

## DOCUMENTS DE TRAVAIL

n°38

Février 2001

### **Nouvelles technologies de l'information et de la communication vie privée des salariés et responsabilité pénale**

**Marc RICHEVAUX**

Laboratoire Redéploiement Industriel et Innovation  
Maison de la Recherche en Sciences de l'Homme  
21, quai de la Citadelle 59140 DUNKERQUE (France)  
Téléphone : 03.28.23.71.47 – Fax : 03.28.23.71.10 – email : labrii@univ-littoral.fr

# **Nouvelles technologies de l'information et de la communication vie privée des salariés et responsabilité pénale**

**Marc RICHEVAUX**

**RÉSUMÉ** – Le contrôle de l'utilisation d'Internet par les salariés est légitime et n'est pas toujours illégal. Sa mise en oeuvre demande la plus grande prudence ; elle peut donner lieu à des infractions pénales d'atteinte à la vie privée des salariés. L'auteur n'est pas toujours l'employeur qui pourra être qualifié de complice, mais celui qui commet les faits : en pratique le directeur informatique ou autre cadre de l'entreprise chargé de la mise en oeuvre du contrôle. Les possibilités d'être exonéré de sa responsabilité pénale sont limitées. Quelques précautions à prendre : ne pas commettre d'infraction ; faire consulter le comité d'entreprise.

**ABSTRACT** – The control of the use of Internet by workers is legitimate and is not always illegal. The greatest caution is needed for its implementation; it may have as a consequence an attempt to the private life of workers. The responsible is not always the director who may be qualified as an accomplice, but the one who commits the facts: in the practice, the information system manager or another manager of the enterprise in charge of the implementation of the control. The ways to be exonerated of penal responsibilities are limited. Some precautions to take: avoid from making an infraction, ensuring consultation of the joint production committee

## TABLE DES MATIÈRES

Introduction	4
1. Les atteintes à la vie privée : définitions	7
1.1. Quelques exemples	8
1.2. Le cas particulier des mails : il s'agit de correspondance privée	10
2. Qui est l'auteur ?	11
2.1. Ce n'est pas l'employeur	11
2.2. La contrainte en droit pénal	12

# **Nouvelles technologies de l'information et de la communication vie privée des salariés et responsabilité pénale**

**Marc RICHEVAUX**

## **Introduction**

Ces derniers temps, on a assisté à un développement exponentiel d'Internet, réseau spécialisé dans l'information qui permet d'échanger des documents électroniques, données informatisées, des informations économiques, des schémas, du son, etc. ... Internet donne maintenant un accès de plus en plus rapide à une information de plus en plus fiable.

Dans le domaine économique, Internet se présente comme un outil d'information et de gestion de tout premier plan offrant aux entreprises de nombreux services interactifs : marketing en direct, publicité, affichage commercial, tarifs, y compris des possibilités de mise à jour automatiques, documentation technique, base de données à forte valeur ajoutée et bien d'autres moyens de gestion à moindre coût. Internet peut être ainsi un formidable outil pour augmenter la productivité des entreprises et améliorer leur gestion. Pour toutes ces raisons bon nombre d'entreprises ont déjà fait le choix de se connecter à Internet ou s'apprêtent à le faire dans un avenir plus ou moins proche. Ainsi, sur leurs lieux de travail, beaucoup de salariés peuvent déjà, ou pourront bientôt, se connecter à tout moment de la journée.

Internet est un outil si performant que les entreprises utilisatrices sont de plus en plus nombreuses. Parmi celles qui sont connectées, tous les salariés, ou un grand nombre d'entre eux, bénéficient souvent d'un accès large au réseau. Pour les employeurs, il s'agit d'un moyen de production à part entière qui facilite la réalisation d'une tâche de travail. Mais, la technique Internet est ainsi faite qu'elle peut aussi être utilisée à bien d'autres fins par les salariés. Même dans une procédure de licenciement pour faute grave d'un salarié un arrêt récent de la chambre sociale de la cour de cassation<sup>1</sup> a admis comme preuve que des écoutes téléphoniques réalisées après une information préalable de l'intéressé pouvaient servir de preuve dans une procédure de licenciement, mais il s'agit d'une espèce d'un caractère particulier qu'il serait hâtif de généraliser sans précautions. Un salarié dont la mission était de prendre des ordres de bourses par téléphone, se bornait à faire des paris pour son compte personnel, avec le matériel de l'entreprise et pendant le travail. Il avait été préalablement informé de l'existence des écoutes qui ont été admises comme preuve. Il n'en reste pas moins qu'il est nécessaire de bien circonscrire l'utilisation de tels éléments dans l'entreprise car ils peuvent être constitutifs du délit d'atteinte à la vie privée et de plus les enregistrements s'ils sont clandestins ne peuvent constituer des modes de preuves .

Le principe selon lequel les conventions s'exécutent de bonne foi<sup>2</sup> est aussi applicable au contrat de travail<sup>3</sup>. Il devrait logiquement conduire les salariés à un usage exclusivement professionnel de l'outil Internet de l'entreprise ou en tout cas à les inciter à un usage très modéré de cet outil lorsqu'il est fait à des fins personnelles. La réalité des entreprises est parfois différente.

---

<sup>1</sup> Cass soc 14 mars 2000 *jcp* 2001 II 10472 obs Catherine PUIGELLIER

<sup>2</sup> Art 1134 al 3 code civil

<sup>3</sup> art L 121-1 c t

Les responsables d'entreprise peuvent donc être tentés de mettre en place et de mettre en œuvre des procédures de contrôle de l'utilisation de cet outil par leurs salariés, ne serait-ce que pour éviter les détournements de l'utilisation qui sont possibles<sup>1</sup>. Mais aussi parfois pour des motifs moins nobles, tel cet employeur qui cherchait à s'introduire dans l'ordinateur d'une de ses subordonnées pour y commettre des erreurs et qui a ensuite licencié la salariée concernée, car celle-ci avait introduit dans son ordinateur des codes qu'elle était seule à connaître et qui empêchait ce responsable de continuer à procéder. La cour d'appel a considéré ce licenciement comme dépourvu de cause réelle et sérieuse<sup>2</sup>. De telles procédures de contrôle de l'utilisation d'Internet par les salariés **ne sont pas illicites**. Elles sont encadrées<sup>3</sup>. **Elles doivent cependant tenir compte des droits fondamentaux des salariés**<sup>4</sup>, y compris à l'intérieur de l'entreprise, en particulier le droit au respect de leur vie privée<sup>5</sup>.

Mais ce droit n'est pas le seul<sup>6</sup> dont la violation expose celui qui s'y livre à des sanctions pénales<sup>7</sup> qui peuvent être très lourdes, puisqu'il s'agit de peines d'amendes et même d'emprisonnement et, contrairement à des idées reçues, elles ne concernent pas que le seul employeur. Les concepts juridiques existants permettent largement de résoudre l'essentiel des problèmes que pose l'introduction et l'utilisation, y compris les dérives, d'Internet dans les entreprises. Bien souvent, pour régler ces problèmes il suffit de transposer des solutions qui ont déjà été élaborées au moment de la mise en œuvre de techniques, plus anciennes, mais proches, telles par exemple l'informatique<sup>8</sup> ou la vidéo<sup>9</sup> ou plus simplement le téléphone<sup>10</sup>.

Lorsque l'on parle des atteintes à la vie privée<sup>11</sup> on pense bien sûr aux images volées de stars du show-business publiées dans la presse<sup>12</sup> ou même à cette image d'un mannequin connue diffusée sur Internet sans son consentement<sup>13</sup>. On pense beaucoup moins à celles qui peuvent avoir pour cadre l'entreprise<sup>14</sup> et dont les salariés sont les victimes<sup>15</sup>. Il en existe.

---

<sup>1</sup> O. de TISSOT, Internet et contrat de travail. L'incidence de la connexion à Internet sur le contrat de travail, *dr soc* 2000.150. S. DARMAISIN, L'ordinateur, l'employeur et le salarié, *dr soc* 2000.580 pour un exemple de détournement de l'outil Internet par un salarié conseil de prud'homme Nanterre 13 janv. 2000, *L'express* 9 mars 2000 cité dans O. de Tissot

<sup>2</sup> ca douai ch soc 18 dec 1997 They c/ sarl infotab

<sup>3</sup> S. MATHON, Recommandation de la CNIL sur l'usage des NTIC au sein de l'entreprise réforme de la loi informatique et liberté : quels vont être les nouveaux pouvoirs de sanction de la CNIL et vos nouvelles obligations ?

O. de TISSOT, Surveillance et contrôle des salariés, quels principes et règles juridiques respecter ? Interventions au forum *Internet et contrôle des salariés* 30/31 janvier 2001, Paris

<sup>4</sup> Art 120-2 ct

<sup>5</sup> O. de TISSOT, La protection de la vie privée, *dr soc* 1995.222 ; J. SAVATIER, La protection de la vie privée des salariés, *dr soc*, 1992.321 ; Marc RICHEVAUX, La vie privée des salariés, *dr ouvr*, 1976.339

<sup>6</sup> Ex art 120-2 ct prec

<sup>7</sup> art 226-1 code pénal peines pouvant aller jusqu'à un an d'emprisonnement et/ou 300 000f d'amende J.F. CHASSAING, *L'internet et le droit pénal*, Dalloz 1996

<sup>8</sup> « L'introduction de technologies nouvelles » au sens de l'art L 434-6 ct obs saramito sous tgi Strasbourg ref 24 mai 1984, tgi Bourgoing -jallieu ref 286 sept 1984, tgi Macon ref 11 oct. 1984 *dr ouvr* 1984 .426

<sup>9</sup> le contrôle de l'activité des salariés par télésurveillance

obs. saramito sous tgi Lorient ref 26 dec 1994 Cour d'appel Aix en Provence 4 janv. 1994 *dr ouvr* 1995.164 CA paris 13<sup>e</sup> ch B 12 mai 1999

<sup>10</sup> Paris 7 mai 1997 JCP ed E 1997.pan 1139 aussi cass crim 16 janv 1992 gaz pal 1992.2.somm 296

<sup>11</sup> Art 9 code civil

<sup>12</sup> voir le film Jet Set

<sup>13</sup> pour exemple tgi paris 3 dec 1997 jcp 1998 n° 18 obs Marie SERNA

<sup>14</sup> Nicole CATALA, *l'entreprise traitre*, Dalloz droit du travail

<sup>15</sup> pour un ex cass civ 1ere ch. 12 oct. 1976 *dr ouvr* 1977.116 un créancier du salarié était intervenu auprès de l'employeur il a été condamné

Elles peuvent entraîner des condamnations civiles<sup>1</sup> et même pénales de l'employeur<sup>2</sup>, ou parfois de ses préposés exposés, eux aussi, aux peines prévues en cas d'atteintes à la vie privée de salariés qui sont le fait d'autres salariés de l'entreprise.

Les nouvelles technologies de l'information, en particulier Internet, sont un moyen d'en augmenter le nombre. Elles peuvent aussi être l'occasion de condamnations pénales de salariés. En effet, même si elle existe, ainsi par exemple de ces salariés condamnés pour avoir posé des dispositifs leur permettant d'écouter et d'enregistrer les conversations téléphoniques de leur employeur<sup>3</sup>, ou pour blessures involontaires sur la personne d'un autre salarié<sup>4</sup>, la figure juridique du salarié auteur d'une infraction est peu connue du droit pénal du travail<sup>5</sup>. On a tendance à penser que lorsqu'une infraction est commise dans l'entreprise la responsabilité en sera imputée à l'employeur. Le salarié qui raisonne ainsi commet alors une grave erreur. Le fait que l'infraction commise ait pour cadre l'entreprise ne suffit pas à lui seul à le mettre à l'abri d'une condamnation pénale. En effet dans certains domaines, spécialement l'hygiène et la sécurité du travail<sup>6</sup>, le salarié peut encourir une peine s'il est « bénéficiaire » d'une délégation de pouvoirs de l'employeur<sup>7</sup>. Dans certaines circonstances il peut même être considéré comme l'auteur principal de l'infraction. Ce qui peut être le cas notamment de cadres et spécialement, mais pas seulement, du directeur informatique lorsque l'infraction est une atteinte à la vie privée du salarié commise à l'aide des moyens informatiques de l'entreprise. C'est le cas de l'ouverture des mails considérés comme soumis au principe du respect de la correspondance<sup>8</sup>. Le plus souvent c'est d'eux (les cadres de l'entreprise) que relèvent la mise en place, le fonctionnement et l'utilisation des systèmes informatiques et des moyens de contrôle par exemple de l'utilisation d'Internet dans l'entreprise. Sa mise en œuvre peut parfois avoir pour résultat des atteintes à la vie privée des salariés qui peuvent constituer des infractions pénales et à ce titre être sanctionnées. Elles sont alors imputables à celui qui les met en œuvre considéré comme auteur de l'infraction. Il peut alors être sanctionné. En effet, même si cela peut arriver il est rare que ce soit l'employeur lui-même qui procède aux manipulations du système informatique qui se traduisent par une atteinte à la vie privée de ses salariés. Il laisse ce soin aux cadres de son entreprise.

Le fonctionnement de l'entreprise peut avoir pour conséquences des atteintes aux droits fondamentaux ou à la vie privée des salariés.

---

<sup>1</sup> art 9 et 1382 code civ

La « vie personnelle » du salarié et les limites à l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur obs. sous cass soc 18 dec 1997 dr ouvr 1998.223

P GULPHE de la non inférence de la vie privée sur la vie professionnelle du salarié

<sup>2</sup> 226-1 nep et des ex

cass crim 24 janv 1995 dr pen 1995 comm118 obs. Veron qui estime que l'enregistrement opéré par un employeur (ou un directeur) dans le bureau de ses employés constitue le délit

<sup>3</sup> cass crim 8 dec 1983 bull n° 333

<sup>4</sup> cass crim 8 dec 1998 RJS4/99.n°529 qui condamne un salarié pour blessures involontaires cass crim 24 oct 2000 avril pourvoi n° T 00.80-378 P+F

<sup>5</sup> A. COURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, Litec

<sup>6</sup> art L 231-1 et s et L 263-1 L 263-2 et s ct

<sup>7</sup> Nicolas Alvarez-Pujana, La délégation de pouvoirs, legi-social oct. 1991

<sup>8</sup> trib correct paris 2 nov. 2000 le monde 4 nov. 2000

## 1. Les atteintes à la vie privée : définitions

Le code pénal réprime les atteintes à la vie privée<sup>1</sup> le texte incrimine le fait de capter, enregistrer ou transmettre au moyen d'un procédé quelconque des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel. Le code pénal<sup>2</sup> envisage aussi la conservation la divulgation ou l'utilisation de tout autre enregistrement obtenu à l'aide d'un des moyens prévus par l'art 226-1nc. Les juges pourraient bien y voir le moyen d'appréhender des atteintes à la vie privée de salariés commises par le biais d'Internet.

Le moyen consiste à utiliser un appareil, tel que micro, magnétophone, téléphone. Pour les tribunaux ce qui a déjà été jugé, en d'autres domaines devrait logiquement être étendu aux autres procédés techniques permettant d'aboutir au même résultat (ex. Internet). En effet, le texte incrimine la captation de paroles. Certes en l'état actuel des techniques, les messageries ne sont pas encore vocales mais cela pourrait bien arriver dans un avenir plus ou moins proche. Les tribunaux ici pourraient bien raisonner comme ils l'ont fait en matière de presse étendant un texte<sup>3</sup>, qui n'avait été rédigé que pour la presse écrite, à l'audiovisuel<sup>4</sup> technique apparue postérieurement au vote de la loi. Cela d'autant plus que dans le texte visant la captation par tous les moyens il est logique d'y inclure Internet comme moyen de captation des paroles même si les messages captés ne sont pas encore à proprement parler des paroles.

En n'exigeant plus que les paroles soient prononcées dans un lieu privé le texte étend l'incrimination aux paroles prononcées même dans un lieu public, mais à titre confidentiel ou privé par exemple atelier, bureau, magasin entreprise<sup>5</sup>. Il faut désormais s'attacher au contenu des paroles prononcées et non au lieu où elles le sont. Ce qui permet d'englober celles qui sont prononcées dans l'entreprise à titre privé et confidentiel. Bien sûr on peut faire valoir qu'en l'état actuel de la technique, Internet ne permet pas encore de capter des paroles, les messageries électroniques ne sont pas encore vocales, même si cela pourrait bien voir le jour. Compte tenu de la jurisprudence connue pour des domaines proches l'argument risque d'être de bien peu de poids devant les tribunaux. Il a déjà été jugé que les salariés de l'entreprise ne peuvent pas avoir que des conversations d'ordre professionnel et que celui qui les enregistre commet le délit d'atteinte à la vie privée des salariés concernés<sup>6</sup>. Il a aussi été jugé plus récemment que les mails constituent des correspondances privées<sup>7</sup>. Même si cela paraît s'éloigner du principe de l'interprétation restrictive de la loi pénale<sup>8</sup>, à laquelle ils sont normalement tenus, il montre la volonté des tribunaux d'interpréter ces notions de manière extensive afin de faire prévaloir la finalité du texte : protection du salarié<sup>9</sup> sur sa lettre<sup>10</sup>. La question est donc de délimiter ce qui peut être considéré comme la vie privée. Il n'existe pas de définition précise de cette notion. Elle a été circonscrite au fil d'arrêts de jurisprudence le plus souvent civile mais transposables au domaine pénal qui nous occupe. On peut donc

---

<sup>1</sup> art 226-1 1°) code pénal

<sup>2</sup> art 226-2 ncp

<sup>3</sup> loi du 29 juill. 1881

<sup>4</sup> cass crim 14 mai 1979 D gaz pal 1980 I 141 note P. L-G

<sup>5</sup> cass crim 8 dec 1983 gaz pal 1984 I 395 DOUCET,

cass crim 14 mars 1984 bull n° 110 rev sc crim 1984.745 Levasseur

<sup>6</sup> cass crim tgi paris 7 nov 1975 D 1976.729 Lindon

<sup>7</sup> trib correct paris 2 nov 2000 *le Monde* 4 nov 2000

<sup>8</sup> art 111-4 code pénal

<sup>9</sup> FRAYSSINET, Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise, dr soc 1992.596 ; A. MOLE, Informatique et liberté du travail : le nouvel enjeu, dr soc 1996.559

<sup>10</sup> le recours aux objectifs de la loi dans son application story stientia voir aussi légistique formelle et matérielle sous la direction Ch. A. MORAND, PUAM

considérer que la vie privée englobe tout ce qui concerne la santé, la maladie, la vie familiale ou affective, le domicile, l'adresse et le numéro de téléphone privé, sauf les exceptions prévues dans le cadre des élections professionnelles à l'entreprise<sup>1</sup>, c'est-à-dire enfin de compte toute la partie de ses activités que le salarié entend préserver et garder secrètes<sup>2</sup>. Ce qui est très large et limite singulièrement les possibilités d'investigations de l'employeur ou du cadre chargé de contrôler l'usage normal du réseaux par les salariés.

Bien sûr pour que l'infraction existe il faut un élément intentionnel car le texte punit celui qui « volontairement » a porté atteinte à la vie privée d'autrui et les juges pour condamner doivent établir l'existence de cet élément intentionnel<sup>3</sup>. Compte tenu de ce qui est la jurisprudence criminelle on peut penser que les juges admettront rarement le caractère involontaire des faits et déduiront vite l'élément intentionnel de l'infraction de l'existence même du système de contrôle, même si pourtant sa finalité n'est pas de porter atteinte à la vie privée de salariés, mais seulement de protéger les intérêts légitimes de l'entreprise.

### 1.1. Quelques exemples

Le fonctionnement de l'entreprise peut être l'occasion d'atteinte à la vie privée des salariés et a donné lieu à quelques contentieux. On connaît quelques cas. Ainsi cette condamnation pour violation du droit à l'image d'un salarié maître de chais photographie dans son activité professionnelle et dont la photo avait servi, sans le consentement de l'intéressé, à une campagne publicitaire nationale<sup>4</sup>. Il a aussi été jugé que la filature d'un salarié à l'initiative de son employeur constitue une immixtion illicite dans la vie privée de celui-ci<sup>5</sup> ou que le salarié qui a été épié, surveillé, et suivi jusqu'à son domicile privé est victime d'une atteinte à sa vie privée<sup>6</sup>. Ces affaires ont donné lieu à des sanctions civiles, dommages intérêts au profit du salarié, mais elles auraient pu suivre une autre voie procédurale et donner lieu à une sanction pénale<sup>7</sup>. Il en est de même des investigations menées par l'employeur faites à l'insu d'une salariée sur les conditions dans lesquelles elle occupait son logement, même si elles avaient pour but l'établissement d'une attestation qui ne devait comporter que des renseignements patrimoniaux<sup>8</sup>. Sauf circonstances tout à fait exceptionnelles d'un vol à l'étalage commis par un salarié d'une entreprise de gardiennage qui estime le licenciement justifié<sup>9</sup>, les tribunaux refusent de voir une cause réelle et sérieuse de licenciement<sup>10</sup> dans des faits tirés de la vie privée du salariés<sup>11</sup>, y compris lorsqu'ils ont pour origine une condamnation pénale<sup>12</sup>. Voir le cas considéré comme injustifié du licenciement d'un clerc de notaire en raison de sa condamnation pénale pour aide au séjour irrégulier d'étranger<sup>13</sup>. La jurisprudence sur le contrôle de l'usage par les salariés des lignes téléphoniques de l'entreprise est trop connue pour qu'il soit besoin d'y insister. L'employeur peut sanctionner l'abus. Mais à part quelques

---

<sup>1</sup> les loisirs et même les activités professionnelles non publiques

<sup>2</sup> cass crim 3 mars 1982 D 1982.579 lindon

<sup>3</sup> cass crim 27 janv 1981 jcp 1982 II 19742 BECOURT

<sup>4</sup> ca Bordeaux 1ere Ch B 23 Sept 1998 juris data n° 045054

<sup>5</sup> cass soc 22 mai 1995 bull civ V n° 164 ; D 1995. IR 150 ; RJS 1995.501 n° 757 ; jcp 1996I 3899 obs RAIMBAULT

<sup>6</sup> cass civ 25 janv 2000 juris data n° 000256

<sup>7</sup> art 226-1 code pénal

<sup>8</sup> cass civ 1<sup>er</sup> 6 mars 1996 jcp 1996 n° 20

<sup>9</sup> cass soc 20 nov 1991 bull V n° 512 D 1992 .IR 25 dr soc 1992.79 RJS 1992.26 n° 3

<sup>10</sup> art L 122-14-3ct

<sup>11</sup> cass soc 16 dec 1998 bull civ V n° 559 ; RJS 1999.101 n° 150

<sup>12</sup> délinquance extra-professionnelle du salarié et contrat de travail, dr ouvr 1995.504

<sup>13</sup> cass soc 16 dec 197 jcp 1998 II 10101



situations particulières liées à la nature des fonctions telles celles de ces salariés dont la mission est de répondre au téléphone qui font exception<sup>1</sup> à la règle, le principe est que l'employeur ne peut pas écouter les conversations téléphoniques de ses salariés ni les enregistrer sans commettre le délit d'atteinte à la vie privée de ces derniers.<sup>2</sup> Les juges estiment que ces conversations peuvent être relatives non seulement à la vie professionnelle mais aussi à l'intimité de la vie privée des différentes personnes concernées<sup>3</sup>. Comme pour le téléphone, il peut arriver que des salariés détournent Internet de son objet normal pour l'entreprise et en fassent un usage autre que celui prévu comme instrument de travail<sup>4</sup>.

Internet est une fenêtre ouverte sur le monde. Le web permet d'accéder très largement à la quasi-totalité de l'information à laquelle il est permis de songer. Tous les sites ne présentent pas le même intérêt. Certains n'en présentent strictement aucun. Parfois même, en raison de leur nature et de leur contenu, l'utilisation de certains sites par les salariés de l'entreprise, avec du matériel et des moyens d'accès fournis par celle-ci est de nature à lui faire peur.

Le surf du salarié de l'entreprise sur de tels sites ne serait-il pas de nature à engager sa responsabilité ? Il peut s'agir d'une responsabilité civile, ou même pénale, par exemple en cas de préjudice causé à un tiers à la suite de paroles malheureuses sur un forum de discussion. On a vu aussi que bon nombre de salariés succombent aux charmes d'une ballade virtuelle à Florence, aux Seychelles ou dans d'autres lieux magiques leur permettant des vacances de rêve qui, ne présentent aucun intérêt pour l'entreprise de l'intéressé.

Au moment des grandes compétitions sportives les ordinateurs de bien des entreprises servent très largement à la consultation de sites spécialisés consacrés au sport. Certains même ont succombé aux charmes de sirènes dénudées. L'un d'eux a même été condamné pour cela. Il s'agit d'un salarié qui s'était servi de l'ordinateur de l'entreprise pour capter sur Internet des photos de nature pédophile. Le tribunal correctionnel<sup>5</sup> l'a condamné pour recel d'objets<sup>6</sup> provenant de la diffusion d'images d'un mineur à caractère pornographique<sup>7</sup> et abus de confiance<sup>8</sup>. D'où la tentation pour l'employeur de contrôler l'usage que le salarié fait des possibilités d'utilisation, qui lui sont offertes par son entreprise, de l'Internet notamment pour son usage personnel<sup>9</sup>, mais aussi de contrôler le salarié par Internet qui en la matière recèle d'étonnantes possibilités. Leur mise en œuvre exige quelques précautions préalablement indispensables.

Le réseau Internet contenant une foule d'informations en tout genre, il est parfois difficile de dénicher, au moment opportun, celle que l'on recherche. C'est pourquoi certains sites possèdent un outil permettant de lancer une recherche par un mot ou une expression sur tous les sites Internet recensés par le système et de trouver ou retrouver ceux qui étaient désirés par l'utilisateur. Il n'est pas illégal qu'un employeur utilise la technologie pour établir, après

---

<sup>1</sup> S. Mathon prec

<sup>2</sup> cass crim 16 janv 1992 gaz pal 1992.2.somm 296

<sup>3</sup> tgi paris 7 nov 1975 D 1976.270 lindon rev sc crim 1976.729 levasseur

tgi st Etienne 19 avr 1977 D 1978.123 Lindon

<sup>4</sup> ex tgi Nanterre janv. 2000 rice c/ibm *L'express*, 9 mars 2000

trib du trav Bruxelles 2 mai 2000 site Internet www.droit-technologie.org

<sup>5</sup> trib correc le Mans 16 fev 1998 jcp 1999 II 100001 J. FRAYSSINET

<sup>6</sup> art 321-1 code pén

<sup>7</sup> art 227-23 code pen

<sup>8</sup> art 314-1 code pen

<sup>9</sup> E. PISANI, Les entreprises traquent les salariés utilisateurs personnels d'internet, *Le Monde* 16 sept 1997

information du personnel et du comité d'entreprise<sup>1</sup>, une surveillance des utilisations des moyens professionnels mis à la disposition des salariés. Les usages de moyens télématiques téléphone, minitel, Internet... laissent des traces que l'employeur peut analyser pour servir de fondement à l'établissement d'une faute professionnelle lui permettant de justifier un licenciement pour cause réelle et sérieuse<sup>2</sup>, à une sanction disciplinaire<sup>3</sup>, à une dénonciation d'infraction au parquet<sup>4</sup> ; mais dans cette démarche il doit tenir compte de l'existence et de la protection des droits fondamentaux des salariés<sup>5</sup> spécialement celui au respect de leur vie privée<sup>6</sup>.

## 1.2. Le cas particulier des mails : il s'agit de correspondance privée

Le secret de la correspondance privée même reçue sur le lieu de travail est protégé. Certes le fait de recevoir des correspondances privées sur le lieu de travail peut être sanctionné dès lors que cela conduit à une désorganisation de l'entreprise mais cela n'autorise pas l'employeur à procéder à l'ouverture de telles correspondances ; les clauses de règlement intérieur qui en autorise l'ouverture sont régulièrement annulées par les inspecteurs du travail et les tribunaux<sup>7</sup> ce qui complique singulièrement la preuve de leur caractère privé qui, paradoxalement pourrait bien être facilitée par le jugement qui a admis le caractère privé des mails.

Le problème de l'ouverture des mails par l'employeur est aujourd'hui réglé ; elle est interdite puisqu'il s'agit de correspondances privées<sup>8</sup>. Une décision récente en ce domaine, mais ses motifs sont tels qu'il y a fort à parier qu'elle sera la première d'une très longue série dans le même sens, considère qu'un mail est une correspondance privée et qu'il ne peut donc pas être ouvert par un autre que son destinataire. Celui qui, non destinataire de mail, procède à son ouverture commet un délit<sup>9</sup>. C'est en ce sens qu'allait la doctrine sur la question, elle est confirmée. Ce jugement reconnaît la confidentialité des mails<sup>10</sup> il a jugé que : « l'envoi de messages électroniques de personne à personne constitue de la correspondance privée et que cette relation est protégée par la loi dès lors que le contenu qu'elle véhicule est exclusivement destiné par une personne dénommée à une autre personne également individualisée, à la différence de messages mis à la disposition du public ». Cette décision correspond à l'avis de la doctrine<sup>11</sup> qui l'avait précédé, les auteurs avaient de longue date avancé qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les correspondances électroniques et les autres formes de correspondance et que celles-ci, lorsqu'elles répondent à la définition des correspondances protégées sont couvertes par le secret des correspondances<sup>12</sup>.

---

<sup>1</sup> art L 432-2-1 ct

<sup>2</sup> art 122-14-3 ct

<sup>3</sup> J. PELISSIER, L'interprétation jurisprudentielle du droit disciplinaire, juris soc 1987.45

<sup>4</sup> art 40 cpp

<sup>5</sup> art 120-2 ct prec

<sup>6</sup> art 9 code civ prec

<sup>7</sup> D. CHELLE et X. PRETOT, Le contrôle administratif du règlement intérieur d'entreprise, évolution récente de la jurisprudence RJS 1993.563 ; G. BACHELIER, Le contrôle du juge administratif sur le règlement intérieur des entreprises, dr soc 1998.785

<sup>8</sup> trib corr paris 2 nov 2000

<sup>9</sup> loi n° 91-646 du 10juill 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications

<sup>10</sup> C. PRIEUR obs sous trib correct paris 2 nov. 2000, *Le Monde* 4 nov. 2000

Dalloz 2000 n° 41 point de vue p III et IV

<sup>11</sup> Lucien Rapp, *le courrier électronique e mail*, puf, que sais je ? n° 3409

<sup>12</sup> Lucien Rapp prec

Le terme de correspondance désigne toute relation par écrit existant entre deux personnes identifiables, qu'il s'agisse de lettres, messages, ou de plis fermés ou ouverts. Dès lors les correspondances privées (pour les communications téléphoniques mais transposables au courrier électronique) sont définies comme étant : « Pour que la communication soit considérée comme privée, il faut non seulement que l'appel soit personnel, libre et privé, mais encore que l'ensemble de l'échange téléphonique le soit, c'est-à-dire ne manifeste des correspondants aucune volonté positive et formelle de porter un acte de communication public »<sup>1</sup>.

Il en résulte un champ d'application du secret des correspondances<sup>2</sup> défini par des éléments à la fois objectifs (le caractère propre du message acheminé) et subjectif (la volonté des correspondants de lui conserver un caractère confidentiel) on passe insensiblement du domaine des télécommunications à celui de la communication électronique qui tend à devenir le nouveau concept du droit des communications, enfant du phénomène de numérisation et du processus de convergence qu'il a entraîné<sup>3</sup>. Le problème passe alors du juridique au technique et cela pourrait bien simplifier le problème de preuve. Le mail étant confidentiel, l'employeur ne peut pas l'ouvrir, ce qui peut pousser à mettre en place un système de double messagerie ou un autre permettant de distinguer par un signe extérieur les messages que l'expéditeur considère comme privés et les autres comme professionnels. C'est alors simplement leur nombre et leur fréquence qui permettra, sans qu'il y ait besoin de les ouvrir s'il y a ou non une situation de désorganisation de l'entreprise justifiant ou non une sanction ou même un licenciement pour cause réelle et sérieuse de désorganisation de l'entreprise<sup>4</sup>. On peut penser que le fait pour un salarié de recevoir sur son lieu de travail un nombre important de mails personnels est de nature à désorganiser l'entreprise.

La mise en place de moyens de contrôle de l'utilisation d'internet par les salariés peut conduire à commettre des atteintes à la vie privée des salariés qui sont considérées comme des infractions pénales. La question qui se pose est celle de l'imputabilité de l'infraction qui déterminera la personne qui sera sanctionnée.

## 2. Qui est l'auteur ?

### 2.1. Ce n'est pas l'employeur

Faute d'avoir été posée et discutée devant les tribunaux, la question de savoir si l'employeur, qui fournit les moyens permettant de commettre les infractions peut être poursuivi comme coauteur ou complice<sup>5</sup> ou même comme auteur intellectuel de l'infraction, catégorie que le droit pénal actuel n'appréhende pas<sup>6</sup>, n'est pas totalement résolue. De toute manière la réponse à une telle question n'a pas une grande importance pratique puisque ces qualités entraînent des peines identiques. Mais celle de savoir qui doit être considéré comme

---

<sup>1</sup> ca Metz 18 juill. 1980

<sup>2</sup> art 226-15 code pénal

<sup>3</sup> Lucien RAPP, *la communication électronique*, economica

<sup>4</sup> cass soc 5 janv 1984 bull civ V n°2

<sup>5</sup> art 59 et 60 anc. code pénal et art 121-6 code pénal nouveau

<sup>6</sup> PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas 2000 ; G. LOYON-CAEN, J. PELISIER, A. SUPIOT, précis Dalloz, *Droit du travail* 20 e éd

auteur principal de l'infraction l'est clairement dans les textes applicables. La réponse ne fait aucun doute : l'auteur principal est celui qui manipule le système qui permet l'atteinte à la vie privée du salarié ou celui qui a mis en place les moyens permettant d'aboutir à ces résultats. C'est rarement l'employeur. C'est presque toujours un salarié. En effet, même si cela arrive parfois il est rare que ce soit l'employeur lui-même qui manipule un système informatique pour en vérifier l'utilisation par les salariés. Il est rare que celui-ci se charge lui-même d'installer dans son entreprise un système de contrôle de l'utilisation d'Internet par ses salariés, en général il laisse ce soin à des proposés. **Ce sont donc eux qui pourront être considérés comme auteurs de l'infraction.**

En l'état actuel de la jurisprudence il paraît difficile de faire admettre aux juridictions susceptibles de statuer (tribunal correctionnel) que la situation de salarié et la subordination qu'elle entraîne est à elle seule un élément suffisant pour être considérée comme une contrainte<sup>1</sup> (au sens du droit pénal) qui permet de faire disparaître la qualité d'auteur de l'infraction.

A l'heure actuelle, même s'il s'agit là d'un cruel manque de réalisme et en attendant que les choses changent dans l'esprit des juges et dans les décisions des tribunaux l'ordre donné par un employeur à un de ses salariés ou cadres d'avoir un certain comportement même s'il constitue une infraction pénale ne suffit pas à lui seul pour retirer au salarié qui exécute cet ordre sa qualité d'auteur d'une infraction pénale, ce qui l'expose à des condamnations. Pour les tribunaux : « est auteur de l'infraction la personne qui commet les faits incriminés »<sup>2</sup>. L'auteur est celui qui agit. L'auteur de l'infraction est celui qui ouvre un mail adressé à un salarié ou par un salarié à un tiers et dont il n'est pas le destinataire<sup>3</sup>. C'est lui qui, en vérifiant l'usage qu'un salarié fait du réseaux internet de l'entreprise, porte atteinte à la vie privée du salarié et la chose est facile tant la notion jurisprudentielle de celle-ci est floue et large. Ceci même s'il agit non pas de sa propre initiative mais sur ordre de l'employeur. Le cadre concerné pourrait penser et chercher à faire valoir qu'à son égard un ordre de l'employeur doit être considéré comme une contrainte de nature à faire disparaître l'infraction. Actuellement les tribunaux ne partagent pas une telle analyse.

## 2.2. La contrainte en droit pénal

Lorsque l'on est poursuivi pour de telles infractions compte tenu du fait qu'elles peuvent bien souvent avoir pour origine une demande de l'employeur à laquelle il paraît bien difficile de pouvoir résister on est tenté d'invoquer la contrainte en espérant que cela pourrait faire disparaître l'infraction et donc la sanction correspondante. Hélas la jurisprudence en la matière est particulièrement restrictive, voire surréaliste. Les tribunaux ayant tendance à considérer les salariés comme des héros refusent cet argument. Pour les juges la contrainte (au sens pénal du terme) qui fait disparaître l'infraction se rencontre très rarement en pratique.

Dans la définition qu'en donne le texte applicable. La contrainte en abolissant la volonté de l'agent (celui qui commet l'infraction) supprime sa liberté et fait donc disparaître l'infraction

---

<sup>1</sup> art 122-2 code pénal

<sup>2</sup> art 121-4 code pénal

<sup>3</sup> L. RAPP, *Le courrier électronique, que sais-je ?*, PUF trib corr paris 2 nov 2000 *Le Monde* 4 nov Dalloz 2000 point de vue

faute d'élément moral indispensable à sa commission<sup>1</sup>. En effet, pour qu'il y ait infraction pénale il faut la réunion de 3 éléments :

- 1) l'élément légal,
- 2) l'élément matériel,
- 3) l'élément moral,

L'élément légal, est, pour simplifier, le texte légal en général du code pénal mais ce peut aussi être un texte d'une autre nature inclus dans un texte traitant d'autres chose (P. ex., droit de la consommation ou certains textes de droit du travail) qui érige un certain comportement en infraction pénale et prévoit la sanction correspondante.

L'élément matériel est simplement la commission matérielle des faits reprochés.

L'élément moral est la conscience et la volonté de transgresser la loi.

La contrainte se reconnaît non pas à sa nature, mais à ses conséquences. Pour qu'un événement produise cet effet (faire disparaître l'infraction faute d'élément moral en annihilant la volonté de celui qui matériellement commet l'acte) il doit être irrésistible et ôter à l'agent toute possibilité de choix. Pour les tribunaux, dès lors qu'il y a possibilité de choix, la contrainte n'existe plus mais ils trouvent toujours très facilement une possibilité de choix<sup>2</sup>. Et pour les juridictions correctionnelles le salarié a toujours une possibilité de choix même difficile. La contrainte évoque par conséquent la notion de force majeure du droit civil<sup>3</sup>, c'est-à-dire un événement imprévisible, irrésistible, extérieur à celui qui l'invoque<sup>4</sup>, à laquelle elle se réfère expressément<sup>5</sup>. La jurisprudence est restrictive dès lors qu'il s'agit de faire appliquer la force majeure en droit social<sup>6</sup>. En droit pénal aussi les interprétations et les applications de la force majeure susceptibles de justifier la contrainte également rares. **Car la jurisprudence reste constante en ce sens, laquelle a condamné pour recel de malfaiteurs des personnes qui avaient donné asile à des brigands en cédant à leur menace<sup>7</sup>. Quelques exemples connus qui pour ancien qu'ils soient sont le début d'une jurisprudence constante dans le même sens du refus d'admettre la contrainte.**

Pour les tribunaux la contrainte n'existe qu'en cas **d'impossibilité absolue** de respecter la légalité à laquelle on ne saurait assimiler la simple difficulté même considérable de se conformer à la loi<sup>8</sup>. La contrainte physique, qui abolit la liberté de mouvement, est plus facilement admise, mais on voit mal son application dans l'entreprise. En revanche la contrainte morale est plus facilement rejetée<sup>9</sup>. Il est exact toutefois que la cour de cassation franchit parfois les limites du raisonnable en procédant à une appréciation abstraite et radicale qui la conduit à exclure la contrainte dans des situations où seul un héros n'aurait pas été privé de la possibilité de choisir. On donne souvent comme exemple cette situation ubuesque dans laquelle l'individu poursuivi pour infraction à un arrêt d'expulsion et condamné alors

---

<sup>1</sup> 122-2 ncp prec

<sup>2</sup> VERON *droit pénal général*, Masson

<sup>3</sup> cass crim 11 oct. 1993 bull n°282, VARINARD, Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle, T I n°43

<sup>4</sup> cass civ grands arrêts

<sup>5</sup> cass crim 11 oct 1973 bull n° 282

<sup>6</sup> ca Nancy 22 janv. 1980 dr ouvr 1983.419

<sup>7</sup> cass crim 28 dec 1900 dalloz 1901.

1.181

<sup>8</sup> art 121-7 al 2 ncp

<sup>9</sup> cass crim 24 avr 1937 D 1937.429

qu'il avait été refoulé par tous les pays limitrophes, cela au motif qu'il aurait pu tenter d'aller vers d'autres destinations<sup>1</sup>.

En l'état actuel de la jurisprudence pénale, on peut rapprocher de ces exemple la situation dans laquelle se trouve le salarié qui dans l'entreprise commet une infraction d'atteinte à la vie privée d'un autre salarié, en agissant sur un ordre de l'employeur assorti de menace de sanctions disciplinaires voire de licenciement. La jurisprudence sociale a tendance à admettre plus facilement la possibilité pour le salarié d'être en désaccord avec son employeur et d'en tirer les conséquences<sup>2</sup>, mais pour le juge pénal il ne s'agit pas d'une contrainte suffisante pour faire disparaître l'infraction. Le salarié peut refuser d'exécuter l'ordre au risque d'être licencié. Un tel licenciement peut éventuellement, mais ce n'est pas une certitude, être considéré comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>3</sup>. Mais de toute manière la décision du tribunal en ce sens interviendra à un moment où le salarié concerné sera hors de l'entreprise depuis très longtemps ... souvent plusieurs années, licencié ou démissionnaire. Il a donc le choix entre exécuter l'ordre de l'employeur ou quitter l'entreprise, entre le chômage ou le chômage.

Le risque est infime. Il ne s'agit que de sanction disciplinaire ou de licenciement. Détail qui n'aura comme résultat que son départ de l'entreprise, donc pas grand chose ! Comme si le marché de l'emploi était tel qu'à la suite d'un départ de l'entreprise le salarié croulait sous un grand nombre de propositions d'embauche toutes plus avantageuses les unes que les autres et que sa seule difficulté est de choisir la plus avantageuse !

**Il est clair qu'il s'agit là d'un manque certain de réalisme, mais la position des tribunaux est aussi ferme qu'elle est surréaliste.**

Par rapport à ce que sont les contraintes de l'entreprise on peut penser que la rédaction de l'article du code pénal relatif à la contrainte devrait engager la jurisprudence à assouplir sa position sur la question. En effet, le texte parle de contrainte « à laquelle ELLE n'a pu résister » ce qui est de nature à justifier une interprétation « in concreto » tenant compte de la situation dans laquelle se trouvait la personne qui invoque la contrainte et de ses capacités réelles de résistance à la situation dans laquelle elle se trouvait justifiant alors l'admission de la subordination juridique caractéristique du contrat de travail comme un élément suffisant de contrainte faisant alors disparaître l'infraction. On n'en est pas encore arrivé là et de loin... La jurisprudence s'en tient fermement à une appréciation « in abstracto » par rapport à un modèle abstrait.

La cour de cassation se montre plus réticente à l'égard de la contrainte morale qu'elle qu'en soit l'origine. Certes ces discussions peuvent paraître un peu théoriques. Il suffit d'en retenir que pour les tribunaux l'atteinte à la vie privée d'un salarié, et le raisonnement est le même pour les atteintes à d'autres droits fondamentaux des salariés garantis par des sanctions que peuvent permettre l'utilisation d'Internet et autres NTIC, à l'encontre de celui qui y porte atteinte (un autre salarié : directeur informatique, administrateur de réseaux, directeur des ressources humaines, etc.), même agissant sur ordre ou incitation de l'employeur, n'est pas aux yeux des tribunaux une contrainte suffisante pour l'exonérer de sa responsabilité pénale et sont donc de nature à entraîner sa condamnation ; la sienne, pas celle de l'employeur. Même

---

<sup>1</sup> cass crim 8 fev 1936 aff Rozoff dp 1936 i 144 donnedieu de vabres

<sup>2</sup> je ray la fin des yes man dr soc juin 2000

<sup>3</sup> JE RAY la fin des yes-man dr soc juin 2000.C MARRAUD et C SCHMITT les désaccords entre un cadre et l'employeur RJS 11/94.730

si l'employeur peut éventuellement être condamné au titre de complice ou même de coauteur cela ne fait pas disparaître l'infraction matériellement réalisée par le salarié dont la responsabilité pénale lui reste imputable même si cela manque cruellement de réalisme.

Le responsable informatique ou le cadre responsable, qui a autorité sur le service et qui veut se prémunir contre des condamnations pénales, doit bien sûr se garder de lui-même de commettre de telles infractions. Ce n'est pas toujours facile. S'il est assez élevé dans la hiérarchie de l'entreprise il pourra être tenté de déléguer cette fonction à un subordonné. Ce dernier pourrait alors être considéré comme auteur principal de l'infraction. Le cadre pouvant alors être poursuivi comme complice ce qui ne change pas grand chose et à condition que le « bénéficiaire » de la délégation ne soit pas un lampiste<sup>1</sup>, car dans ce cas les tribunaux pourraient bien remettre en cause la validité de la délégation, comme ils le font régulièrement (voir la jurisprudence en matière d'hygiène et sécurité)<sup>2</sup>.

Poursuivi pour des infractions de ce type il paraît difficile d'en nier l'existence et d'échapper à la responsabilité pénale et aux peines correspondantes. Il est cependant possible d'en obtenir l'atténuation en faisant valoir des éléments que les juges pourront considérer comme des circonstances atténuantes qui ne feront disparaître ni la responsabilité pénale ni la peine mais sont de nature à en diminuer le quantum.

Le salarié concerné devra être à l'origine d'une consultation par l'employeur du comité d'entreprise préalable à l'installation d'Internet dans l'entreprise. Seul l'employeur ou une personne ayant reçue une délégation de pouvoir en la matière peut convoquer le comité d'entreprise. Sauf à être titulaire d'une délégation de pouvoir en la matière ce qui peut être le cas pour un directeur des ressources humaines d'une entreprise importante. En général les employeurs délèguent peu ce pouvoir. Le directeur informatique ou le cadre responsable qui a autorité sur le service concerné n'a pas autorité pour procéder de lui-même à une telle convocation, il peut seulement la solliciter de l'employeur qui reste maître de réunir le comité d'entreprise. Mais dans ce cas l'employeur prend le risque de commettre un délit d'entrave et de s'exposer aux sanctions pénales correspondantes (amende et/ou emprisonnement).

Ainsi l'absence de consultation du comité d'entreprise préalablement à la mise en place de l'Internet dans l'entreprise, malgré une demande pressante voire renouvelée du directeur informatique ou du responsable de l'entreprise, conduit à une atténuation de la peine. Si malgré des demandes pressantes voire renouvelées du salarié concerné (responsable informatique, administrateur réseaux,...) une telle réunion du comité d'entreprise n'a pas eu lieu, les tribunaux en tiendront compte non pas pour faire disparaître la peine, car l'infraction existe, mais pour la diminuer pour au moins atténuer largement la sanction qui sera prononcée. Dans ce cas ils peuvent descendre très bas dans l'échelle des peines. Si la réunion a lieu c'est souvent l'occasion de trouver des moyens qui permettent la mise en place de moyens assurant en même temps un contrôle efficace de l'utilisation de l'Internet dans l'entreprise, limitant les dérives possibles et en même temps respectueux des droits fondamentaux des salariés.

---

<sup>1</sup> Art de Nicolas ALAVAREZ PUJHANA