

## VIE PRIVEE, VIE SALARIEE

**Hubert Bouchet, vice-président délégué**  
**Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés**

Madame la Présidente, Mesdames Messieurs,

Un jeune homme souhaite un jour révéler son homosexualité à l'un de ses meilleurs amis. Il lui adresse un mail depuis son lieu de travail et commet une fausse manipulation qui envoie ce message sur tous les postes de l'entreprise. Il sera licencié par son employeur pour avoir utilisé la messagerie électronique de l'entreprise à des fins personnelles. La juridiction prud'homale, qui sera saisie de la régularité de ce licenciement, et bien qu'étant composée à parité de représentants d'employeurs et de représentants de salariés, décidera à la majorité que le licenciement est régulier.

L'employé d'un fabricant d'ordinateurs ayant téléchargé des images pornographiques sur le web a vu son licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse par le Conseil des prud'hommes de Nanterre le 13 janvier 2000.

En revanche, le Conseil des prud'hommes de Montbéliard a, le 19 septembre 2000, considéré comme régulier le licenciement d'une salariée à laquelle était reproché d'avoir utilisé le matériel de l'entreprise pour informer une ex. salariée de l'entreprise des réorganisations en cours.

Le 17 novembre 2000, c'est la 17<sup>ème</sup> chambre correctionnelle du Tribunal de grande instance de Paris qui a jugé que la loi du 10 juillet 1991 sur le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications s'appliquait à « toutes les communications à distances actuellement connues », y compris le réseau Internet.

Parmi d'autres, ces exemples manifestent l'actuel tâtonnement de la jurisprudence par rapport à une question que l'Internet et les réseaux placent au cœur de la problématique vie privée – vie salariée, qui elle-même se renouvelle.

Très longtemps, en effet, un antagonisme fort séparait vie privée et vie salariée. Cela se manifestait par une quasi proscription, au moins formelle, de toute vie privée au travail. Le règlement intérieur de nombreuses entreprises en atteste, règlement intérieur dans lequel s'exprime le pouvoir réglementaire privé du chef d'entreprise.

Au cours des dernières décennies du 20<sup>ème</sup> siècle, l'idée qu'une part irréductible de vie privée du salarié peut exister dans l'entreprise a pris corps. Désormais, il est admis que le salarié n'abandonne pas toute souveraineté et tout droit à la vie privée dès lors qu'il franchit les portes de l'entreprise qui l'emploie.

Naturellement, dans l'entreprise, ce droit à la vie privée coexiste avec le droit de l'employeur qui, « en bon père de famille », doit veiller à la bonne exécution du contrat de travail et à la pérennité du patrimoine. Une tension naturelle résulte des intérêts différents, sinon divergents, des deux parties en présence.

### **I – Etat des lieux des techniques et de la vie privée dans l'entreprise :**

C'est à l'intérieur de cette tension qu'il convient de traiter la vie privée, en sachant :

- que le lien de subordination qui caractérise la relation de travail rend cette dernière dissymétrique ;
- que les techniques ne cessent d'offrir des fonctionnalités susceptibles d'être de plus en plus intrusives ;
- que l'évolution du travail, de plus en plus immatériel, en affecte la nature et demande une implication faite de créativité et d'innovation, qui ont partie liée avec la liberté.

Ainsi, les techniques donnent des moyens d'accroître la transparence du salarié au moment même où celui-ci a fait reconnaître son droit à la vie privée et où, dans nos sociétés, la confiance faite à l'homme au travail conditionne, de plus en plus, son efficacité professionnelle.

S'agissant des techniques, bien qu'il s'inscrive dans leur prolongement, Internet se caractérise par une différence de nature avec des générations précédentes qui, toutes, ont affecté le travail humain.

Trois générations de techniques d'information et de communication, au moins, ont connu des applications majeures ici.

La première génération est celle de l'automatisation qui, dans l'industrie, vit installer des automates, d'abord dans le but de relayer les hommes à la peine, ensuite d'accroître le savoir par l'ordinateur.

La seconde génération a vu, par enrichissement ou mutations, les T I C se doter de fonctionnalités nouvelles permettant d'exercer une surveillance de la présence des salariés sur les lieux où ceux-ci devaient se trouver pour l'exécution de leurs contrats de travail. Badges, caméras vidéo et autocommutateurs ont pu à ce titre être qualifiés de "contremaîtres électroniques" avec un objectif premier de contrôle de la présence, de la vérification de la localisation et, subséquentement, de mesure de la productivité.

Nous sommes au cœur de la troisième génération qui, sûrement par enrichissement, et, plus encore que les précédentes, par mutation, voit ouvrir des fonctionnalités qui sont celles des réseaux dont INTERNET constitue la figure contemporaine.

Au premier abord, ces technologies illustrent ce que la C N I L a affirmé à maintes reprises "jadis nous étions fichés parce que quelqu'un souhaitait nous fiché. Aujourd'hui nous pouvons aussi être fichés du seul fait de la technologie qui produit des traces sans que nous en ayons toujours pleinement conscience".

Ces traces peuvent être classées en trois catégories :

- pour les besoins de l'entretien du système à titre préventif ou curatif : détecter les pannes, améliorer les performances ;
- pour les besoins de sécurité en n'autorisant l'accès au système qu'aux seuls utilisateurs habilités et savoir qui fait quoi et éviter malveillance et pillage consécutif à l'exposition de données, éventuellement stratégiques circulant à découvert, ou mal protégées, sur le réseau ;
- pour restreindre, par filtrage, certaines actions des utilisateurs, considérées hors du champ de leurs responsabilités, par l'entreprise.

À première vue, on pourrait penser que la troisième génération des TIC prolongerait seulement les effets et risques de la seconde génération par l'enregistrement plus détaillé de faits et gestes des salariés. Or, elle diffère par les possibilités radicalement nouvelles qu'elle offre et qui ouvrent à l'analyse possible du contenu des traces dont l'effacement est fastidieux.

En réalité, un champ nouveau est ouvert, à partir des traces laissées par chacun et traitées par des logiciels que les bricoleurs de génies n'ont cessé de créer, à l'établissement de véritables profils professionnels ou psychologiques, intrusifs mais prospectifs, hasardeux mais auxquels la technologie va conférer une crédibilité disproportionnée, quasiment une assurance d'infaillibilité.

Ainsi, des premiers balbutiements jusqu'à nous, l'histoire des T I C aura successivement connu :

- l'ère de la fonction productive et de savoir, aux premiers temps
- l'ère de la fonction rétrospective et de mémoire, ensuite
- l'ère de la fonction perspective et de miroir, nous y sommes
- l'ère de la fonction prédictive et de trajectoire...imaginable désormais.

L'ère de la fonction prédictive et de trajectoire est particulièrement redoutable. Des informations « venues d'ailleurs », parfois du plus intime, telles les analyses génétiques, pourront permettre d'opérer des tris que les techniques et pratiques d'hier ne permettaient pas d'envisager.

Là intervient la question de l'efficacité avec la métamorphose du travail humain, et à la substitution de l'énergie immatérielle ou virtuelle à la puissance physique. La dématérialisation du travail humain rend ce dernier plus furtif. Le contrôle et la mesure ne reposeront donc plus sur une objectivité comparable à celle des configurations précédentes où ardeur, énergie, adresse, expérience et présence fondaient la capacité, attestaient un niveau de qualification et traçaient une perspective de carrière plausible. L'unité de temps, de lieu et d'espace était la règle.

Le travail à composante immatérielle rompt avec ces règles, il ne peut être circonscrit par les paramètres de jadis. L'impossible enfermement dans les critères d'autrefois invite à rechercher d'autres modes d'appréciation qu'offre précisément le développement des techniques, celui des traces et des analyses qu'elles permettent. Avec elles, c'est la révélation du mode de raisonnement de chacun, la pénétration de ce qui, jusque là, constituait sa « boîte noire », qui deviennent possibles. Un risque nouveau pour l'individu résulte aussi de la dimension « solitaire » du travail immatériel, risque contrebalancé par la contreproductivité de tout ce qui est coercitif, pour ce type de travail, à la différence du travail à base de puissance physique que l'on peut « forcer ».

S'agissant des droits reconnus à la vie privée, l'article L. 120-2 du code du travail stipule désormais que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas proportionnées aux buts recherchés ».

En deçà de ce futur et du dévoilement possible du secret du fonctionnement de chacun, Internet a déjà permis d'accroître la surveillance et est au cœur d'un contentieux qui ne cesse de s'enrichir. La jeunesse de la technique explique les tâtonnements d'une jurisprudence en cours de construction et que les exemples, placés en préambule, illustrent. Ils font apparaître que les messages électroniques échangés ne sont pas protégés de manière absolue :

- d'une part, parce que la loi ne prive pas un employeur de la possibilité de placer les salariés sous écoute téléphonique dès lors qu'il peut attester de sa bonne foi ;
- d'autre part, parce qu'il est trop tôt pour considérer comme incontestablement établi, compte-tenu des termes divergents de la jurisprudence actuelle, que le lecteur d'un mail stocké sur un serveur de messagerie ou sur le disque dur d'un micro-ordinateur serait constitutif d'une interception de communication au sens de l'article L. 26-15 du code pénal.

Ainsi, la confirmation des premières jurisprudences, notamment prud'homales seraient en l'état actuel plus sévère à l'égard de l'usage de la messagerie électronique qu'elles ne furent hier à l'égard du téléphone et du minitel.

Dans cette situation loin d'être stabilisée, il importe d'éviter les dérives, sans entraver le meilleur usage des TIC dans leurs nouvelles fonctionnalités.

## **II - DEUX PRINCIPES ET UNE PRATIQUE POUR LA REGULATION**

Désormais c'est autour de deux principes et d'une pratique que s'organisent le contrôle et la surveillance des salariés dans l'entreprise, au regard de la protection de la vie privée.

La transparence, la proportionnalité sont les deux principes fondateurs que la discussion collective met en musique.

### 1. La transparence :

La transparence se traduit par l'obligation d'information des personnes à l'égard des moyens de contrôle dont elles peuvent être l'objet et de tout fichier ou traitement de données les concernant.

### 2. La proportionnalité :

C'est un autre principe cardinal de nos législations de protection des données.

Naturellement la question de la proportionnalité entre un objectif et les mesures adéquates pour l'atteindre est plus subjective et plus délicate à mettre en œuvre. De surcroît les réalités auxquelles ce principe s'applique sont multiformes, les situations concrètes du travail très différentes. On ne gère pas les salariés d'une entreprise artisanale comme ceux d'une centrale nucléaire ! La nature de l'entreprise, en son sein, celle du travail à effectuer, la place plus ou moins stratégique du salarié peuvent justifier des interprétations diversifiées du même principe de proportionnalité.

C'est là que doit pleinement jouer son rôle la discussion entre représentant des salariés et employeurs pour trouver le point d'équilibre de l'application du principe de proportionnalité aux situations diverses existant dans les entreprises en général et dans chaque entreprise, en particulier.

### 3. La discussion collective :

La discussion collective est la condition d'une réelle souplesse et la règle de la vie collective d'hommes de bonne volonté et éclairés. Cela dit, la différence d'intérêts entre les parties présentes de l'entreprise nécessite tout naturellement la réalisation du compromis, plus productif que l'oukase pour la meilleure implication de chacun. Tout compromis établit des règles et met un terme provisoire ou durable à des discussions.

En outre, la discussion collective, dans le domaine de la vie privée des salariés, est une condition de justice : dans ce lieu de subordination que demeure naturellement l'entreprise, la vie privée ne se défend pas seul mais à plusieurs.

### **ELEMENTS DE RECOMMANDATION : que faire pour le meilleur usage des T I C nées et à naître pour un équilibre "gagnant", "gagnant".**

#### 1. De la sécurité informatique , en général :

En préalable il doit être réaffirmé que la pérennité d'une entreprise lui impose de se protéger. Cette protection concerne tout naturellement les intrusions extérieures et les malveillances. C'est notamment la responsabilité des services de sécurité informatique. Ces derniers ont un rôle premier et en proportion du caractère stratégique et plus ou moins secret des données dont les risques de mise à découvert, donc de pillage, sont plus grands sur le réseau qu'ailleurs.

La mise en oeuvre de la sécurité informatique est un droit de l'employeur et son devoir pour la pérennité de son entreprise, avec la précaution de ne pas faire du secret un culte.

Parler de transparence à propos de la sécurité informatique postule simplement que le plan d'ensemble mis en oeuvre soit porté à la connaissance des salariés et de leurs représentants dans les instances de l'entreprise. Ce faisant les droits et devoirs de chacun seront précisés. Il ne s'agit pas de laisser toute information à "livre ouvert" mais de faire connaître les dispositifs qui permettront à chacun de prendre ses responsabilités en vertu du principe que, sauf exception, aucune des parties n'a intérêt à affaiblir l'entreprise dans laquelle il travaille.

## 2. La confiance et la loyauté comme principes :

La confiance constitue le sésame de l'implication des salariés. Elle se construit des droits et des devoirs des parties en présence. Nul ne contestera le droit et le devoir de l'employeur à protéger l'entreprise et à s'assurer de l'exécution du contrat de travail du salarié. De son côté ce dernier a un droit incontestable à la protection du droit au respect de sa part "irréductible" de vie privée qui se déroule dans l'entreprise.

L'établissement du point d'équilibre ne va pas de soi. La voie de la discussion pour un compromis est ici à privilégier pour établir droits et devoirs. Le choix de chartes établies sous la seule responsabilité de l'employeur est à proscrire : le caractère unilatéral qu'elles revêtent en général, les institue en avatar du règlement intérieur. Cela nourrit la suspicion et nombre d'entre elles pourraient être entachées d'irrégularité dans leurs modes d'établissement et dispositions.

## 3. De l'usage à des fins personnelles des moyens de communication de l'entreprise par ses salariés :

En étudiant, en France, les décisions de Justice rendues en matière de licenciement au motif que le salarié avait fait un usage personnel des moyens de communication mis à sa disposition par l'entreprise, nous nous sommes aperçus que le point d'équilibre entre un usage personnel légitime et admissible et l'interdiction pure et simple n'avait cessé de se déplacer depuis la plus grande tolérance vers la plus grande fermeté au fur et à mesure de la nouveauté technique. Un salarié peut recevoir un courrier personnel sur son lieu de travail et son employeur ne peut pas l'ouvrir. Un salarié peut généralement faire un usage personnel du téléphone sans être sanctionné ; il peut également, dans une mesure raisonnable, utiliser le minitel à des fins personnelles. Mais les premières décisions s'agissant des sites internet révèlent une sévérité nouvelle, avec parfois la proscription absolue de tout usage des moyens de communication d'une entreprise à des fins personnelles.

Crainte de l'attrait pour des sites internet « particuliers » ou généralement attractifs, détournement à d'autres fins du temps contractuellement dédié au travail, focalisent une large part de l'attention. La nouveauté des moyens de communication conduit à exacerber la crainte de voir des salariés distraire une proportion inacceptable de leur temps pour des activités extraprofessionnelles.

Là encore, le principe d'une interdiction absolue de tout usage extraprofessionnel des moyens de communication de l'entreprise ne devrait pas être retenu. Ce principe est tout à fait irréaliste et pourrait être tout à fait contreproductif. Un moment de navigation sur des sites extraprofessionnels devrait être la nouvelle « pause café » de nos sociétés de l'information et de la e-entreprise. Elle conditionne l'intensité des séquences de travail d'amont et d'aval.

Aussi convient-il de préférer à la proscription, la voie du filtrage de certains sites avec l'éventualité, explicite, encadrée et exceptionnelle, du contrôle a posteriori des temps de connexion par poste sans identification des sites consultés ou du palmarès des sites les plus souvent consultés mais alors sans identification nominative : telle est la recommandation de la CNIL.

#### 4. La négociation collective comme méthode :

La CNIL recommande ainsi une installation des préoccupations liées aux usages de l'informatique au cœur de la négociation entre les employeurs et les salariés aux différents niveaux interprofessionnels de branches et d'entreprises. Le parti de la confiance, pour l'efficacité, implique la discussion éclairée.

Encadrée au niveau réglementaire, interprofessionnelle et de branche, la discussion doit se dérouler dans les instances qui existent et déboucher sur le compromis entre les parties.

Le document adopté (charte, code de bonne conduite...) prescrirait de façon détaillée les applications diverses avec leur finalité pour satisfaire au principe de proportionnalité. De ce point de vue, l'entreprise n'est pas uniforme et il convient d'approprier la proportionnalité et la finalité à chaque situation particulière. Toutes n'exigent pas le même degré de sécurité et de surveillance.

L'extrême rapidité de l'évolution des techniques et l'adjonction de fonctionnalités nouvelles doivent conduire à ce que tout accord fasse l'objet d'une mise à jour périodique.

Le fait que la technique nouvelle produise des effets nouveaux ne disqualifie pas, pour autant, les pratiques et structures qui ont jusqu'alors montré leur efficacité. A n'en pas douter, la pratique de la négociation collective, par la souplesse et l'adaptabilité qu'elle offre, est sans pareille pour permettre de trouver, sans cesse, le juste point d'équilibre, dès lors que représentants des employeurs et des salariés sont de bonne volonté. Après avoir « digéré » les deux premières générations de TIC, il revient aux interlocuteurs sociaux de faire de même avec celle qu'Internet et les réseaux ont ouverte.

\*

## CONCLUSION

La métamorphose du travail humain engendre la substitution de l'énergie immatérielle à la puissance physique dans l'activité professionnelle. L'énergie immatérielle est à la base de la société de la connaissance qui est le présent d'un nombre chaque jour plus grand, de nos contemporains et la perspective, sinon l'avenir de tous. La mobilisation de l'énergie immatérielle exige des conditions, notamment celle de la liberté éclairée, qui n'étaient pas pareillement essentielles au déploiement de la puissance physique où la coercition pouvait s'avérer efficace. En corollaire, une forme de solitude est consubstantielle aux formes de travail immatériel où la distinction interindividuelle est naturelle.

Ce changement du centre de gravité de l'acte productif place la question de la surveillance au cœur du débat. Trop de surveillance engendre de la résistance passive, y compris à l'insu de la personne concernée. L'efficacité s'en ressent.

Cela confirme, s'il en était besoin, que la transparence et la discussion sont les « sésames », en un temps où l'information et les données deviennent les matériaux de base du travail. Informations et données s'enrichissent de l'échange à l'intérieur de règles toujours à perfectionner.

Dès lors, plutôt que de surveillance et de cybersurveillance, ne conviendrait-il pas de parler de régulation et de cyberrégulation ?