- Résolution du Parlement européen du 20 janvier 2021 sur l'intelligence artificielle, 2020/2013(INI).

- Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, 2020/2129(INL).

IV – ORDONNANCES ET LOIS

- Ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprises, JORF du 23 février 1945.

- Loi n° 46-730 du 16 avril 1946 fixant le statut des délégués du personnel dans les entreprises, JORF du 17 avril 1946.

- Loi n° 68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises, JORF du 31 décembre 1968.

- Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, JORF du 19 juillet 1970.

- Loi n° 71-575 du 16 juillet 1971 portant organisation de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente, JORF du 17 juillet 1971.

- Loi n° 73-1195 du 27 décembre 1973 relative à l'amélioration des conditions de travail, JORF du 30 décembre 1973.

- Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF n° 6 du 7 janvier 1978, p. 227.

- Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, JORF n° 181 du 6 août 1982, p. 2518.

- Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail JO n° 265 du 14 novembre 1982, p. 3414.
- Loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, JORF n° 300 du 26 décembre 1982, p. 3858.
- Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, JORF n° 1 du 1^{er} janvier 1993, p. 19.
- Loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle JORF n° 295 des 20 et 21 décembre 1993, p. 17769.
- Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JORF n° 15 du 18 janvier 2002, p. 1008.
- Loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, JORF n° 193 du 22 août 2003, p. 14310.
- Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n° 105 du 5 mai 2004, p. 7983.
- Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF n° 182 du 7 août 2004, texte n° 2.
- Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, JORF n° 27 du 1^{er} février 2007, texte n° 4.
- Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République JORF n° 171 du 24 juillet 2008, texte n° 2.
- Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JORF n° 194 du 21 août 2008, texte n° 1.
- Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JORF n° 261 du 10 novembre 2010, texte n° 1.
- Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JORF n° 71 du 23 mars 2012, texte n° 1.
- Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, JORF n° 138 du 16 juin 2013, texte n° 1.
- Loi n° 2014-40 du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et la justice d'un système de retraites, JORF n° 17 du 21 janvier 2014, texte n° 1.
- Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, JORF n° 189 du 18 août 2015, texte n° 3.
- Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n° 184 du 9 août 2016, texte n° 3.
- Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF n° 235 du 8 octobre 2016, texte n° 1.
- Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n° 74 du 28 mars 2017, texte n° 1.
- Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, JORF n° 223 du 23 septembre 2017, texte n° 31.

- Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, JORF n° 223 du 23 septembre 2017, texte n° 33.
- Ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention, JORF n° 223 du 23 septembre 2017, texte n° 37.
- Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, JORF n° 141 du 21 juin 2018, texte n° 1.
- Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JORF n° 194 du 21 août 2008, texte n° 1.
- Ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel, JORF n° 288 du 13 décembre 2018, texte n° 5.
- Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, dite « loi PACTE », JORF n° 119 du 23 mai 2019, texte n° 2.
- Loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, JORF n° 299 du 26 décembre 2019, texte n° 1.
- Loi n° 2021-1018 du 2 août 2021 pour renforcer la prévention en santé au travail, JORF n° 178 du 3 août 2021, texte n° 2.

V – AUTRES NORMES

- ACCORRS EUROPÉENS ET NATIONAUX INTERPROFESSIONNELS

- Accord-cadre du 16 juillet 2002 sur le télétravail.
- ANI du 19 juillet 2005 relatif au télétravail, étendu par arrêté du 30 mai 2006, JORF n° 132 du 9 juin 2006, texte n° 86.
- ANI du 2 juillet 2008 relatif au stress au travail, étendu par arrêté du 23 avril 2009, JORF n° 105 du 6 mai 2009, texte n° 90.
- ANI du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail, étendu par arrêté du 23 juillet 2010, JORF n° 175 du 31 juillet 2010, texte n° 82.
- ANI du 19 juin 2013 vers une politique d'amélioration de la Qualité de Vie au Travail et de l'égalité professionnelle, étendu par arrêté du 15 avril 2014, JORF n° 95 du 23 avril 2014, texte n° 75.
- ANI du 26 novembre 2020 relatif à la mise en œuvre réussie du télétravail, étendu par arrêté du 2 avril 2021, JORF n° 87 du 13 avril 2021, texte n° 71.
- ANI du 10 décembre 2020 pour une prévention renforcée et une offre renouvelée en matière de santé au travail et conditions de travail.

- DÉLIBÉRATIONS DE LA CNIL

- Délibération n° 2015-165 du 4 juin 2015 portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes

publics ou privés destinés à géolocaliser les véhicules utilisés par leurs employés (norme simplifiée n° 51).

- Délibération n° 2016-186 du 30 juin 2016 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs ayant pour finalité le contrôle d'accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail et garantissant la maîtrise par la personne concernée sur son gabarit biométrique (AU-052).

- Délibération n° 2018-327 du 11 octobre 2018 portant adoption de la liste des types d'opérations de traitement pour lesquels une analyse d'impact relative à la protection des données est requise.

- Délibération n° 2019-001 du 10 janvier 2019 portant règlement type relatif à la mise en œuvre de dispositifs ayant pour finalité le contrôle d'accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail.

- Délibération n° 2019-160 du 21 novembre 2019 portant adoption d'un référentiel relatif aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre aux fins de gestion du personnel.

- Délibération n° 2019-118 du 12 septembre 2019 portant adoption de la liste des types d'opérations de traitement pour lesquels une analyse d'impact relative à la protection des données n'est pas requise.

- LIGNES DIRECTRICES DU G29 ET CEPD

- G29, Avis 8/2001 sur le traitement des données à caractère personnel dans le contexte professionnel, (WP 48), adopté le 13 septembre 2001.

- G29, Avis 15/2011 sur la définition du consentement, (WP 187), adopté le 13 juillet 2011.

- G29, Avis 03/2013 sur la limitation des finalités, (WP 203), adopté le 2 avril 2013.

- G29, Avis 06/2014 sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE, (WP 217), adopté le 9 avril 2014.

- G29, Lignes directrices concernant l'analyse d'impact relatives à la protection des données (AIPD) et la manière de déterminer si le traitement est « susceptible d'engendrer un risque élevé » aux fins du règlement (UE) 2016/679, (WP 248 rév.01), adopté le 4 avril 2017.

- G29, Avis 2/2017 sur le traitement des données sur le lieu de travail, (WP 249), adopté le 8 juin 2017.

- G29, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisées et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, (WP 251 rev.01), version révisée et adoptée le 6 février 2018

- G29, Lignes directrices sur le consentement au titre du règlement (UE) 2016/679 (WP 259 rev.01), adoptées le 10 avril 2018.

- G29, Lignes directrices sur la transparence au sens du règlement (UE) 2016/679, (WP 260 rev.01), version révisée et adoptée le 11 avril 2018

- CEPD, Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679, adoptées le 4 mai 2020.

INDEX RAISONNÉ¹

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

- A -

Action de substitution : 816, 817

Algorithme : 443, 472, 656, 911

- évaluation : v. le mot

- B -

Base de données économiques et sociales :
366

Base juridique : 409, 470, 499, 653

- consentement : 63, 324, 386, 417-418, 467, 470,
479-482, 499, 650, 660-661

- contrat : 413, 651

- intérêt légitime : 415-416, 441, 470, 652

- obligation légale : 414

- C -

Charte de droits fondamentaux de l'UE :
61, 63, 186, 249, 322 et s, 525, 554, 636,
850

- effet direct : 560 et s

Charte sociale européenne : 61, 63, 289,
555

- CEDS : 556 et s

- effet direct : 561

Comité d'hygiène, de sécurité et des
conditions de travail (CHSCT) : 190, 236,
240, 745, 748 et s, 784, 789 et s, 796, 803

Comité social et économique (CSE) : 131,
158, 426, 746 et s, 764, 766, 782, 785, 788
et s, 796 et s, 802, 805 et s, 811, 821

Commission nationale informatique et
libertés (CNIL) : 104, 155, 160, 369,
372- 373, 404, 408, 416, 421-424, 446,
463-465, 484, 486, 848, 851

Commission santé, sécurité et conditions
de travail : 750

Communauté de travail : 772-776

Conseil constitutionnel : 180, 335-336,
534, 536-549, 637-638, 662, 762-763, 768-
769, 774, 817, 855-856, 866, 870, 882-
887, 889-891

Consentement : 36, 135, 442, 484, 492-
494, 583, 619, 817

Consultation : 749, 768-769, 787, 804

- ponctuelle : 790-792

- récurrente : 788-789

Contrat de travail : 583-586, 588, 596-597,
602

- intuitu personae : 601

Convention de forfait en jours : 268-271,
290, 545, 548, 557, 561, 694

- D -

Dialogue social : 641, 688, 735, 760-762,
765-766, 770, 778, 780, 800, 803, 821,
824, 865-866, 877-878, 909

Dignité : 167, 225, 254, 314, 322, 389,
479, 500, 510, 519, 524, 564, 603-611,
633-634, 636, 638, 728

- axiome : 516, 522

- Conseil constitutionnel : 637

- Conseil d'État : 523

Donnée à caractère personnel : 63, 331-
333, 342, 352-354, 429

- donnée anonymisée : 343-347

- donnée biométrique : 373, 382

- donnée pseudonomisée : v. donnée anonymisée

- donnée de santé : 367-369

- minimisation : 445

Droit à l'autodétermination
informationnelle : 479, 665-667

Droit à la déconnexion : 292, 296-297, 797

Droit à la participation : 749, 762, 768,
774, 778, 904

- cogestion : 767

¹ Pour éviter de surcharger l'index, seuls figurent les renvois jugés pertinents.

Droit à la protection des données à caractère personnel : 316, 319, 323-325, 330-331, 336, 542

- droit à la portabilité : 493, 496
- droit à l'effacement : 489-491, 494
- droit d'accès : 464, 485-486
- droit de rectification : 456
- droit d'opposition : 440, 483-484

Droit à la (protection de la) santé : 63, 186, 229, 269-270, 290, 539, 543-545

Droit au repos : 56, 63, 251, 267, 271

Droit au respect de la vie privée : 63, 74, 85

- arrêt *Nikon* : 86-88
- CEDH : 92-94, 108-111
- constitutionnalisation : 540-541
- présomption de professionnalité : 98
- preuve : v. droit de la preuve

Droit d'alerte : 805-806, 809

- atteinte aux droits des personnes : 807,
- danger grave et imminent : 186, 293, 301-302, 811-813, 821

Droit de la preuve : 104-107

- E -

Effectivité : 68-69, 238, 250, 259, 265, 297, 418, 460, 466, 481, 506, 508-511, 513, 535, 550-551, 554, 558-559, 569, 617, 619, 648, 657, 662, 666-668, 673, 683, 701, 708, 725, 739, 784, 787, 786-787

Évaluation : 416, 428-433, 443, 446-448, 651, 653, 662

- algorithme : 449, 453
- finalité : 433, 448
- minimisation : v. données à caractère personnel
- pouvoir de direction : 432
- profilage et décision automatisée : 437-442, 449, 471, 656
- facteur de risque : v. santé

Expertise : 794-795, 799-803, 821

- Domaine : 797-798
- Financement : 796

- F -

Finalités (traitement des données) : 401-406, 415-416, 433, 452, 654-655v. évaluation

- détournement : 407-408

- I -

Intelligence artificielle : 232, 431, 443, 527-528, 593, 656, 790

Intérêt légitime (de l'employeur) : 99, 174
- traitement des données à caractère personnel : v. base juridique

- J -

Justice sociale : 61, 510, 634-636

- L -

Liberté d'entreprendre : 88, 180-181, 575
- conseil constitutionnel : 545, 574, 576, 579-580, 587
- pouvoir de direction : 88, 577

Liberté du travail : 523

- décret d'Allarde : 740
- délit de coalition :

Liberté syndicale : 738, 741, 762, 778, 817
- Loi Le Chapelier : 740

Loi : 859, 862, 875

- accessibilité, intelligibilité : 886-887
- incompétence négative : 890
- négociation légiférante : 867
- lobbying : 868-869
- renvoi : 891

- N -

Négociation collective : 731, 860, 870-874, 877, 879

- O -

Ordre public : 893

- absolu : 894
- conventionnel : 873, 896
- social : 895

- P -

Pénibilité : 287, 690, 696-697, 699-700
- C2P, C3P : 698

Personnalité juridique : 530

- robot : 531-533

Principe de proportionnalité : 166, 171, 178, 327, 524, 570, v. également surveillance

Privacy by design : 420

- étude d'impact : 421
- registre des activités de traitement : 425-426

- Q -

Qualité de vie au travail (QVT) : 643, 685, 687

- ANI du 19 juin 2013 : 296, 686
- ANI du 10 décembre 2020 (QVTC) : 686

Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) : 547-549

- S -

Santé :

- ANI du 10 décembre 2020 : 680, 688, 695, 714, 717, 867, 867
- bien-être : 680-687
- entreprise institutionnelle : 679
- écran de visualisation : 208, 713
- évaluation : 207, 210, 212, 240, 299, 426-427, 695, 711, 716-717, 721-722
- exosquelette : 210
- intelligence artificielle : 198, 214-215
- objet connecté : 189-190, 210, 217
- risque : 205-206
- télétravail : 211, 214, 217
- obligation de sécurité : 227, 234-236, 239, 283-284, 703-709, 894

- prévention primaire : 207, 211, 286, 435, 684, 697, 714
- principe de prévention : 236, 699, 704, 711-721

Stress : 275, 281-284

- ANI du 20 juillet 2008 : 294, 298

Subordination : 583-584, 586-587

- requalification : 585

Surveillance : 143 et s

- activité professionnelle : 149
- information (du salarié) : 158-162
- loyauté : 146, 163
- panoptique : 142, 167
- périmètre : 145, 154-155
- principe de proportionnalité : 174-179
- réseaux sociaux : 150-152
- vie privée : 172

- T -

Télétravail : 123, 125, 128-130, 785, v. également santé

- accord-cadre du 16 juillet 2002 : 126
- ANI du 19 juillet 2005 : 127
- ANI du 26 novembre 2020 : 132
- Covid-19 : 131, 135
- domicile : 138
- vie privée : 134-136

Travail décent : 633 et s

TABLE DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux pages)

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	V
INTRODUCTION	1
Partie 1 - L'influence manifeste des TIC sur les droits fondamentaux du salarié.....	51
Titre 1 - La vie privée et la santé du salarié à l'épreuve des TIC : une protection en recul....	53
Chapitre 1 - Le respect de la vie privée du salarié à l'épreuve des TIC : un droit en tension..	55
Section 1 - Le droit au respect de la vie privée du salarié face aux TIC : une protection en question.....	57
§1 - Le droit au respect de la vie privée du salarié : une recherche prétorienne d'équilibre.....	59
A - La reconnaissance prétorienne du droit au respect de la vie privée au travail....	60
1 - Le droit au respect de la vie privée reconnu par la Cour de cassation : l'arrêt Nikon....	60
2 - Le droit au respect de la vie privée reconnu par la CEDH.....	63
B - Le droit au respect de la vie privée du salarié : une protection réduite face à l'essor des TIC.....	66
1 - Une protection limitée par la Cour de cassation.....	68
2 - La protection relative devant la CEDH	79
§2 - La pénétration du travail salarié dans les espaces dédiés à la vie privée et personnelle.....	84
A - Le travail posté constitutif d'une unité de lieu de travail.....	85
1 - Le rassemblement des ouvriers dans un lieu unique de travail	85
2 - Un lieu clos de travail : la séparation des espaces privé et professionnel	87
B - Le travail nomade constitutif de l'éclatement des lieux de travail.....	90
1 - Les multiples visages du travail à distance.....	91
2 - Les accommodements du droit au respect de la vie privée	96
Conclusion de la Section 1.....	101
Section 2 - Les TIC au service de la surveillance au travail.....	103
§ 1 - L'extension du pouvoir de surveillance du fait des TIC.....	105
A - Les frontières de la surveillance redessinées par les TIC.....	106
1 - L'activité professionnelle : la reconstitution de l'objet de la surveillance	106
2 - Le nouveau dessin du périmètre d'exercice de la surveillance	110
B - Le salarié surveillé par la machine : le principe de loyauté en question.....	112
1 - L'obligation d'information : une limite au pouvoir de surveillance	112
2 - Des procédés de surveillance échappant à l'obligation d'information.....	114

§2 - Le principe de proportionnalité à l'épreuve de la cyber-surveillance.....	117
A - Le principe de proportionnalité au prisme de la cyber-surveillance : une restriction juridiquement admise.....	118
1 - Cyber-surveillance et droits des personnes : l'impossible conciliation ?	118
2 - La conciliation rendue acceptable par le principe de proportionnalité ?	120
B - Le contrôle de proportionnalité : la mesure de la finalité de la surveillance.....	121
1 - L'intérêt légitime de l'entreprise : la justification de la restriction	121
2 - le caractère proportionné : ultime étape du contrôle	124
Conclusion de la Section 2.....	127
Conclusion du Chapitre 1.....	129
Chapitre 2 - Les TIC : un facteur de risque pour la protection de la santé au travail.....	131
Section 1 - Le travail saisi par les TIC.....	133
§1 - L'emprise de la technique sur le travail : un facteur de risque pour la santé du salarié ?.....	136
A - La perte de sens, facteur de souffrance au travail.....	138
1- Du travail divisé par la technique au travail virtuel : une perte de sens renouvelée.....	139
2 - Les effets de la technique sur la reconnaissance du travail	143
B - Les TIC : un facteur de risque professionnel.....	145
1 - Les TIC : facteurs de risques professionnels sur la santé physique ?.....	146
2 - Les TIC : facteur de risque professionnel sur la santé mentale ?	150
§2 - L'emprise de la technique sur le travail : la productivité et la protection de la santé en tension.....	154
A - La construction d'un droit de la santé face au machinisme.....	155
1 - Rationalité et standardisation dans les organisations : la quête de performance.....	155
2 - La santé physique : le principe de réparation	157
B - La santé au travail face aux TIC	159
1 - Le travail organisé par les TIC : la recherche de performance renouvelée	159
2 - Le choix de l'organisation à l'épreuve de l'obligation de santé et de sécurité.....	162
Conclusion de la Section 1.....	167
Section 2 - Les conditions de travail saisies par les TIC : le renouvellement des questions de santé au travail.....	171
§1 - L'équilibre conditions de travail, repos, santé remis en question par les TIC.....	173
A - L'intrication des temps de repos et temps de travail du fait des TIC.....	174
1 - Le temps de repos : une limite nécessaire posée au temps de travail.....	175
2 - Le temps de repos : une limite menacée par les TIC.....	178
B - La protection juridique du repos en tension face à l'autonomie acquise grâce aux TIC.....	180
1 - Le droit à la déconnexion : un rempart face à l'intrication des temps ?.....	181
2 - L'encadrement jurisprudentiel des conventions de forfait en jours	185

§2 - L'emprise des TIC sur les conditions de travail: un facteur de dégradation de la santé ?.....	189
A - Les facteurs technologiques dégradant la santé au travail.....	190
1 - Les sources technologiques de la dégradation des conditions de travail.....	191
2 - L'exposition aux facteurs technologiques : les risques pour la santé.....	195
B - La prévention des conditions numériques de travail en question.....	202
1 - La prévention négociée.....	203
2 - Le salarié : acteur de sa santé	207
Conclusion de la Section 2.....	209
Conclusion du Chapitre 2.....	211
Conclusion du Titre 1.....	213
Titre 2 - Les données à caractère personnel du salarié: une protection en devenir.....	215
Chapitre 1 - L'ampleur de la collecte des données du salarié : un enjeu de protection spécifique.....	219
Section 1 - La protection des données à caractère personnel du salarié: un droit reconnu.....	220
§1 - Le droit à la protection des données : une reconnaissance à degré variable.....	221
A - Un droit autonome à valeur fondamentale au sens de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.....	222
1 - La reconnaissance d'un droit autonome	223
2 - La portée du caractère fondamental.....	226
B - Le droit à la protection des données : un droit dérivé.....	228
1 - La reconnaissance par la CEDH.....	228
2 - La reconnaissance constitutionnelle	230
§2 - Les données à caractère personnel du salarié.....	232
A - L'identification du salarié : le critère déterminant.....	232
1 - Une personne physique identifiée ou identifiable	232
2 - L'anonymisation d'une donnée	234
B - Vie privée et donnée à caractère personnel : une complémentarité relative.....	236
1 - Une complémentarité de domaine	236
2 - L'absence d'identité des notions	238
Conclusion de la Section 1.....	240
Section 2 - L'absence de prise en compte des spécificités propres au salarié face à l'augmentation exponentielle des données collectées.....	241
§1- Du badge à la puce RFID, l'ampleur de la collecte.....	242
A - L'étendue des données concernant le salarié.....	242
1 - Les données en lien avec la vie privée et personnelle	242
2 - Les données relatives à l'activité professionnelle	244
3 - Les données de santé	245

B - Les dispositifs numériques.....	247
1 - Les dispositifs extérieurs au salarié.....	247
2 - Les dispositifs sous cutanés : le cas des puces RFID	249
§2 - Une protection non spécifique au salarié.....	250
A - Des recommandations internationales à visée sectorielle.....	250
1 - Les recommandations du BIT en faveur d'une protection spécifiques au travail.....	250
2 - Le Conseil de l'Europe favorable à une approche sectorielle	252
B - Une réglementation européenne à visée généraliste.....	254
1 - La position du groupe de travail « article 29 » sur la protection des données.....	254
2 - Une volonté européenne d'harmonisation.....	256
Conclusion de la Section 2.....	257
Conclusion du Chapitre 1.....	259
Chapitre 2 - La protection des données à caractère personnel du salarié : un cadre juridique à double face.....	261
Section 1 - Les principes présidant au traitement des données concernant le salarié....	263
§1 - Les traitements opérés par l'employeur confrontés aux exigences travaillistes....	264
A - Des finalités à l'épreuve du droit du travail et du RGPD.....	264
1 - Une appréciation variable des finalités.....	265
2 - Une réutilisation limitée en discussion.....	269
B - La licéité du traitement à l'épreuve du droit du travail et du RGPD.....	271
1 - La variété des fondements appliquée à la relation de travail.....	271
2 - Le changement de logique induit par le contrôle « par défaut » du traitement	276
§2 - Le cas particulier des évaluations à l'épreuve du droit du travail et du RGPD....	280
A - L'évaluation numérique : le libre choix du procédé.....	280
1 - Une liberté de choix soumise à une double appréciation	281
2 - L'évaluation par profilage et décisions automatisées.....	283
B - La minimisation des données collectées aux fins d'évaluation.....	288
1 - La volonté de minimisation des données en droit	288
2 - La délicate minimisation des données en pratique.....	289
Conclusion de la Section 1.....	293
Section 2 - Les principes dérivant du traitement des données concernant le salarié.....	295
§1 - Le droit à l'information : facteur de transparence.....	296
A - La dualité des sources : une entrave au principe de transparence ?.....	296
1 - L'éparpillement des sources : un frein au droit à l'information	297
2 - De la dualité des sources à la dualité des recours.....	298
B - La nécessaire qualité de l'information.....	301
1 - La qualité matérielle de l'information au service de la maîtrise informationnelle.....	302
2 - L'importance du moment de la délivrance de l'information.....	304

§2 - Les droits du salarié : un exercice peu effectif.....	306
A - Les droits initiaux en tension.....	307
1 - Consentir et s'opposer : des droits peu opérants	307
2 - Accéder et rectifier : de la difficulté d'exercice	310
B - Les droits nouveaux en question.....	311
1 - Des droits nouveaux	311
2 - Quels nouveaux droits pour le salarié ?.....	314
Conclusion de la Section 2.....	315
Conclusion du Chapitre 2.....	315
Conclusion du Titre 2.....	317
Conclusion de la Partie 1	319
Partie 2 - Le renforcement nécessaire des droits fondamentaux du salarié	
face à l'essor des TIC dans l'entreprise	321
Titre 1 - Les droits fondamentaux du salarié : une protection à redéfinir.....	323
Chapitre 1 - Les droits fondamentaux du salarié : une place à confirmer.....	325
Section 1 - L'affirmation de la primauté des droits fondamentaux	
sur les TIC en discussion.....	326
§1 - L'enracinement du caractère fondamental hors du plan formel.....	327
A - Le dépassement des sources formelles.....	328
1 - L'affirmation du principe de dignité fondant le primat de l'homme.....	328
2 - La dignité au sens axiologique, un principe controversé.....	331
B - Le principe de dignité déstabilisé par l'importance donnée aux TIC.....	333
1 - La dimension économique des TIC.....	334
2 - La personnalité juridique des robots, une fiction en passe de concrétisation ?	336
§2 - Primauté formelle fondée sur le caractère fondamental du droit.....	338
A - La fundamentalité dérivant de la Constitution.....	339
1 - Le contrôle abstrait : un contrôle créateur.....	341
2 - Le contrôle concret : un contrôle resté modeste.....	347
B - La fundamentalité hors de la Constitution.....	349
1 - L'intensité variable des mécanismes de contrôle	350
2 - La justiciabilité variable des droits devant les juridictions de l'ordre interne.....	355
Conclusion de la Section 1.....	359

Section 2 - La place des droits fondamentaux de la personne salariée.....	361
§1 - La place des droits fondamentaux du salarié au sens formel :	
une place en balance.....	362
A - Une place acquise dans le Code du travail.....	362
1 - Les libertés du salarié : principe ou exception ?.....	363
2 - L'office du juge dans l'application de l'article L.1121-1.....	364
B - Une place en concurrence face au pouvoir de direction.....	365
1 - La liberté d'entreprendre face aux droits fondamentaux du salarié	366
2 - Le pouvoir de direction, borné par le contrat de travail	372
§2 - La place des droits fondamentaux du salarié au sens axiologique.....	377
A - « Le travail n'est pas une marchandise ».....	378
1 - La vision économique du travail	378
2 - Travail et travailleur : une distinction historique nécessaire mais fictive	382
B - La dignité du travail : réconcilier travail et travailleur.....	386
1 - La dignité au travail : un principe fondateur du droit du travail.....	386
2 - Pour une mise en œuvre prétorienne raisonnée	387
Conclusion de la Section 2.....	390
Conclusion du Chapitre 1.....	391
Chapitre 2 - Les droits fondamentaux du salarié : un rempart à renforcer.....	393
Section 1 - Renforcer la place de la personne au travail.....	395
§ 1 - De la frontière entre les vies privée et professionnelle au travail décent.....	396
A - L'érosion de la vie privée à l'ère numérique.....	397
1 - L'existence de la vie privée en débat.....	398
2 - La fragmentation de la vie du salarié.....	400
B - La protection de la personne au travail par le travail décent.....	403
1 - Consacrer un droit au travail décent : la recherche d'un ancrage.....	403
2 - Caractériser le travail décent	408
§2 - Définir un cadre de protection des données spécifique à la relation de travail.....	412
A - Harmoniser des obligations du responsable du traitement.....	412
1 - Catégoriser les traitements au regard des risques pesant sur les droits du salarié.....	413
2 - Limiter les finalités et les données au regard de l'exécution du contrat de travail.....	416
B - Renforcer les droits effectifs de la personne salariée concernée par le traitement de ses données.....	417
1 - Le droit à l'information du salarié : un devoir de transparence de l'employeur	418
2 - Des droits individuels à renforcer au niveau collectif.....	420
Conclusion de la Section 1.....	423

Section 2 - Affermir la place de la protection de la santé au travail.....	425
§1 - Pour un droit à la santé effectif : une nécessaire prise en compte globale de la santé au travail intégrant les TIC.....	426
A - L'implication de l'entreprise dans la santé au travail.....	426
1 - L'entreprise dépositaire d'une mission de santé.....	427
2 - L'objet de la santé : l'ambivalence entre la santé au travail et la performance.....	430
B – Étendre le champ d'application de la protection de la santé à tous les aspects du travail.....	437
1 - La compréhension de « tous les aspects du travail » : l'apport pluridisciplinaire nécessaire	438
2 - Prendre en compte de la pénibilité technologique : un ancrage renouvelé dans la prévention.....	441
§2 - Traduire la prise en charge globale de la santé dans les obligations de l'employeur.....	445
A - Le renforcement de l'obligation de santé et de sécurité par une prise en compte globale de la santé au travail.....	446
1 - Réflexions sur la double mue de l'obligation de sécurité.....	446
2 - Un ancrage européen, l'occasion d'une effectivité renouvelée ?	449
B - Un renouveau des principes de prévention de la santé.....	451
1 - Reconfigurer les principes de prévention.....	452
2 - La force des principes de prévention à parfaire.....	456
Conclusion de la Section 2.....	459
Conclusion du Chapitre 2.....	461
Conclusion du Titre 1.....	463
Titre 2 - La voie collective : le clair-obscur de l'effectivité de la protection.....	465
Chapitre 1 - Un nécessaire renouveau des relations collectives.....	467
Section 1 - Les relations collectives : la participation à l'équilibre des pouvoirs en discussion.....	469
§ 1 - La double acception du terme « collectif ».....	469
A - Les relations collectives instituées par le droit en devenir.....	470
1 - La représentation désignée en quête de légitimité.....	470
2 - Le rétrécissement de la représentation élue à l'aune de la rationalisation.....	473
B - Les collectifs de travail saisis par le droit.....	477
1 - Le collectif de travail à l'ère industrielle : l'unité de temps propice à la construction d'un collectif de travail.....	478
2 - Le collectif de travail à l'ère numérique : le bris de l'unité de lieu.....	480

§ 2 - Une double fonction participant à l'équilibre des pouvoirs.....	482
A - L'exercice de la fonction représentative : la participation au dialogue social.....	482
1 - Des acteurs au service de la participation à la détermination collective des conditions de travail	483
2 - La portée de la participation à la gestion de l'entreprise.....	486
B - La fonction structurante.....	489
1 - Le collectif au sens d'une communauté juridique de travail.....	489
2 - La fonction du collectif de travail dans la protection des salariés.....	492
Conclusion de la Section 1.....	494
Section 2 - La défense des intérêts des salariés par le collectif : la nécessaire prise en compte des TIC.....	495
§ 1 - La prise en compte des TIC dans la défense des intérêts collectifs.....	495
A - La place des TIC dans la prise en compte des intérêts collectifs par les IRP.....	495
1 - La place des TIC dans les IRP au sein des entreprises de moins de cinquante salariés.....	496
2 - Les consultations visant les TIC dans les entreprises d'au moins cinquante salariés.....	498
B - Les enjeux de l'information éclairée par l'expertise.....	503
1 - Un éclairage incontournable.....	504
2 - Un éclairage sous conditions	507
§ 2 - La prise en compte des TIC dans la défense des intérêts individuels.....	509
A - Le droit d'alerte des représentants du personnel.....	509
1 - Droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes	510
2- Droit d'alerte en cas de danger grave et imminent.....	512
B - Les limites de l'action de substitution des syndicats.....	513
1 - Un domaine d'action limité	514
2 - Un domaine d'action subordonné à l'accord tacite du salarié.....	515
Conclusion de la section.....	517
Conclusion du Chapitre 1.....	519
Chapitre 2 - L'influence de la voie collective dans les instruments normatifs.....	521
Section 1 - Le droit versus la régulation.....	523
§ 1 - La mise en concurrence du système juridique.....	523
A - La place du système juridique au regard des autres systèmes.....	524
1 - La place du droit : les données de l'équation	524
2 - Le droit, facteur d'équilibre social : entre contrainte et idéal de justice	526
B - La concurrence normative en droit du travail.....	527
1 - La dimension économique du droit du travail.....	528
2 - La dimension sociale du droit du travail	529

§ 2 - Le système juridique sous influence.....	531
A - Le monopole de la production normative étatique en question.....	532
1 - La pluralité des acteurs à la source de la production normative.....	532
2 - La pluralité des acteurs à la source du droit du travail.....	534
B - Vers la fin du système fermé et hiérarchisé ?.....	536
1 - L'ouverture du système juridique.....	537
2 - Vers un système juridique réticulaire.....	539
Conclusion de la Section 1.....	541
Section 2 - La loi versus la convention.....	543
§ 1 - La promotion du droit négocié.....	544
A - La participation négociée au contenu normatif.....	544
1 - La participation à l'élaboration de la loi.....	545
2 - L'obligation de négocier au niveau infra-législatif :	
un principe à valeur constitutionnelle.....	549
B - Le droit négocié : instrument privilégié de légitimation de la loi.....	552
1 - La recherche du consensus justifiant la promotion de l'accord de volonté.....	553
2 - Un fléchissement de la loi.....	555
§ 2 - La loi : un moteur de la protection du salarié.....	558
A - L'indispensable part d'hétéronomie garantie par le Conseil constitutionnel.....	558
1 - La dimension formelle : le contrôle de la qualité du contenu normatif.....	559
2 - La dimension matérielle du contrôle constitutionnel.....	562
B - Les dérives du tout conventionnel.....	565
1 - L'ordre public social relatif.....	565
2 - La part non négociable d'hétéronomie.....	568
Conclusion de la Section 2.....	570
Conclusion du Chapitre 2.....	571
Conclusion du Titre 2.....	573
Conclusion de la Partie 2.....	575
Conclusion générale.....	577
BIBLIOGRAPHIE.....	581
TABLE DE JURISPRUDENCE.....	615
TABLE NORMATIVE.....	621
INDEX RAISONNÉ.....	627

Le 2 octobre 2021 l'arrêt Nikon fêtera ses vingt ans. Le 2 octobre 2001, la Cour de cassation consacrait pour le salarié le droit au respect de l'intimité de la vie privée « même au temps et au lieu de travail ». En vingt ans, les mutations technologiques que l'entreprise a connues se sont répercutées sur la relation de travail. Pour le salarié, ces répercussions s'opèrent, d'abord, sur la perception du travail ; elles se déploient, ensuite, au niveau de l'organisation du travail et affectent, enfin, les conditions de travail. Elles se traduisent par la remise en cause de la protection juridique de la personne au travail. Pour l'employeur, les solutions technologiques offrent des perspectives de performance renouvelées. Elles se traduisent également par une collecte massive de données à caractère personnel concernant le salarié, créant une asymétrie informationnelle et mettant en tension le droit à l'autodétermination informationnelle issu du droit à la protection des données. Face aux transformations du travail liées au contexte technologique, l'amélioration du cadre normatif garantissant l'effectivité des droits fondamentaux de la personne au travail s'impose comme un enjeu de justice sociale. À un premier niveau de réponse, pris sous l'angle des droits individuels, s'ajoute la dimension collective. Afin de permettre aux instances représentatives d'exercer pleinement leur fonction de contre-pouvoir, l'intégration de la question technologique dans le dialogue social est déterminante. En revanche, bien que de récentes réformes aient promu la négociation collective au rang d'instrument normatif idéal pour réguler les relations du travail, de tels enjeux en matière de protection de la personne au travail face à l'emprise des TIC justifient l'intervention du législateur.

On October 2, 2021, the Nikon judgement will celebrate its twenty years. On 2 October 2001, the Court of Cassation established for the employee the right to the respect for the privacy of private life “even at the time and place of work”. In twenty years, the technological changes that the company has undergone have had an impact on the employment relationship. For the employee, these repercussions take place, first of all, on the perception of work; they then take place within the work organization and, finally, affect working conditions. They result in the questioning of the legal protection of the person at work. For the employer, technological solutions offer renewed performance perspectives. They also result in a massive collection of personal data concerning the employee, creating an informational asymmetry and putting in tension the right to informational self-determination resulting from the right to data protection. Facing the transformations of work, linked to the technological context, the improvement of the normative framework guaranteeing the effectiveness of fundamental human rights at work is an issue of social justice. In addition to a first level of response, taken from the point of view of individual rights, there is the collective dimension. In order to enable the representative bodies to fully exercise their function as counter-powers, the integration of the technological question into the social dialogue is decisive. On the other hand, although recent reforms have promoted collective bargaining as an ideal normative instrument for regulating labour relations, such challenges in the protection of the person at work in the face of the influence of ICT justify legislative intervention.

