

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La vie privée du travailleur face aux nouvelles technologies de communication et à l'influence des réseaux sociaux

Rosier, Karen; GILSON, Steve

Published in:

La vie privée au travail

Publication date:

2011

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Rosier, K & GILSON, S 2011, La vie privée du travailleur face aux nouvelles technologies de communication et à l'influence des réseaux sociaux: l'employeur est-il l'ami du travailleur sur Facebook ? dans *La vie privée au travail*. Anthemis, Limal, pp. 59-113.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La vie privée du travailleur face aux nouvelles technologies de communication et à l'influence des réseaux sociaux*

L'employeur est-il l'ami du travailleur sur Facebook?

Karen ROSIER

Avocate au barreau de Namur

Chercheuse au Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS)

Assistante aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix

Steve GILSON

Avocat au barreau de Namur

Maître de conférences invité à l'Université catholique de Louvain¹

Chargé de cours à l'ICHEC

Introduction

1. La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé l'existence d'un droit au respect de la vie privée du travailleur sur le lieu du travail². Ce droit touche aussi le contrôle de l'utilisation des outils de communication sur le lieu de travail par un employeur sur un travailleur qui peut constituer une

* Cette contribution est également publiée au sein de l'ouvrage *Le droit du travail à l'ère du numérique*, à paraître, Anthemis, 2011.

¹ Atelier de droit social (Académie Louvain) – CRIDES.

² Dans son célèbre arrêt *Niemitz*, la Cour a considéré que: « le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. Il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la "vie privée" comme excluant les activités professionnelles ou commerciales: après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur » (Arrêt *Niemitz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, *J.T.*, 1994, p. 65 et note JAKHIAN). Voyez aussi Cour eur. D.H., arrêt *Halford c. Royaume-Uni* du 25 juin 1997, *Rec.*, 1997-III, p. 1016, §§ 43-45; arrêt *Amann c. Suisse* du 16 février 2000, *Rec.*, 2000-II, p. 224, § 65; *R.W.*, 2002-2003, p. 235.

atteinte à la vie privée de ce dernier³. Dans son arrêt *Copland* du 3 avril 2007⁴, la Cour examina si on pouvait effectivement parler d'atteinte à la « vie privée » à propos de l'usage des moyens de communication électronique sur son lieu de travail et considéra que tel était le cas lorsque le travailleur n'avait pas été informé de possibles contrôles et pouvait dès lors légitimement supposer que l'usage qu'il faisait du téléphone, de l'internet et du courrier électronique était protégé par le droit au respect de sa vie privée.

2. La réflexion qui a eu lieu jusqu'à présent sur les atteintes à la vie privée du travailleur en lien avec l'usage des « nouvelles » technologies de communication s'est principalement orientée sur la surveillance de l'utilisation de ces outils de communication par le travailleur⁵. Ainsi, on relève dans la jurisprudence depuis le début des années 2000 de nombreuses décisions portant sur la régularité de licenciements pour motif grave fondés sur une utilisation problématique de ces outils. De façon récurrente, la jurisprudence belge rappelle l'existence du droit au respect de la vie privée du travailleur tout en précisant dans le même temps que ce droit n'est pas absolu. L'employeur oppose alors à ce droit l'existence d'un pouvoir de contrôle de l'employeur fondé sur les articles 16 et 17 du contrat de travail⁶ et/ou sur l'article 544 du Code civil⁷. L'application d'autres dispositions que l'article 8 de la C.E.D.H. qui interviennent spécifiquement pour régir la prise de connaissance des données de communications et au contenu de ces communications électroniques ont rapidement été intégrées dans le raisonnement des plaideurs et des juges⁸. En effet, tant les communications par courrier électronique que les connexions internet donnent lieu à l'application du secret des communications électroniques⁹. Certaines décisions évoquent également l'application de la loi du

³ Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme rappellera « qu'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 » (Cour eur. D. H., Arrêt *Halford*, 25 juin 1997, *Rec.*, 1997, III, p. 1016).

⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Copland* du 3 avril 2007, <http://www.echr.coe.int/echr/>.

⁵ Voy. K. ROSIER et R. ROBERT, « Réglementation et contrôle de l'utilisation des technologies de la communication et de l'information sur le lieu de travail », in *Le droit du travail à l'ère du numérique*, Anthemis, 2011, à paraître.

⁶ Voy. en ce sens: Trib. trav. Bruxelles, 22 juin 2000, *Computerrecht*, 2001, p. 311; Trib. trav. Bruxelles, 16 septembre 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 61.

⁷ Voy. en ce sens: Trib. trav. Bruxelles, 2 mai 2000, R.G. n° 93.534/99, www.cass.be.

⁸ Pour des chroniques de jurisprudence consacrée à la problématique de la vie privée dans les relations de travail, voy.: R. De BAERDEMAEKER et M. KOKOT, « Protection de la vie privée et contrat de travail », *J.T.T.*, 2006, pp. 1 à 13; K. ROSIER, « Contrôle de l'usage des technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail », *R.D.T.I.*, 2010, n° 35, pp. 126-140.

⁹ Aussi, outre l'application des articles 8 de la C.E.D.H. et de l'article 22 de la Constitution, on relève que la jurisprudence prend en compte les dispositions relatives au secret des communications électroniques. Le secret des communications électroniques résulte de la combinaison de l'article 124 de la loi

8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel qui vient s'appliquer dès lors qu'il y a traitement de données relatives à des personnes physiques identifiées ou identifiables¹⁰. À ce cadre légal non spécifique au secteur des relations de travail, est venue s'ajouter en 2002 la convention collective de travail n° 81 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électroniques en réseau¹¹.

3. Il y a donc des règles qui participent à la protection de la vie privée des travailleurs qui balisent la matière, même si la combinaison de toutes les dispositions applicables crée indéniablement des difficultés d'application et a conduit à une jurisprudence hétérogène¹². Notre propos n'est pas de procéder à une nouvelle analyse de l'incidence des nouvelles technologies sur la vie privée du travailleur. Nous nous proposons d'examiner la problématique particulière de la « vie privée partagée » que l'on peut rencontrer dans le cadre de l'usage des réseaux sociaux et des blogs et de son incidence dans le monde du travail. Nous avons voulu concevoir cette contribution comme une réflexion plus prospective sur l'incidence des nouvelles technologies de communication quant à la vie privée des travailleurs, moins peut-être sous l'angle des possibilités nouvelles de contrôle qu'offrent ces technologies que sur l'évolution qu'en a subi directement la notion de vie privée elle-même¹³.

du 13 juin 2005 relatif aux communications électroniques (et qui remplace l'article 109ter D de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques [loi *Télécom*]) et des articles 314bis et 259bis du Code pénal. Le premier interdit notamment de prendre connaissance intentionnellement de données en matière de communications électroniques relatives à une autre personne ou de révéler, de faire un usage quelconque de l'information, de l'identification et des données obtenues intentionnellement ou non sauf moyennant l'autorisation de toutes les autres personnes directement ou indirectement concernées par l'information. Par « données de communication électroniques », on vise les données relatives aux communications électroniques qui transitent par réseau telles l'adresse e-mail de l'expéditeur et du destinataire, l'heure de l'envoi et de la réception, les données de routages, la taille du message, la présence de pièces jointes, etc. (O. RIJCKAERT, « Le contrat de travail face aux nouvelles technologies », *Orientations*, 2000, p. 210). Pour un cas d'application voyez: C. trav. Bruxelles, 10 février 2004, R.G. n° 44002, www.cass.be.

¹⁰ C. trav. Bruxelles, 8 avril 2003, *Chron. D.S.*, 2005, p. 208; Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 16 septembre 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 61; C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Computerr.* 2005, p. 313; C. trav. Bruxelles, 13 septembre 2005, *Computerr.* 2006, p. 100.

¹¹ Convention collective de travail n° 81 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électroniques en réseau, adoptée le 26 avril 2002 et rendue obligatoire par arrêté royal du 12 juin 2002. Cette C.C.T. n° 81 entend définir dans quelles conditions un contrôle des données (à l'exclusion du contenu des communications) peut intervenir.

¹² K. ROSIER, « Contrôle de l'usage des technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail », *R.D.T.I.*, 2010, n° 35, pp. 126-140.

¹³ Vu le thème central retenu de la vie privée du travailleur, cette contribution demeurera, néanmoins, dans la perspective de la surveillance globale - au sens large - des travailleurs dans l'entreprise et non dans celle de l'intérêt que peuvent présenter pour l'entreprise, certaines technologies. Les réseaux sociaux peuvent, en effet, offrir des fonctions de gestion et des processus collaboratifs au sein de l'entreprise afin, notam-

4. Notre propos n'est pas de procéder à une nouvelle analyse de l'incidence des nouvelles technologies sur la vie privée du travailleur. De nombreuses études ont déjà été menées en ce sens¹⁴. L'examen de la jurisprudence actuelle nous paraît révéler une difficile appréhension par les juridictions du travail de la multitude de normes qui s'appliquent, bien souvent cumulativement, à l'analyse d'une même situation, normes par ailleurs parfois peu connues, complexes et – faut-il le dire – souvent mal adaptées au monde du travail. Cette divergence dans l'application de ces normes témoigne non seulement de la difficulté à les appréhender, mais également d'un certain nombre de conceptions et de hiérarchies de valeurs. Il en résulte une casuistique dont il est difficile de tirer des lignes de force. Selon nous, il est d'ailleurs permis de s'interroger sur l'utilité de mener encore une telle analyse si, au détour d'une application généralisée de la jurisprudence *Antigone* émanant de la Cour de cassation – sur laquelle nous reviendrons *infra* –, le débat était amené à se déplacer, non pas sur la régularité de la collecte de l'information, mais sur la recevabilité de la preuve en justice.

5. Nous avons, dès lors, voulu concevoir cette contribution comme une réflexion plus prospective sur l'incidence des nouvelles technologies de communication quant à la vie privée des travailleurs, moins peut-être sous l'angle des possibilités nouvelles de contrôle qu'offrent ces technologies que sur l'évolution qu'en a subi directement la notion de vie privée elle-même. Notre choix s'est porté sur la problématique particulière de la « vie privée partagée » que l'on peut rencontrer dans le cadre de l'usage des réseaux sociaux et des blogs et de son incidence dans le monde du travail. Vu le thème retenu de la vie privée du travailleur, cette contribution demeurera, néanmoins, dans la

ment, d'assurer une meilleure circulation de l'information. Mais tel n'est pas notre propos. Voyez ainsi, « Le modèle Facebook dans les entreprises », *La libre Belgique*, 13 et 14 novembre 2010.

¹⁴ Voyez not. K. ROSIER, « Droit social: contrôle de l'usage des technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail » (Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008)), *R.D.T.I.*, 2009, n° 35, pp. 126 et s.; K. ROSIER, « Le cybercontrôle des travailleurs contrôlé par le Juge », *Orientations*, 2009, n° 6, pp. 22-26; S. VAN WASSENHOVE, « Le respect de la vie privée dans l'usage de nouvelles technologies », in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2005, p. 139; R. BLANPAIN et M. VANGESTEL, *Gebruik en contrôle van e-mail, intranet en internet in de onderneming*, Bruges, La Chartre, 2003, 264 p.; F. HENDRICKX, *Elektronisch toezicht op het werk: internet en camera's*, Malines, Kluwer, 2005, 197 p.; P. DE HERT, « C.A.O. nr. 81 en advies nr. 10/2001 over contrôle van internet en e-mail. Sociale herlezen stafwetten en grondrechten », *R.W.*, 2002-2003, pp. 1281-1294; D. DEJONGHE, « Wergeverscontrole op e-mail en internetgebruik: C.A.O. nr. 81 slechts de krijtlijn », *Ors.*, 2002, pp. 225-235; M. GOLDFAYS, « CCT n° 81: contrôle des données de communications électroniques », *Orientations*, 2002, pp. 209-212; O. RIJCKAERT, « Surveillance des travailleurs: nouveaux procédés, multiples contraintes », *Orientations*, 2005, numéro spécial, pp. 41-60.

perspective de la surveillance globale – au sens large – des travailleurs dans l'entreprise et non dans celle de l'intérêt que peuvent présenter, pour l'entreprise, certaines technologies¹⁵. Les réseaux sociaux peuvent, en effet, offrir des fonctions de gestion et des processus collaboratifs au sein de l'entreprise afin, notamment, d'assurer une meilleure circulation de l'information. Mais tel n'est pas notre propos.

6. Un détour sur internet permet de voir que les réseaux sociaux génèrent déjà un certain nombre de difficultés en droit social. Humainement, les réseaux sociaux suscitent des interrogations eu égard au fait que de nombreux collègues de travail s'invitent à devenir amis sur Facebook alors que certains préféreraient s'en tenir à des relations strictement professionnelles, par exemple, avec un supérieur hiérarchique... Juridiquement, divers exemples de conséquences de l'utilisation de ces outils sont évoqués sur la toile. Ainsi, par exemple, est relatée l'histoire de deux salariés qui auraient porté des critiques sur la qualité du travail et sur leur employeur dans le cadre d'un réseau social et qui se sont vus sanctionnés disciplinairement, pour l'un et licencié, pour l'autre, l'employeur assurant que l'information est remontée par le bouche à oreille. En l'espèce, il ne semblait pas y avoir de difficultés quant à la prise de connaissance, les propos ayant été tenus sur une page accessible à tous. Dans la même veine, trois salariés d'une même entreprise critiquent leur employeur sur Facebook, un quatrième, faisant partie de « leurs amis » et ayant accès aux échanges, réalise un copié/collé et le transmet à la direction qui décide alors de licencier les trois employés pour dénigrement et incitation à la rébellion. L'employeur ne va pas lui-même sur Facebook mais est prévenu par un autre collègue qui a accès au profil. Dans une autre affaire, les travailleurs portent plainte pour interception illicite de communications, soupçonnant leur employeur d'avoir eu accès illégalement à leurs conversations sur Facebook. On évoque également le sort d'une candidate à l'embauche, qui, ayant passé avec succès l'entretien d'embauche, fait part sur Twitter de ses doutes quant à son futur emploi en signalant déjà qu'elle déteste son travail eu égard aux déplacements importants. Son message parvient aux oreilles de ses recruteurs qui annulent leur offre. On découvre le cas d'une travailleuse en incapacité de travail licenciée par son employeur pour avoir utilisé Facebook durant son congé de maladie. L'incapacité était une migraine obligeant la travailleuse à rester dans le noir et l'empêchant à travailler sur écran ... De

¹⁵ Voyez ainsi, *La libre Belgique*, 13 et 14 novembre 2010, « Le modèle Facebook dans les entreprises ».

la même façon, un Britannique s'étant absenté du bureau et, ayant donné à son employeur un motif d'absence qui se révélera faux suite à une publication sur Facebook d'une photo qui le montre déguisé en fée à une soirée d'Halloween, est licencié¹⁶. On le voit, les problèmes se posent notamment en termes de confidentialité et/ou de régularité de la collecte de la preuve de motifs de congé ou de refus d'embauche.

7. Dans une première section (Section 1), nous nous proposons, en préalable à l'analyse des atteintes à la vie privée des travailleurs qui peuvent être induites par la mise en ligne d'informations les concernant, plus particulièrement sur les réseaux sociaux ou sur des blogs, de nous pencher sur la manière dont les informations relatives aux travailleurs sont protégées dans le cadre de la relation de travail. Nous distinguerons à cette occasion, la question de la collecte des informations de l'utilisation qui peut en être faite. Cette même articulation sera suivie dans une seconde section (Section 2) en ce qui concerne l'analyse de l'existence d'obstacles éventuels, provenant de la législation sur le secret des communications électroniques et celle sur la protection des données à caractère personnel, à la prise de connaissance et à l'exploitation de données provenant des sites de réseaux sociaux ou de blogs. Nous confronterons ensuite, toujours au sein de cette deuxième section, la notion de vie privée au phénomène du dévoilement en ligne d'informations personnelles et proposerons quelques pistes de réflexions pour appréhender en quoi la manière dont ces informations sont communiquées pourrait avoir un impact sur l'application du droit au respect de la vie privée tel que prévu à l'article 8 de la C.E.D.H. Enfin, nous nourrirons également ces réflexions par quelques considérations sur cette problématique au regard de la pratique du droit social qu'est la prise en compte d'informations relatives à la vie privée des travailleurs. Nous concluons cette contribution par quelques constats sur les enjeux que constituent la protection de la vie privée des travailleurs confrontée à un axiome bien ancré de la relation de travail, à savoir la surveillance exercée sur les travailleurs.

¹⁶ L'ensemble de ces exemples figure dans divers articles sur le site www.pro.01net.com et, notamment les articles de : I. BOUCK, « Licencié pour avoir critiqué son employeur sur internet » (15 décembre 2008), A. Hippolyte, « Les réseaux sociaux augmentent la productivité et ... le nombre de chômeurs » (24 avril 2009); S. RENAUD, « Licencié pour avoir surfé sur Facebook durant son congé de maladie »; A. DEVILLARD, « Licencié pour avoir dénigré leur direction sur Facebook ». Une recherche sur chacun de ces cas permet d'obtenir accès à de nombreux sites, forum de discussion ou interview abordant la question.

Section 1

La protection des informations relatives au travailleur dans la relation de travail

8. Le droit social ne définit, bien évidemment, pas ce qu'est la vie privée. Il n'entre pas dans nos intentions, dans le cadre limité de cette étude, de faire une analyse complète de ce qu'elle recouvre et de la manière dont elle est protégée¹⁷. Ceci dit, au regard de l'objet de notre propos, il nous faut constater que cette notion subit à l'heure actuelle de profondes inflexions suite à l'apparition de certains phénomènes liés aux nouvelles technologies de communication. Il nous semble utile, avant de nous pencher sur l'incidence que peuvent avoir les réseaux sociaux sur la protection de la vie privée des travailleurs, de mettre cette problématique en perspective grâce à quelques observations sur certains aspects que prend cette protection dans le contexte particulier des relations de travail et du droit social en général.

9. Nous traiterons de l'impact que peut avoir la diffusion d'informations relatives aux travailleurs via les réseaux sociaux ou les blogs en nous concentrant sur la question de la réutilisation de ces informations par l'employeur dans le contexte de la relation de travail. Aussi, c'est sous cet angle que nous examinerons les atteintes qui peuvent être portées à la vie privée des travailleurs.

10. À notre sens, la problématique des atteintes à la vie privée du travailleur dans ce contexte peut être discutée sur deux plans : les atteintes elles-mêmes (§ 1) et les conséquences attachées à ces atteintes (§ 2).

¹⁷ Pour un exposé récent des principes généraux relatifs à la vie privée au travail, voyez : F. KÉFER et P. MAISETTI, « La vie personnelle du salarié » in *Les droits de la personnalité*, Documents du X^e colloque de l'association famille et droit, U.C.L., 30 novembre 2007; J.-Fr. NEVEN, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », in J.-F. LECLERCQ (dir.), *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 2005, spéc., pp. 39-48, n^o 31-36. On ne peut que se référer également à la remarquable étude de F. HENDRICKX, *Privacy in arbeidsrecht*, Bruges, die Keure, 1999; A. PEIFFE, A. MATTHUS et E. VERLINDEN, *Privacy in de arbeidsrelatie. Gids voor het voeren van een privacybeleid*, J. STAPPERS, (dir.), Gand, Story, 2008, 162 p.; Voyez aussi : R. DE BAERDEMAEKER et M. KOKOT « Protection de la vie privée et contrat de travail », *J.T.T.*, 2006, pp. 1-13; R. DELARUE, « Bescherming van de privacy in de onderneming en de begrenzing van de patronale prerogatieven », *Chron. D.S.*, 1992, pp. 133-141. Par ailleurs, un numéro spécial d'une revue et un ouvrage ont été consacrés à ce sujet : « L'employeur et la vie privée du travailleur », *Orientations*, 2005, numéro spécial, pp. 1-95 et J.-Fr. LECLERCQ (dir.), *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 2005.

§ 1. Les atteintes à la vie privée

11. En droit social, la protection de la vie privée sur le plan « informationnel » pose essentiellement deux types de questions : la façon dont on récolte l'information et l'usage que l'on en fait. Les constats que l'on peut faire à cet égard et qui seront abordés sous la section A, ci-dessous, nous amèneront à tenter d'établir une typologie des données protégées en tenant compte des protections liées à leur nature spécifique et de la manière dont elles sont obtenues (§ 3).

A. La vie privée protégée en droit social : collecte et utilisation de certaines informations

1. La collecte des informations

12. Une première facette de la protection de la vie privée touche à la façon dont on récolte certaines informations, la collecte de celles-ci pouvant se faire au mépris de la vie privée du travailleur. Les informations dont question peuvent, quant à elles, être liées à la vie privée du travailleur ou non. Ainsi, le droit social va régler la prise de connaissance par le biais des modes de communications électroniques (C.C.T. n° 81¹⁸), la prise de connaissance par le biais de caméras (C.C.T. n° 68¹⁹), en ce qui concerne les tests d'alcool (C.C.T. n° 100²⁰)²¹, etc. Dans toutes ces hypothèses, l'information en tant que telle peut être obtenue par l'employeur dans certaines limites à condition qu'il respecte une procédure *ad hoc*, procédure qui va mettre en place les critères de l'article 8 de la C.E.D.H. : finalité, proportionnalité et transparence du contrôle. Le contenu de l'information recherchée est indifférent et peut ou non relever de la vie privée : ce qui compte dans ce cas, c'est – en quelque sorte – la méthode de surveillance. Ainsi en est-il de l'enregistrement vidéo du travailleur effectuant ses prestations au mépris des règles de la C.C.T. n° 68. La violation du droit au respect de la vie privée résulte davantage de la méthode utilisée que du contenu des informations révélées. En effet, si

¹⁸ Convention collective de travail n° 81 du 26 avril 2002, conclue au sein du Conseil national du Travail, relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électroniques en réseau, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 12 juin 2002.

¹⁹ Convention collective de travail n° 68, conclue le 16 juin 1998 au sein du Conseil national du Travail, relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard de la surveillance par caméras sur le lieu du travail, rendue obligatoire par arrêté royal du 20 septembre 1998.

²⁰ Convention collective de travail n° 100 du 1^{er} avril 2009, conclue au sein du Conseil national du Travail, concernant la mise en œuvre d'une politique préventive en matière d'alcool et de drogues dans l'entreprise, rendue obligatoire par arrêté royal du 28 juin 2009.

²¹ S. GILSON, *L'alcool et les drogues dans l'entreprise. La CCT n° 100 du 1^{er} avril 2009*, Vanden Broele, 2009.

le cadre légal est respecté, le contenu peut alors en principe être exploité (exemple : les images de vidéosurveillance). Notons toutefois qu'en ce qui concerne les communications électroniques visées par la C.C.T. n° 81, la prise de connaissance du contenu des communications demeure proscrite, mais du fait d'autres fondements légaux.

2. L'utilisation des informations

13. Le second aspect lié à la protection de la vie privée porte sur l'utilisation de certaines informations issues de la « vie privée » qui sont considérées comme protégées soit par des normes spécifiques au droit social, soit par des normes générales. Ces informations ne sont toutefois pas nécessairement confidentielles. On constate dès lors que :

- Le droit social protège donc certaines informations en tant que telles, quelle que soit la façon dont leur connaissance est acquise et même lorsque ladite information doit être révélée à l'employeur. Il faudra en effet bien distinguer, à cet égard, *informations relevant de la vie privée et informations confidentielles*. Les deux peuvent se recouvrir (exemple : un travailleur est séropositif et il n'entend pas que cela se sache) ou au contraire viser des choses différentes (une travailleuse est enceinte et va se voir, à un certain moment, amenée à le révéler du fait de l'application du droit social, cette révélation entraînant alors le bénéfice d'une protection contre le licenciement dans son chef).

Encore la question est-elle plus compliquée puisque le traitement de ces informations *peut varier suivant les circonstances*. Pour reprendre l'exemple de l'état de grossesse, celui-ci est davantage protégé en tant qu'élément de la vie privée lors de l'embauche. Ainsi, lorsque l'article 11 de la convention collective de travail n° 38 prévoit le respect de la vie privée du travailleur, c'est pour ne permettre à l'employeur de poser des questions sur la vie privée que si elles sont pertinentes en raison de la nature et des conditions d'exercice de la fonction : la question d'un éventuel état de grossesse ne serait pertinente qu'en égard à la fonction exercée²². Par ailleurs, certaines informations, qui seraient par exemple visibles à l'œil nu et ne nécessiteraient pas une collecte spécifique de données, peuvent être protégées, comme par exemple le handicap. D'aucuns souligneront que cette question est différente de la vie privée puisqu'il s'agit plutôt d'une interdiction de non-discrimination sur la base d'un certain nombre de critères. Il n'en demeure pas moins que ces critères ressortent fréquemment de ce que l'on entend d'ordinaire par

²² C. trav. Anvers, 25 mai 1990, *Chron. D.S.*, 1995, p. 223, note H. FUNCK et J. JACQMAIN.

« vie privée ». Le droit social érige ainsi une protection pour toute une série d'informations liées à la vie privée mais qui ne sont pas confidentielles. Par exemple, l'article 36 de la loi du 3 juillet 1978 stipule que sont nulles les clauses prévoyant que le mariage ou la maternité met fin au contrat. L'article 36bis de la loi prévoit une protection similaire pour les hypothèses où la rémunération du travailleur fait l'objet d'une saisie.

Certaines informations ne sont quant à elles pas spécifiquement protégées (vie familiale, loisirs, activités professionnelles parallèles, etc.) et il faudra alors se référer aux dispositions plus générales sur la protection de la vie privée et notamment l'article 8 de la C.E.D.H. Nous constaterons à cet égard que, si les nouvelles technologies renouvellent la problématique traditionnelle du pouvoir de surveillance, l'apparition de certains comportements liés aux nouvelles technologies pose, quant à elle, la question de l'évolution de la notion de vie privée. La pratique des blogs ou des réseaux sociaux amène, en effet, les personnes qui y participent à ouvrir une porte sur leur vie privée. En théorie, la personne décide elle-même de l'étendue de cette ouverture non seulement en termes d'informations communiquées mais aussi en termes de nombre de personnes qui peuvent y avoir un accès public. Cela amène donc à une conception de la vie privée à géométrie variable selon les personnes. La question peut, néanmoins, se poser de savoir s'il faut réagir avec la vie privée comme en ce qui concerne des informations confidentielles. En d'autres termes, *une information relative à la vie privée continue-t-elle de l'être même si la personne la révèle ?*

En droit social, on serait tenté de répondre par l'affirmative puisque, comme nous l'avons vu, un certain nombre d'informations, même révélées, vont rester liées à la vie privée et protégées en tant que telles (maternité, maladie, etc.). La réponse doit toutefois être nuancée comme nous l'exposerons dans la section 2 de la présente contribution. Il est cependant intéressant de relever, à ce stade, que c'est le raisonnement contraire qui prévaut en ce qui concerne les informations confidentielles prévues à l'article 17, 3^o de la loi du 3 juillet 1978 et qui constituent en quelque sorte un peu *la vie privée de l'employeur*. On apprécie la nature confidentielle de l'information. Ce n'est pas parce que c'est une information qui est interne à l'entreprise et qui est même peut-être cruciale, qu'elle est par nature confidentielle. Lorsque le caractère confidentiel de ces données n'est pas prouvé, la jurisprudence estimera que la diffusion par le travailleur ne constitue pas une faute grave²³. On trouve également des décisions de jurisprudence qui estiment que, dès

²³ C. trav. Bruxelles, 5 mai 1980, R.D.S., 1981, p. 159.

lors que l'information confidentielle n'a pas été suffisamment protégée, c'est qu'elle n'était, en fait, pas si confidentielle que cela. Ainsi, le Tribunal du travail de Malines a-t-il souligné que lorsque l'employeur a la possibilité technique de protéger des informations et ne le fait pas, les informations en question ne doivent pas être considérées comme confidentielles. Or, il s'agissait ici d'informations liées à la rémunération des autres travailleurs²⁴. En bref, l'information confidentielle ne l'est pas *in se* ou plutôt nécessite qu'elle soit traitée comme telle également par celui qui veut la voir protéger. En quelque sorte, si son titulaire la délaisse, elle pourrait perdre son caractère de confidentialité. De même, en ce qui concerne le secret de fabrication, la Cour de cassation considère qu'on peut la définir comme « un fait technique qui contribuant en la résiliation des opérations mises en œuvre dans une entreprise pour obtenir un produit déterminé est de nature à procurer au fabricant des avantages techniques et à lui assurer sur ses concurrents une supériorité d'une nature telle qu'il y a pour lui un avantage économique à ce qu'il ne soit pas connu de ses concurrents »²⁵. Ceci étant, la notion de *know-how* peut rentrer dans la catégorie des secrets d'affaires. Si la Cour de cassation a admis qu'un procédé de fabrication puisse constituer un secret de fabrique alors même qu'il a fait l'objet de publication²⁶, il a été soutenu que l'existence d'un secret de fabrique implique que l'employeur ait pris des mesures pour assurer le maintien du secret²⁷. Le secret d'affaires est, quant à lui, défini de manière plus large mais il est tout aussi admis que l'information doit être, par nature, et c'est une évidence, secrète²⁸. La doctrine a relevé la difficulté d'établir ce qui est une information à caractère personnel ou confidentiel. Jean-François Funck²⁹ la définit en comparaison avec le secret de fabrique et le secret d'affaires : les informations à caractère confidentiel ou personnel viseraient ici des informations relatives au personnel et à l'environnement de l'entreprise et notamment la question de la rémunération, de l'état de santé, de l'endettement, de la clientèle, etc. Sur les faits de la vie privée extraprofessionnels, Jean-François Funck écrit : « Si des informations relatives à la vie extraprofessionnelle d'un travailleur ou de l'employeur sont portées à la connaissance d'un autre travailleur

²⁴ Trib. trav. Malines, 22 octobre 2002, *Chron. D.S.*, 2003, p. 201.

²⁵ Cass., 27 septembre 1943, *Bull. Cass.*, 1943, p. 358.

²⁶ Cass., 26 juin 1975, *Bull. Cass.*, 1975, p. 1152.

²⁷ G.-L. BALLON, « Know-how en zijn bescherming », in *Liber amicorum R. Blanpain*, Bruges, die Keure, 1999, p. 673.

²⁸ J.-F. FUNCK, « La clause de confidentialité dans le contrat de travail », in V. VANNES (dir.), *Clauses spéciales de contrats de travail, utilités, validité, sanction*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 203.

²⁹ J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 204.

par le fait de l'exécution de ses fonctions et, si ces informations ne sont pas publiques, elles sont couvertes par l'obligation de confidentialité³⁰. Il faut donc en déduire que, dès lors qu'une information devient « publique », éventuellement du fait de son titulaire, elle pourrait ne plus être de nature confidentielle. La question est de savoir si elle doit encore être protégée. La réponse est affirmative dans certains cas *selon la nature de l'information et de son support*. Nous proposons ci-dessous un essai de typologie de ces données protégées.

B. Essai de typologie des informations protégées

14. Eu égard à ce qui précède, il convient à notre sens de distinguer en droit social :

- Des informations « protégées » par des normes spécifiques du fait de leur nature – qu'elles soient confidentielles ou non –, qui sont censées ressortir *ipso facto* de la vie privée et dont l'utilisation dans certains cas est contrôlée et limitée. Ainsi en est-il du mariage, de l'âge de la retraite, de la grossesse, des critères de discrimination de la loi du 10 mai 2007³¹, des données relatives à la santé qui sont traitées par la médecine du travail³², etc.
- Des informations, non spécifiquement visées par la loi, mais relevant de la vie privée stricto sensu et qui sont protégées :
 - Dans leur *collecte*,
 - par les principes généraux relatifs à la vie privée *dès lors que leur titulaire leur accorde une certaine confidentialité*. Si une publicité leur est donnée, on doit se demander si cela ne doit par avoir une incidence sur la régularité de la collecte lorsque celle-ci intervient hors des hypothèses de protection particulière liée au support sur lequel elles se trouvent.
 - Par des dispositions spécifiques du droit social. Nous pourrions citer comme exemple certaines données médicales lors des tests médicaux à l'embauche.
 - Dans leur *utilisation*, par le droit social, qui soit protège expressément la vie privée lors de certaines phases (exemple : recrutement) soit,

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination. Voy. à cet égard : S. GILSON et A. ROGER, « État de santé et licenciement abusif », in Ch.-É. CLESSE et S. GILSON (dir.), *Le licenciement abusif. Notion, évolution, perspectives*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 175-252.

³² S. GILSON, N. HAUTENNE et K. ROSIER, « Les informations médicales dans le cadre de la relation de travail », Actes du colloque du 10 mars 2005, *Orientations*, n° Spécial 35 ans, 2005, pp. 61-95.

implicitement refuse de considérer des faits de la vie privée sans incidence sur le travail (exemple : motifs de congé).

Certaines questions demeurent controversées à ce sujet : ainsi en est-il du sort des documents sauvegardés sur un PC mis à disposition du travailleur. Il a déjà été jugé qu'ils ressortaient à la vie privée du travailleur³³ (« le fait que l'ordinateur sur lequel se trouvaient les documents est la propriété de la société n'exclut pas la protection qui s'attache au caractère personnel et privé des documents »), tout comme il a déjà été considéré que de tels fichiers ne peuvent revendiquer aucune protection³⁴. Sont visés ici des documents personnels du travailleur et non pas des documents de l'entreprise, qui ne relèvent pas de la vie privée³⁵. À notre sens, cette protection – qui doit être reconnue – n'est pas liée en l'espèce au support mais au droit au respect de la vie privée.

- Des informations – quelle qu'en soit la teneur : confidentielles ou non, relatives à la vie privée ou non – qui sont protégées d'une certaine façon dans un cadre réglementé du fait du support sur lequel elles se trouvent et du mode de prise de connaissance.

On vise ici la circonstance que l'information est obtenue ou enregistrée par le biais de techniques particulières (images de vidéosurveillance, une communication électronique, enregistrement sur un support informatique, etc.). Nous avons abordé cette question *supra* en rappelant l'existence des C.C.T. n^{os} 68, 81, 100 qui ont pour effet de limiter les méthodes de collecte d'information.

C'est dans cette catégorie, nous semble-t-il, avec tout le caractère réducteur des étiquetages, que se placeraient les restrictions imposées par la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel qui s'appliquent également dans le monde du travail.

La loi du 8 décembre 1992 s'applique à tout traitement de données³⁶ à caractère personnel automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'à tout

³³ C. trav. Bruxelles, 3 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 262.

³⁴ C. trav. Liège (section Namur), 11 janvier 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 488, note K. ROSIER et S. GILSON ; *J.T.T.*, 2007, p. 249.

³⁵ Gand, 6 janvier 2004, *T.G.R.*, 2004, p. 56.

³⁶ La notion de traitement de données à caractère personnel est très large. Elle recouvre « toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction de données à caractère personnel » (Art. 1^{er}, § 2 de la loi du 8 décembre 1992).

traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier³⁷. Bien que cela ne ressorte pas explicitement du texte de la loi, les termes « traitement de données » sont généralement utilisés pour désigner un ensemble d'opérations techniques qui poursuivent une ou plusieurs finalités définies.

Ainsi, toute donnée relative à un individu identifié ou identifiable peut se trouver protégée dès lors qu'elle est appelée à être collectée, enregistrée, conservée, et plus généralement utilisée dans le cadre d'opérations réalisées de manière informatisée (utilisation de l'informatique, de réseaux de communications, etc.). La protection qu'offre la législation relative au traitement de données à caractère personnel va également au-delà de la protection de la sphère privée³⁸. Cette législation entend protéger toute donnée dès lors qu'elle a trait à une personne physique identifiée ou identifiable. De ce fait, sont également concernées les données relatives au milieu professionnel.

Il convient également de relever que la loi du 8 décembre 1992 peut aussi prévoir une protection accrue en raison de la nature des données traitées. Ainsi règle-t-elle de manière beaucoup plus stricte l'enregistrement et l'utilisation d'informations dites sensibles. Il s'agit de données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que les données relatives à la vie sexuelle, à la santé et les données judiciaires³⁹. Tandis que le traitement des données « ordinaires » est permis pour autant que certaines conditions prévues par la loi soient remplies, le traitement des données sensibles est interdit sauf dans le cas des exceptions limitativement prévues par la loi. Ces restrictions s'imposent également à l'employeur, le cas échéant.

Notons toutefois que le fait même de rendre publiques certaines informations sur internet a également une autre incidence sur l'utilisation qui peut en être faite par la suite. Ainsi, si le traitement de données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données relatives à la vie sexuelle, est interdit, cette interdiction de principe est levée lorsque le traitement porte sur des données manifestement rendues publiques par la personne concernée⁴⁰. Il en est de même pour les données rela-

³⁷ Art. 3, § 1 de la loi du 8 décembre 1992.

³⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Rotaru c. Roumanie* du 4 mai 2000, *Rec.*, 2000, p. 80.

³⁹ Voy. art. 6, 7 et 8 de la loi du 8 décembre 1992.

⁴⁰ Art. 6 de la loi du 8 décembre 1992.

tives à la santé⁴¹. Le fait que des données aient été le cas échéant rendues publiques, sur un blog par exemple, peut aussi avoir pour effet d'en permettre une utilisation qui aurait été prohibée autrement.

C. Conclusion

15. L'analyse qui précède démontre l'utilité de distinguer la collecte de l'utilisation des informations via les réseaux sociaux ou autres sites tels des blogs. Que ce soit dans le cadre de la collecte ou de l'utilisation d'informations dans un tel contexte, il faut en outre tenir compte du type de données concernées.

§ 2. Les conséquences des atteintes à la vie privée

16. En ce qui concerne ce second plan lié aux conséquences des atteintes, on rappellera que celles-ci peuvent consister soit en des sanctions civiles (mise en cause de la responsabilité sur pied de l'article 1382 du Code civil)⁴² ou pénales (sanctions existant par exemple pour la violation des dispositions relatives au secret des communications électroniques ou de certaines dispositions de la loi du 8 décembre 1992), soit en une sanction dans le cadre de la procédure en justice consistant en l'écartement des preuves obtenues de manière irrégulière.

Concernant ce dernier point, il convient toutefois de noter que la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence sur la recevabilité des preuves acquises

⁴¹ Art. 7 de la loi du 8 décembre 1992.

⁴² En effet, des dommages et intérêts peuvent être octroyés pour violation de la vie privée. Dans un jugement du 6 mars 2007 (Trib. trav. Liège [3^e ch.], 6 mars 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 498, note K. ROSIER et S. GILSON; *J.L.M.B.*, 2008, p. 389), le Tribunal du travail de Liège considère que l'employeur, en obtenant des images de façon irrégulière, a manqué au principe de loyauté dans le cadre de l'exécution de contrat de travail. Il condamne l'employeur à des dommages et intérêts en se fondant sur un manquement à l'article 16 de la loi sur le contrat de travail ainsi que sur l'existence d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Ce faisant, le tribunal épingle le recueil de la preuve par caméra de manière irrégulière comme constituant un comportement fautif réalisé au cours du processus ayant abouti au licenciement. Il qualifie ce comportement de « faute dans l'exercice du droit de licencier au sens large ». Le tribunal juge également que la travailleuse démontre avoir subi un dommage du fait de ce comportement fautif, dommage consistant en une atteinte à sa vie privée. La Cour du travail de Liège avait également octroyé des dommages et intérêts en raison de la production de courriers électroniques dont l'employeur avait irrégulièrement pris connaissance (C. trav. Liège [section Namur], 11 janvier 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 488, note K. ROSIER et S. GILSON). La Cour considéra que la prise de connaissance irrégulière de courriers électroniques ainsi que le fait de les imprimer et de les produire en justice relevait d'une défense en justice abusive et estima que l'écartement de cette pièce ne suffisait pas à réparer le dommage et octroya à la travailleuse des dommages et intérêts.

irrégulièrement⁴³. Dans son arrêt *Antigoon* du 14 octobre 2003⁴⁴, la Cour de cassation admet que le juge puisse avoir égard à des preuves recueillies illicitement. Plus précisément la Cour indique que la circonstance qu'un élément de preuve a été obtenu irrégulièrement a pour conséquence que le juge, lorsqu'il forme sa conviction, ne peut prendre cet élément en considération ni directement ni indirectement :

- lorsque le respect de certaines conditions de forme est légalement prescrit à peine de nullité ;
- lorsque l'irrégularité commise entache la crédibilité de la preuve ;
- lorsque l'usage de cette preuve est contraire au droit à un procès équitable.

La Cour de cassation affina encore sa jurisprudence en précisant dans un arrêt du 23 mars 2004⁴⁵ « qu'il appartient au juge d'apprécier l'admissibilité d'une preuve obtenue illicitement à la lumière des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques compte tenu des éléments de la cause prise dans son ensemble, y compris le mode d'obtention de la preuve et les circonstances dans lesquelles l'illicéité a été commise ». Parmi les circonstances que le juge peut prendre en considération, elle identifie celles-ci :

- le fait que l'autorité chargée de l'information, de l'instruction et de la poursuite des infractions a ou non commis intentionnellement l'acte illicite ;
- la circonstance de gravité de l'infraction dépasse de manière importante l'illicéité commise ;
- le fait que la preuve obtenue illicitement ne concerne qu'un élément matériel de l'existence de l'infraction.

Un autre arrêt du 2 mars 2005 (arrêt *Manon*)⁴⁶ ajoute encore que le juge peut, pour fonder l'admission des éléments irrégulièrement produits, prendre en considération notamment la circonstance que l'illicéité est sans commune mesure avec la gravité de l'infraction dont l'acte irrégulier a permis la constata-

⁴³ S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit social », in F. KUTY et D. MOUGENOT (dir.), *La preuve, questions spéciales*, CUP, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 179 et s. Voy. B. MARECHAL, « Licéité de la preuve », in *Le droit du travail à l'ère du numérique*, Anthemis, 2011, à paraître.

⁴⁴ Cass., 14 octobre 2003, n° P.03.0762.N, www.cass.be, avec les conclusions de l'avocat général DE SWAEF.

⁴⁵ Cass., 23 mars 2004, n° P.04.0012.N, www.cass.be.

⁴⁶ Cass., 2 mars 2005, J.T., 2005, p. 211, conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH, J.L.M.B., 2005, p. 1086, note M.-A. BEERNAERT.

tation ou que cette irrégularité est sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée.

Au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation, il appartiendra donc au juge d'apprécier si la preuve obtenue irrégulièrement doit être rejetée au regard des critères énoncés par elle.

17. La transposition de cette jurisprudence en matière civile est discutable et discutée mais tel n'est pas notre propos. À notre sens, la Cour de cassation, en autorisant la production dans certaines conditions de preuves acquises irrégulièrement, prive le droit à la protection de la vie privée de la sanction la plus effective, même si les autres sanctions énoncées ci-avant restent envisageables.

Du reste, sur un plan purement technique, nous l'avons déjà écrit : nous demeurons quant à nous très dubitatifs et circonspects sur l'application en matière civile de ces critères manifestement conçus pour le droit pénal (la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement, la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité, le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction, le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction, ...) ⁴⁷. En matière sociale, faut-il entendre pour la Cour de cassation que les modes d'instauration des atteintes à la vie privée (impliquant notamment publicité et consultation des travailleurs) seraient accessoires et que leur non-respect n'entraînerait qu'une irrégularité « purement formelle » ? Le droit de surveillance de l'employeur l'emporterait-il systématiquement sur la protection de la vie privée du travailleur dès lors qu'il permet d'assurer la protection de droits qui seraient jugés plus fondamentaux, comme le droit de propriété ?

18. La question n'est toutefois pas, selon nous, purement technique mais *idéologique* et est révélatrice d'une certaine hiérarchie de valeurs ancrée dans une conception particulière de la relation de travail. Eu égard à la place qui va être donnée à l'appréciation du juge – qui mobilisera tel ou tel critère (bien souvent réversible) pour recevoir ou au contraire écarter une preuve – les

⁴⁷ Th. LÉONARD et K. ROSIER, « La jurisprudence « Antigoon » face à la protection des données : salvatrice ou dangereuse ? », *R.D.T.L.*, 2009, n° 36, pp. 5-10 ; K. ROSIER et S. GILSON, « La preuve irrégulière : quand Antigone ouvre la boîte de Pandore : commentaire de l'arrêt Lee Davies rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 28 juillet 2009 », *Chron. D.S.*, 2010, pp. 289-292. En ce sens voy. ég. D. MOUGENOT, « Humphrey Bogart au XXI^e siècle : la preuve par production d'un rapport de détective privé », *R.R.D.*, 2008, n° 127, p. 246.

questions de valeurs deviennent primordiales. Il n'est donc pas inutile à notre sens de s'interroger sur les racines de cette conception qui vont donner au pouvoir de surveillance une telle emprise. Nous intégrerons une réflexion à cet égard dans la conclusion de cette contribution.

Section 2

L'avènement des réseaux sociaux, blogs, etc. : l'ère du partage de sa vie privée ?

§ 1. Introduction

19. Avec l'avènement des réseaux sociaux, se pose aujourd'hui la question de l'utilisation dans le cadre de la relation de travail d'informations relatives aux travailleurs qui sont diffusées, parfois par le travailleur lui-même, sur internet. La problématique de la coexistence entre le droit au respect de la vie privée et les intérêts que l'employeur peut trouver à en faire usage promet d'être intéressante. Il y a en effet une mutation des comportements qui défie les présupposés sur lesquels s'est développé le droit au respect de la vie privée.

Comme le relevait dans un rapport du 4 mars 2008, le Groupe de travail international sur la protection des données dans les télécommunication à propos de la propension des utilisateurs d'internet à diffuser eux-mêmes des données les concernant, « With respect to privacy, one of the most fundamental challenges may be seen in the fact that most of the personal information published in social network services is being published at the initiative of the users and based on their consent. While "traditional" privacy regulation is concerned with defining rules to protect citizens against unfair or unproportional processing of personal data by the public administration (including law enforcement and secret services), and businesses, there are only very few rules governing the publication of personal data at the initiative of private individuals, partly because this had not been a major issue in the "offline world", and neither on the internet before social network services came into being. Furthermore, the processing of personal data from public sources has traditionally been privileged in data protection and privacy legislation »⁴⁸. Ce même groupe pointait l'usage déjà très répandu de l'utilisation des profils des adeptes des réseaux sociaux par les sociétés de recrutement et les services de ressources humaines⁴⁹.

⁴⁸ IWGDPT, « Report and guidance on Privacy in Social Network Services- 3Rome Memorandum », http://www.datenschutz-berlin.de/attachments/461/WP_social_network_services.pdf, p. 1.

⁴⁹ « [...] Even "normal" uses of (user) profile data uses can encroach upon users' informational self-determination and, for example, also severely limit their career prospects. One example that has gained

20. Si l'on pense de prime abord à l'incidence que peut avoir la protection de la vie privée par le biais de l'article 8 de la C.E.D.H. dans le cadre de la prise de connaissance et de l'utilisation de données diffusées sur les réseaux sociaux et blogs, on peut toutefois se demander si cette disposition a vocation à être la seule appelée à être mobilisée pour établir d'éventuelles limites à ce qui peut être admis ou non ou si, à l'instar de la problématique du contrôle de l'usage des outils de communications, d'autres réglementations entrent en ligne de compte.

21. Nous avons identifié deux législations spécifiques qui pourraient s'avérer pertinentes et imposer des limites à cet usage : la législation sur le secret des communications électroniques ou la loi du 8 décembre 1992. Nous nous proposons d'étudier l'incidence de chacune de ces lois sur la problématique envisagée tant au niveau de la collecte que de l'utilisation des informations obtenues (§§ 2 et 3, *infra*) avant de procéder à la même analyse au regard cette fois de l'article 8 de la C.E.D.H. (§ 4). Nous terminerons par la confrontation des règles propres à la législation sociale en matière de protection de certaines informations avec le contexte des réseaux sociaux et par une analyse de l'incidence de l'usage de ces nouveaux modes de communications sur l'appréciation des faits susceptibles de justifier une rupture du contrat de travail (§ 5).

§ 2. Le secret des communications électroniques est-il applicable lorsqu'il est question de réseaux sociaux et de blogs ?

A. Collecte des informations

22. Comme nous l'avions évoqué ci-avant, la question du secret des communications électroniques a recueilli l'essentiel de l'attention doctrinale et jurisprudentielle dans les litiges mettant en jeu le contrôle de l'usage des communications électroniques par les travailleurs.

La question était essentiellement traitée à propos de communications électroniques effectuées sur le lieu du travail. Dans le cadre de cette contribution, nous nous demandons si l'employeur, directement ou via un tiers, peut prendre connaissance des informations disponibles sur un profil Facebook au regard de la protection octroyée aux communications électroniques.

public attention is personnel managers of companies crawling user profiles of job applicants and/or employees, which seems to emerge as a steady feature: according to press reports, already today one third of human resources managers admit to use data from social network services for their work, e.g. to verify and/or complete data of job applicants. » (IWGDPT, « Report and guidance on Privacy in Social Network Services- 3Rome Memorandum », http://www.datenschutz-berlin.de/attachments/461/WP_social_network_services.pdf, p. 3).

23. Le secret des communications électroniques résulte de la combinaison de l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relatives aux communications électroniques (et qui remplace l'article 109^{ter} D de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques [loi *Télécom*]) et des articles 314^{bis}⁵⁰ et 259^{bis} du Code pénal qui protègent quant à eux le contenu de la communication pendant la transmission de celle-ci. L'article 124 de la loi prévoit que :

« S'il n'y est pas autorisé par toutes les personnes directement ou indirectement concernées, nul ne peut :

- 1° prendre intentionnellement connaissance de l'existence d'une information de toute nature transmise par voie de communication électronique et qui ne lui est pas destinée personnellement ;
- 2° identifier intentionnellement les personnes concernées par la transmission de l'information et son contenu ;
- 3° sans préjudice de l'application des articles 122 et 123 prendre connaissance intentionnellement de données en matière de communications électroniques et relatives à une autre personne ;
- 4° modifier, supprimer, révéler, stocker ou faire un usage quelconque de l'information, de l'identification ou des données obtenues intentionnellement ou non ».

24. Les questions au cœur de cette problématique sont, selon nous, celle de l'identification des communications protégées, d'une part, et celle de la détermination du caractère privé ou non de la communication et de son incidence sur la protection, d'autre part.

⁵⁰ Cet article stipule que :

« § 1. Sera puni d'un emprisonnement de six mois à un an et d'une amende de deux cents francs à dix mille francs ou d'une de ces peines seulement, quiconque :

- 1° soit, intentionnellement, à l'aide d'un appareil quelconque, écoute ou fait écouter, prend connaissance ou fait prendre connaissance, enregistre ou fait enregistrer, pendant leur transmission, des communications ou des télécommunications privées, auxquelles il ne prend pas part, sans le consentement de tous les participants à ces communications ou télécommunications ;
- 2° soit, avec l'intention de commettre une des infractions mentionnées ci-dessus, installe ou fait installer un appareil quelconque.

§ 2. Sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de cinq cents francs à vingt mille francs ou d'une de ces peines seulement, quiconque détient, révèle ou divulgue sciemment à une autre personne le contenu de communications ou de télécommunications privées, illégalement écoutées ou enregistrées, ou dont il a pris connaissance illégalement, ou utilise sciemment d'une manière quelconque une information obtenue de cette façon.
Sera puni des mêmes peines quiconque, avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, utilise un enregistrement, légalement effectué, de communications ou de télécommunications privées [...] ».

La loi du 13 juin 2005 ne définit pas le terme « communications électroniques ». Si on se reporte à la directive 2002/58/CE⁵¹ dont l'article 5 est transposé par l'article 124 précité, on constate que l'objectif fixé par la directive était d'imposer aux États membres qu'ils « garantissent, par la législation nationale, la confidentialité des communications effectuées au moyen d'un réseau public de communications et de services de communications électroniques accessibles au public, ainsi que la confidentialité des données relatives au trafic y afférentes ». Le texte de la directive précise que par « communication », il faut comprendre, « toute information échangée ou acheminée entre un nombre fini de parties au moyen d'un service de communications électroniques accessible au public »⁵².

Au regard de ce qui précède, on pourrait donc considérer que, pour être protégé, il faut, compte tenu de l'article 5 de la directive, qu'il y ait (i) une information acheminée entre un nombre fini de parties et (ii) par le biais d'un service de communications électroniques accessible au public⁵³.

Sont ainsi considérés comme des communications électroniques protégées, les courriers électroniques, les communications téléphoniques, les SMS et les connexions à un site internet. En revanche, le contenu d'une page web n'est pas en soi protégé par le secret des communications électroniques.

25. On oppose la notion de « communications publiques » à celle de « communications privées », c'est-à-dire de communications qui ne sont pas destinées à être « lues » par tout un chacun⁵⁴. Ainsi lorsque la communication est adressée à un nombre limité de personnes, même important, il revêt un caractère privé. Dès lors qu'elle aurait vocation à toucher un nombre indéfini de personnes, le caractère privé de la communication pourrait, nous semble-t-il, être remis en question.

26. Les services offerts sur ces plateformes des réseaux sociaux permettent non seulement de publier des informations sur une page web (données d'un profil, images, vidéos, etc.) mais également d'échanger des informations avec

⁵¹ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « vie privée et communications électroniques »).

⁵² Directive 2002/58/CE, art. 2, d. Cet article précise que « Cela ne comprend pas les informations qui sont acheminées dans le cadre d'un service de radiodiffusion au public par l'intermédiaire d'un réseau de communications électroniques, sauf dans la mesure où un lien peut être établi entre l'information et l'abonné ou utilisateur identifiable qui la reçoit ».

⁵³ La référence au fait que le service doit être accessible au public ne se retrouve cependant pas dans l'article 124 de la loi belge.

⁵⁴ Th. VERBIEST et E. WERY, *Le droit de la société de l'information. Droits européen, belge et français*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 188.

d'autres utilisateurs du service. On pense aux services de messagerie qui permettent d'adresser un message de type courrier électronique à un ou une « ami(e) ».

Si le système sous-jacent à ces communications n'est pas tout à fait identique aux communications via des serveurs mails, il n'en demeure pas moins que le principe reste le même : il s'agira d'informations transmises entre un nombre fini de parties. Il importe peu à cet égard, nous semble-t-il, que la communication soit effectuée via ou à partir de la plateforme de réseau social et/ou que le fournisseur du service de réseautage social intervienne techniquement dans la transmission de ces informations entre les utilisateurs de son service. Les communications sont acheminées via les fournisseurs d'accès à internet et donc au moyen d'un *service de communications électroniques qui est du reste accessible au public dès lors que les communications sont acheminées par internet*. Elles bénéficient donc de la protection de l'article 124 précité.

En revanche, le fait de publier des informations sur une page internet (du type blog, par exemple) n'entraîne pas la protection du secret des communications quant au contenu de la page. Seules les données relatives aux connexions des internautes à la page concernée (y compris le « titulaire » de la page) sont protégées.

Ainsi en est-il également, nous semble-t-il, de l'utilisation de certains outils mis à la disposition des utilisateurs du service de réseautage social pour communiquer avec d'autres membres et qui permettent d'« éditer » des messages sur une page web (tel le « mur » de Facebook). Ces échanges d'informations ou de communications ne sont, selon nous, pas protégées par le secret des communications électroniques. Il s'agit d'informations qui ne sont du reste pas destinées à un nombre fini de parties, mais simplement aux personnes auxquelles il est donné accès, le nombre de personnes pouvant y accéder pouvant varier selon les paramètres du profil et l'évolution du nombre de personnes cooptées par le titulaire du profil comme « ami ». Ceci étant, cela n'implique pas nécessairement, à notre estime, qu'aucune autre protection ne puisse être envisagée. Nous verrons que l'on peut se demander si ces échanges de messages ne peuvent pas être protégés par le biais de l'article 8 de la C.E.D.H.⁵⁵

27. Eu égard à ce qui précède, on doit donc constater que certaines informations, suivant le mode de communication utilisé, seront protégées vis-à-vis des tiers par le secret des communications électroniques. Même dans ce cas, cela n'implique pas qu'on ne puisse en aucun cas en prendre connais-

⁵⁵ Voy. § 4, *infra*.

sance. En effet, l'employeur peut, le cas échéant, être un destinataire de la communication, auquel cas on ne peut lui opposer le secret des communications - applicable aux seuls tiers à celles-ci.

Qu'en est-il si, étant tiers à la communication, celle-ci lui est transmise par le ou l'un des destinataires de celle-ci? Cette dernière hypothèse, bien que courante et même favorisée par les options standardisées de gestion de courrier électronique qui permettent le transfert des communications, est rarement envisagée en jurisprudence et en doctrine⁵⁶.

Si on s'en tient au prescrit de l'article 124 de la loi du 13 juin 2005, un tiers à la communication ne peut prendre connaissance des données s'il n'y est pas autorisé par toutes les personnes qui y sont parties. C'est en ce sens que la Cour du travail de Bruxelles a écarté des débats des courriers électroniques et SMS versés par l'employeur pour établir des faits de harcèlement sexuel dans le chef de l'employé licencié dès lors que ceux-ci avaient été obtenus sans le consentement de l'employé et donc en violation de l'article 109ter D, 3° de la loi du 21 mars 1991⁵⁷. Dans le cas d'espèce, il est intéressant de relever que le tribunal ne s'interroge pas sur la manière dont les SMS se sont trouvés en possession de l'employeur alors qu'il est vraisemblable, compte tenu des faits de la cause, que ce soit la collègue victime du harcèlement et destinataire des SMS qui les ait communiqués à son employeur. Le tribunal semble donc considérer que le simple fait que l'employeur soit tiers à la communication suffit à l'obliger, au regard de l'article 109ter D, à obtenir le consentement de toutes les parties à la communication.

Notons que le Tribunal du travail de Liège parvient à une toute autre conclusion à propos d'un e-mail communiqué dans des circonstances comparables⁵⁸. Il considère que, dès lors que la personne est régulièrement entrée en possession du message, elle est en droit de le transmettre à son employeur. La Cour considère que le fait d'être le destinataire d'un message implique qu'on l'a obtenue de manière régulière. Cette conclusion se base sur le fait que la preuve a été ou non obtenue loyalement mais fait fi du fait qu'elle a ou non été obtenue de manière licite, c'est-à-dire sans violation de la loi.

On pourrait toutefois se demander si, dans ce cas, on doit considérer que la prise de connaissance est intentionnelle, élément déterminant dans

⁵⁶ Les réflexions et paragraphes qui suivent sont issus de la contribution de R. ROBERT et K. ROSIER intitulée « Réglementation et contrôle sur l'utilisation des technologies de la communication et de l'information sur le lieu de travail » publiée dans l'ouvrage : *Le droit du travail à l'ère du numérique*, Anthemis, 2011, à paraître.

⁵⁷ C. trav. Bruxelles (3° ch.), 10 février 2004, *Oriëntatie*, 2004, p. 3, note A. VANOPPEN; *Oriëntations*, 2006, p. 141.

⁵⁸ C. trav. Liège (section Namur), 23 mars 2004, R.G. n° 7387-03, www.cass.be; R.R.D., 2004, p. 73.

l'application de l'article 124. Dans l'hypothèse d'un transfert d'e-mail, le destinataire reçoit des informations sans les avoir activement recherchées. Or, on dénote en jurisprudence une tendance à opposer au caractère intentionnel de la prise de connaissance, le caractère fortuit, involontaire de celle-ci⁵⁹.

28. En conclusion, si une partie des informations échangées via les plateformes de réseautage social est protégée par le secret des communications électroniques, les informations généralement plus aisément accessibles telles celles du blog et du profil Facebook ne le sont pas, selon nous. Ceci vaut indépendamment du fait que les profils sont éventuellement paramétrés pour ne permettre l'accès aux informations qu'à des personnes qui y sont autorisées par le biais de la cooptation en tant qu'« ami ». La question de savoir si ces informations peuvent être exploitées reste entière.

B. Utilisation des informations

L'article 124 de la loi du 13 juin 2005 entend ériger en infraction le fait pour un tiers à la communication de prendre connaissance de certaines informations sans le consentement des personnes qui sont parties à la communication et d'en faire par la suite un usage quelconque. Cette disposition fait donc obstacle à l'utilisation d'informations obtenues en violation du secret des communications électroniques.

Dans la mesure où les données ou informations ne sont pas protégées par l'article 124 (hypothèse où il ne s'agit pas d'une communication protégées) ou que la prise de connaissance ou utilisation ne se fait pas en violation de cette disposition, il n'y a pas d'obstacle au regard du secret des communications à une exploitation de ces données ou informations.

Il demeure toutefois que ces informations peuvent être protégées par ailleurs, par exemple du fait qu'elles ne pourraient être traitées que moyennant le respect de certaines conditions en application de la loi du 8 décembre 1992 (§ 3) ou du fait que leur contenu serait confidentiel (§ 4).

⁵⁹ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 28 novembre 2006, *Chron. D.S.*, 2009, p. 3; Trib. trav. Bruxelles (24^e ch.), 4 décembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 179; Trib. trav. Liège (3^e ch.), 19 mars 2008, R.G. n° 360.454, www.cass.be; C. trav. Bruxelles, 8 avril 2003, *Chron. D.S.*, 2005, p. 208; C. trav. Anvers (section Hasselt), 15 novembre 2005, *Chron. D.S.*, 2006, p. 153.

§ 3. La loi du 8 décembre 1992 constitue-t-elle un obstacle à la consultation d'informations et à la réutilisation de données collectées sur le net ?

A. Collecte des informations

29. Une seconde source possible de protection de la vie privée dans le contexte qui nous occupe est l'application éventuelle de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel et de son arrêté d'exécution qui transposent la directive 95/46/CE⁶⁰.

30. Comme rappelé ci-avant, la loi du 8 décembre 1992 s'applique à tout traitement de données à caractère personnel automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'à tout traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier⁶¹. Le contexte dans lequel le traitement intervient est toutefois déterminant. Ainsi la loi ne s'applique-t-elle pas aux traitements de données qui sont effectués par une personne physique à des fins purement personnelles ou domestiques⁶². En revanche, elle est d'application dans le contexte professionnel même lorsque les données concernées sont liées à une activité professionnelle. Dès lors que les données ainsi consultées sont ensuite réutilisées dans le cadre d'un traitement de données à caractère personnel, la loi du 8 décembre 1992 précitée trouve à s'appliquer.

31. On peut toutefois se demander si la simple consultation de données sur Facebook ou sur un blog sans autre opération de traitement ultérieure (tels le copier/coller d'information ou l'impression de la page web concernée aux fins de les conserver dans un fichier électronique ou papier) implique un traitement de données au sens de la loi. Répondre par l'affirmative aurait de lourdes conséquences puisque dès qu'il y aurait consultation de données relatives à une personne physique sur internet, autrement que dans un cadre purement privé ou domestique, on devrait considérer qu'il y a traitement de données.

Selon nous, la simple recherche et consultation de données sur internet n'implique pas l'existence d'un traitement de données dans le chef de l'auteur de cette recherche. Conceptuellement, on peut, en effet, intégrer cette

⁶⁰ Directive 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.

⁶¹ Voy. section 1, § 1, B, *supra*.

⁶² Art. 3, § 1 de la loi du 8 décembre 1992.

opération dans un autre traitement, à savoir celui qui est mis en œuvre par la personne qui met les informations consultées en ligne⁶³. C'est d'ailleurs la position implicitement admise par la CNIL⁶⁴ en France qui constatait que « Rien n'interdit à un recruteur de rechercher sur internet et donc sur les réseaux sociaux des informations concernant une personne qu'il est susceptible d'embaucher »⁶⁵.

32. Il nous semble raisonnable et conforme à l'esprit de la loi de considérer que l'internaute qui consulte les données à caractère personnel mises en ligne est un destinataire des données traitées au sens de la loi du 8 décembre 1992⁶⁶ et non un nouveau responsable de traitement. Ceci ne préjuge toutefois pas du fait qu'un nouveau traitement de données soit mis en œuvre par ce dernier s'il collecte ces informations pour les intégrer dans un nouveau traitement. Nous y reviendrons sous le point B, ci-dessous.

33. Il résulte de ce qui précède que la loi du 8 décembre 1992 ne fait donc pas *a priori* obstacle à ce que les employeurs ou recruteurs recherchent sur les réseaux sociaux des informations mises en ligne relatives à des candidats à l'embauche ou à des travailleurs.

B. Utilisation des informations

34. Un des principes clés de la législation relative à la protection des données est celui du principe de finalité aux termes duquel les traitements doivent être mis en œuvre pour une ou plusieurs finalités spécifiques, déterminées et légitimes. Un corollaire du principe de finalité est que le responsable du traitement ne peut traiter des données à caractère personnel que dans la mesure où ces traitements s'inscrivent dans la ou les finalités initialement poursuivies ou ne sont pas incompatibles avec ces finalités. La notion de « compatible » n'est pas définie par la loi du 8 décembre 1992. Pour déterminer ce qui est « compatible », précise la loi du 8 décembre 1992, il y a lieu de tenir compte de tous les facteurs pertinents, notamment des prévisions raisonnables de la personne concernée et des dispositions légales réglementaires applicables⁶⁷.

⁶³ Les auteurs remercient à cet égard le Professeur Cécile de Terwangne et M. Jean Hervé (F.U.N.D.P.) dont les réflexions sur cette problématique ont nourri celles des auteurs.

⁶⁴ Commission nationale de l'informatique et des libertés. Il s'agit de l'équivalent français de la Commission de la protection de la vie privée en Belgique.

⁶⁵ Texte mis en ligne par la CNIL sur le site www.facebook.com/CNIL, le 8 septembre 2010 et intitulé « Réseaux sociaux et recrutement ».

⁶⁶ « Par "destinataire", on entend la personne physique, la personne morale, l'association de fait ou l'administration publique qui reçoit communication de données, qu'il s'agisse ou non d'un tiers [...] » (art. 1, § 7 de la loi du 8 décembre 1992).

⁶⁷ Art. 4, § 1, 2^o de la loi du 8 décembre 1992.

Autrement dit, des données collectées pour une finalité d'utilisation déterminée ne peuvent ensuite être reprises dans un autre traitement qui poursuit un tout autre objectif, déjouant ainsi les attentes légitimes des personnes concernées par ces données traitées.

On pourrait dès lors se demander si cette loi ne fait pas obstacle à ce que des données diffusées dans un contexte (par exemple, sur Facebook dans un contexte de socialisation avec des amis) puissent être utilisées dans un autre (par un recruteur par exemple).

35. Le responsable d'un traitement a le droit de limiter l'usage que les destinataires des données peuvent faire des données qu'il diffuse. Il convient donc de vérifier ce qu'il en est pour chaque cas de figure. Si l'on prend l'exemple de Facebook, on constate que les conditions d'utilisation du site imposent aux utilisateurs, afin d'assurer la protection des droits d'autrui, une obligation générale de ne pas publier de contenu et de ne rien entreprendre sur Facebook qui pourrait enfreindre les droits d'autrui ou autrement enfreindre la loi. Il n'y a donc pas à proprement parler de limitation de principe sur l'utilisation qui peut être faite des données diffusées sur Facebook quant à des finalités de traitement.

36. À défaut de limitations quant à l'exploitation des données, une personne qui y a licitement accès pourrait les intégrer dans un nouveau traitement dont il est l'auteur, dans le respect toutefois des règles applicables à tout traitement de données. Aussi, si les données sont conservées sur un support électronique ou papier afin d'être utilisées dans le cadre d'un recrutement ou d'un licenciement, la loi s'applique au traitement de données ainsi mis en œuvre et doit satisfaire aux principes définis par la loi, en particulier celui de la pertinence des données par rapport à la finalité du traitement. Nous renvoyons le lecteur à ce propos à des contributions spécifiquement consacrées au traitement de données⁶⁸. Pour notre part, nous constatons que, d'un point de vue pratique, il est extrêmement rare que les juridictions sociales fassent application de cette loi dans la résolution des litiges qui leur sont soumis. On trouve toutefois quelques évocations de la loi dans les litiges ayant impliqué la

⁶⁸ Pour une contribution consacrée à la question du traitement des données à caractère personnel dans le contexte du travail, voy. K. ROSIER, « Gestion et protection des données à caractère personnel dans la relation de travail », in *Le droit social à l'ère du numérique*, Anthemis, 2011, à paraître. Voyez également E. PLASSCHAERT et J.-A. DELCORDE, « Le traitement des données personnelles des travailleurs », *Orientations*, n° spécial 35 ans, mars 2005, pp. 26 et s.; B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008; Th. LÉONARD, « La protection des données à caractère personnel et l'entreprise », *Guide juridique de l'entreprise*, Titre XI, Livre 1121, Bruxelles, Kluwer, 2004, 2^e éd.; Y. POULLET et Th. LÉONARD, « La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution », *J.T.*, 1999, n° 31, pp. 377 et s.; D. De Bot, *Verwerking van persoonsgegevens*, Antwerpen, Kluwer, 2001.

prise de connaissance de communications électroniques⁶⁹. Sous cette réserve, il nous apparaît donc que, même si l'application de cette loi n'est pas discutable, ni les parties ni les juges n'en retiennent les conséquences éventuelles sur la régularité du licenciement.

37. Outre les dispositions de la loi du 8 décembre 1992, les règles qui régissent spécifiquement l'utilisation de certaines données dans le cadre de la relation de travail restent bien entendu applicables. Ainsi, les dispositions spécifiques relatives à l'utilisation des données relatives à la santé dans le cadre de la sélection des travailleurs demeurent pertinentes. Comme nous l'avons pointé, si l'employeur ne peut en principe pas les demander au travailleur mais que ce dernier les a diffusées sur internet, l'effet de la loi perd de son effet pratique puisque, quand bien même l'employeur devrait avoir tenu compte d'informations diffusées sur le net pour prendre une décision, il ne sera pas évident de l'établir.

C'est d'ailleurs le constat fait par la CNIL en France qui entend sensibiliser les internautes aux risques liés à la diffusion d'informations relatives à la sphère privée et personnelle sur internet⁷⁰. Pour ce qui concerne la publication d'informations relatives à des tiers, le Groupe de l'Article 29⁷¹ a rappelé que l'utilisation de cet outil va de pair avec une obligation de respecter les conditions de traitement et les obligations imposées à un responsable de traitement vis-à-vis des personnes dont des informations sont publiées ou divulguées⁷². Il s'agit donc d'un premier filtre qui devrait permettre d'assurer une protection de la vie privée au moment de la mise en ligne de ces informations, pour autant que la loi soit effectivement respectée. On ne peut manquer de douter de l'efficacité de la législation dès lors que, bien souvent,

⁶⁹ Voy. à cet égard, K. ROSIER, « Contrôle de l'usage des technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail », *R.D.T.I.*, 2010, n° 35, pp. 126-140.

⁷⁰ Texte mis en ligne par la Cnil sur le site www.facebook.com/CNIL, le 8 septembre 2010 et intitulé « Réseaux sociaux et recrutement ».

⁷¹ Il s'agit d'un organe consultatif européen indépendant sur la protection des données et de la vie privée établi en vertu de l'article 29 de la directive 95/46/CE.

⁷² Dans un avis du 12 juin 2009, le Groupe de l'Article 29 a rappelé que la mise en ligne de données (informations, photographies, vidéo,...) sur des sites de réseaux sociaux qui sont relatives à des personnes physiques identifiées ou potentiellement identifiables, implique l'application de la législation sur la protection des données. Le groupe distingue à cet égard divers responsables de traitement potentiels : les internautes qui mettent des informations à caractère personnel (les concernant ou concernant des tiers) en ligne, les fournisseurs de services de réseautage social qui peuvent répondre aux exigences de la législation sur la protection des données, les fournisseurs d'applications en lien avec ces services de réseautage social. Par « services de réseautage social », on entend « des plateformes de communication en ligne permettant à des personnes de créer des réseaux d'utilisateurs partageant des intérêts communs » (Groupe de l'Article 29, « Avis 5/2009 sur les réseaux sociaux en ligne », *loc. cit.*, p. 4).

elle ne s'appliquera pas aux données qu'une personne diffuse elle-même⁷³ et que l'on peut émettre de sérieuses réserves quant à un respect systématique de cette législation par les adeptes de Facebook dont la plupart ignorent sans doute les implications de cette loi, sinon son existence-même. Le Groupe de l'Article 29 l'a bien compris puisqu'il exhorte par exemple les fournisseurs de service de réseaux sociaux à définir une configuration par défaut des paramètres de confidentialité respectueux de la vie privée, « qui permettent aux utilisateurs d'accepter librement et spécifiquement que des personnes autres que leurs contacts choisis accèdent à leur profil, afin de réduire le risque d'un traitement non autorisé »⁷⁴.

Enfin, on épinglera une initiative en France visant à sensibiliser certains acteurs au problème de la réutilisation des données relatives à la sphère privée. Il s'agit de la « Charte réseaux sociaux, vie privée et recrutement »⁷⁵. Celle-ci s'inscrit davantage dans une réflexion éthique que juridique et s'appuie du reste sur la bonne volonté des personnes qui s'engagent à la respecter,

38. On retiendra de ce qui précède que la législation sur l'application de la loi sur la protection des données à caractère personnel ne crée pas d'obstacle majeur à l'utilisation de données diffusées par des personnes sur internet et les concernant. Cette législation est davantage perçue à l'heure actuelle comme un frein à la publication d'informations sur le net. Il nous semble dès lors que c'est davantage au regard de l'article 8 de la C.E.D.H. qu'il faudra vérifier si l'exploitation des informations diffusées sur internet est possible.

39. Après avoir analysé deux lois spécifiques qui assurent une protection de la vie privée dans certains contextes, nous nous proposons de livrer, dans la section suivante (§ 4), quelques réflexions sur la manière dont les situations liées au partage de sa vie privée pourraient être appréhendées cette fois au regard de l'article 8 de la C.E.D.H. Les quelques éléments de réflexion que nous nous proposons d'examiner à cet égard sont prospectifs puisqu'il n'y a, à notre connaissance, pas de jurisprudence publiée en Belgique sur la question.

⁷³ On notera à cet égard que, en vertu de l'article 31, § 1 de la loi du 8 décembre 1992 qui exclut de son champ d'application les traitements effectués à des fins privées ou domestiques, outre les mesures de prudence que l'on peut préconiser, se développent des services pour permettre aux personnes de mieux gérer les données qui sont diffusées sur le net les concernant. Nous pensons aux services de gestion de son identité numérique et à l'initiative, en France, de la secrétaire d'État à la Prospective et au développement de l'économie numérique qui a signé le 13 octobre 2010 une Charte pour le droit à l'oubli numérique. Cette Charte vise notamment à la création d'un « bureau de réclamations » virtuel via lequel le citoyen pourra visualiser l'ensemble de ses informations personnelles, supprimer son compte grâce à des interfaces mises en place par les sites collaboratifs (<http://www.prospective-numerique.gouv.fr>).

⁷⁴ Groupe de l'Article 29, « Avis 5/2009 sur les réseaux sociaux en ligne », *loc. cit.*, p. 7.

⁷⁵ Disponible sur le site www.acompetenceegale.com.

§ 4. Le droit au respect de la «vie privée partagée» sur le net

A. Le droit au respect de la vie privée : de quoi parle-t-on ?

40. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été adoptée le 4 novembre 1950 par le Conseil de l'Europe et est entrée en vigueur le 3 septembre 1953⁷⁶. L'article 8 de la Convention stipule :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

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

41. Il est admis que la plupart des dispositions de la Convention, d'ordre public, ont un effet direct en droit belge⁷⁷ et priment donc sur le droit national⁷⁸. L'article 8 C.E.D.H. peut donc être invoqué :

- d'une part, en l'absence de texte spécifique, comme cadre général de référence. Comme le relève J.-Fr. Neven « Certaines situations qui, selon la conception que l'on s'en fait, débouchent sur une ingérence dans la vie privée des travailleurs ne sont pas expressément réglementées. En l'absence de norme spécifique, le juge peut envisager d'appliquer un principe général (tel que le principe de l'exécution de "bonne foi") ou de faire une application directe de l'article 8 de la C.E.D.H. »⁷⁹.
- d'autre part, même en présence de règles nationales spécifiques si celles-ci s'avéraient moins protectrices puisque la C.E.D.H. a effet direct.

42. Un effet d'horizontalisation des droits de l'homme est relevé de sorte que les dispositions de l'article 8 peuvent être invoquées dans les relations entre particuliers.

43. Toutefois, le droit au respect de la vie privée n'est pas un droit absolu. Ainsi, l'article 8 al. 2 de la Convention dispose que « Il ne peut y avoir ingé-

rence d'une autorité publique⁸⁰ dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

44. Toute ingérence dans la vie privée d'un individu n'est donc pas légitime : certaines conditions doivent pour cela être vérifiées.

- L'ingérence doit tout d'abord être prévue par une loi qui soit suffisamment précise, claire, accessible et prévisible⁸¹. C'est le *principe de légalité*. Cette condition signifie qu'en dehors d'une autorisation légale, tout acte d'ingérence dans la vie privée d'autrui est contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La notion de « loi » doit toutefois être entendue de manière très large : au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (et au contraire de ce que vise l'article 22 de la Constitution) le terme « loi » pouvait désigner toute « norme de droit interne, écrite ou non pour autant que celle-ci soit accessible et prévisible »⁸². Un contrat de travail, un règlement de travail, un règlement particulier peuvent, par exemple, constituer une telle base à l'aune de l'article 8 C.E.D.H. mais évidemment pas au regard de l'article 22 de la Constitution⁸³. Du reste, il ne nous semble pas que le seul art. 17, 2° de la loi du 3 juillet 1978 puisse l'être à défaut de prévisibilité de l'ingérence⁸⁴. Or, il s'agit finalement de la base légale généralement invoquée comme consacrant l'autorité de l'employeur (et donc son pouvoir de surveillance) qui pourrait être invoquée pour justifier les ingérences non réglées par un texte spécifique (quoique de nombreuses ingérences soient réglées elles-mêmes par des C.C.T.).

- L'ingérence doit, en outre, poursuivre un des buts légitimes limitativement énoncés dans l'alinéa 2 de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Parmi ceux-ci figurent notamment la protec-

⁸⁰ Malgré ce libellé, cet article s'applique également aux relations nouées entre particuliers et donc aux relations entre employeur et travailleur (J. VELU et R. ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 533). Nous aborderons *infra* l'effet horizontal de la C.E.D.H.

⁸¹ Notamment : Cour eur. D. H., arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979, Série A, n° 30, § 49.

⁸² J.-Fr. NEVEN, op. cit., p. 29.

⁸³ Cette disposition exige en effet une loi au sens formel du terme. (Voy. not. : C.A., 19 juillet 2005, n° 131/2005).

⁸⁴ Voyez sur cette question : F. KÉFER et P. MAISETTI, « La vie personnelle du salarié » in *Les droits de la personnalité*, Documents du X^e colloque de l'association famille et droit, U.C.L., 30 novembre 2007, pp. 5 et 6.

⁷⁶ Ratifiée par la Belgique le 14 juin 1955, elle a fait l'objet d'une loi d'approbation du 13 mai 1955 (M.B., 19 août 1955, Errat. M.B., 29 juin 1961), entrée en vigueur le 19 août 1955.

⁷⁷ J. VELU et R. ERGEC, « La convention européenne des droits de l'homme », R.P.D.B., complément VII, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 99; Cass., 10 mai 1985, Pas., 1985, I, p. 1122.

⁷⁸ Cass., 27 mai 1971, Pas., 1971, I, p. 886.

⁷⁹ J.-Fr. NEVEN, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2005, p. 30, n° 38.

tion des droits et libertés d'autrui ainsi que la protection de la santé. C'est le principe de finalité. À cet égard, il semble difficilement soutenable que des préoccupations de rentabilité et de compétitivité puissent à elles seules être invoquées par l'employeur pour justifier une ingérence dans la vie privée du candidat au travail. Elles ne correspondent, en effet, à aucun critère de l'article 8 al. 2. Comme le souligne M. Vincineau : « Des intérêts strictement matériels ne sont pris en compte que lorsque la Convention en a expressément décidé : ainsi, dans le Protocole additionnel n° 1 relatif à la propriété privée. L'inverse reviendrait à saper l'édifice des droits fondamentaux au nom du profit et à nier leur caractère inaliénable⁸⁵ ». Toutefois, comme le relève J.-Fr. Neven, il s'agit de concepts très larges et la « protection des droits et libertés d'autrui » peut certainement intégrer le droit de l'employeur au respect du contrat⁸⁶.

Enfin, l'ingérence doit être une mesure « nécessaire, dans une société démocratique, à la poursuite de ce but ». Ceci implique qu'en plus d'être utile au but poursuivi, l'ingérence considérée soit la mesure la moins dommageable pour la réalisation de ce but. En outre, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé, dans l'arrêt *Olsson c. Suède* : « [...] la notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et notamment proportionné au but légitime recherché... »⁸⁷. Il s'agit de vérifier « si un juste équilibre a été ménagé entre ce but et le droit en cause, tenant compte de son importance et de l'intensité de l'atteinte portée⁸⁸ ». C'est le principe de proportionnalité⁸⁹.

45. L'application de l'article 8 de la C.E.D.H. pourrait donc constituer un obstacle à l'utilisation d'informations relatives à la vie privée dès lors qu'on pourrait la considérer comme une ingérence ne répondant pas aux critères précités de finalité et de proportionnalité.

46. Nous l'avons déjà souligné, l'apparition de nouveaux comportements consistant à diffuser sur internet des informations relevant de la vie privée des individus, que ce soit par les personnes elles-mêmes ou par leurs connaissances, bouscule les présupposés du droit à la protection de la vie privée. La question qui se pose est donc de savoir si, dans le cadre particulier d'une

⁸⁵ M. VINCINEAU, « Assurance et vie privée. Du vide légal à l'illicite », *R.B.D.J.*, 1994/2, p. 486; dans le même sens : F. RIGAUX, « La protection des droits de la personnalité », in *Colloque du Centre de bioéthique de l'U.C.L.*, 1988, t. II, p. 140.

⁸⁶ J.-Fr. NEVEN, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Olsson c. Suède* du 24 mars 1988, Série A, n° 130, pp. 31-32, § 67; Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon* du 22 octobre 1981, série A, p. 15, § 51.

⁸⁸ V. COUSSIRAT-COUSTERE, « Article 8 § 2 », in *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, sous la direction de L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, *op. cit.*, p. 338.

⁸⁹ Cass., 23 janvier 1991, *Pas.*, 1991, I, 491.

« vie privée partagée », les informations que le travailleur a fait figurer ou qu'un tiers a fait figurer en ce qui le concerne sur un réseau social, pourraient être couvertes par la notion de vie privée dans le cadre de l'article 8 de la C.E.D.H. On peut également se demander si l'individu peut, dans l'accessibilité qu'il va donner aux informations, donner à sa vie privée une géométrie variable et délimiter en quelque sorte la cartographie de cette vie privée, non pas définitivement et pour tous, mais de manière évolutive et selon les « accréditations » qu'il voudra donner à des tiers pour accéder à son profil.

La question primordiale réside donc dans la subsistance ou non d'une protection sous l'angle de l'article 8 de la C.E.D.H., ce dont nous traiterons au point B. Nous nous pencherons ensuite sur la question de savoir si la circonstance que ce ne serait pas l'employeur mais une autre personne qui aurait pris connaissance et éventuellement transmis des informations à l'employeur en violation du droit au respect de la vie privée de la personne concernée a une incidence ou non (C.). Enfin, nous mettrons les conclusions de ces deux sections en perspective au regard de la façon dont jusqu'à présent la jurisprudence a réagi face à l'utilisation de faits relevant de la vie privée dans le cadre de licenciement (D.).

B. Peut-on « perdre » le droit à la protection de sa vie privée sur internet ?

Il n'y a pas à notre connaissance à l'heure où nous rédigeons la présente contribution de jurisprudence publiée sur la question en Belgique balisant la question spécifiquement. Aussi, les quelques réflexions qui suivent sont-elles purement prospectives et proposées afin de nourrir la réflexion à cet égard.

1. Les légitimes attentes à la vie privée vs l'acceptation des risques ?

47. On peut se demander dans quelle mesure le principe même de diffuser des informations sur internet n'entraîne pas dans le chef de la personne concernée une nécessaire acceptation d'un risque que cette information circule et puisse être communiquée à des personnes à qui elles n'étaient pas initialement destinées. Cela paraît évident à tout le moins dans le cadre de profils ouverts ou lorsque le nombre de personnes pouvant potentiellement en prendre immédiatement connaissance est tellement important que tout contrôle sur ces informations devient irréaliste.

48. On peut relever en ce sens qu'au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dans le domaine des communications,

le fait que la personne concernée puisse légitimement s'attendre à ce que des informations la concernant restent privés entre en ligne de compte pour reconnaître ou non une protection à ces informations. Pour évaluer si certaines informations relèvent de la notion de vie privée, la Cour européenne des droits de l'homme examine en effet à titre préalable si la personne concernée pouvait se prévaloir de l'existence d'une légitime croyance du fait que certaines informations conservaient un caractère privé. Dans un arrêt *Peev*, la Cour rappelle sa jurisprudence à cet égard : « Dans l'affaire *Halford c. Royaume-Uni* elle a jugé que des appels téléphoniques passés par une femme policier à partir de locaux de la police étaient compris dans la notion de "vie privée" du fait que l'intéressée « pouvait raisonnablement croire au caractère privé » de ces appels (*Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, §§ 44 et 45, Recueil des arrêts et décisions 1997-III). C'est aussi sur la base du critère précité que la Cour a conclu que le fait de filmer secrètement une personne dans les locaux de la police constituait une atteinte à sa vie privée (*Perry c. Royaume-Uni*, n° 63737/00, §§ 36-43, C.E.D.H. 2003-IX). La Cour a également fait référence à ce critère dans d'autres affaires (*P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, n° 44787/98, § 57, C.E.D.H. 2001-IX; *Peck c. Royaume-Uni*, n° 44647/98, § 58, C.E.D.H. 2003-I; et *Von Hannover c. Allemagne*, n° 59320/00, § 51, C.E.D.H. 2004-VI) »⁹⁰. On relèvera encore que, dans l'arrêt *Copland*, la Cour avait constaté que « N'ayant pas été prévenue que ses appels risquaient d'être surveillés, la requérante en l'espèce pouvait raisonnablement croire au caractère privé des appels passés depuis son téléphone professionnel (...). Il en va de même pour ses messages électroniques et ses connexions à des sites internet »⁹¹.

Sur la base de ce critère, la personne qui diffuse des informations la concernant sur des pages web accessibles à tous ne pourrait invoquer qu'elle escomptait que ces informations soient protégées au titre du droit au respect de la vie privée.

49. Par ailleurs, une autre approche du problème nous semble également devoir faire prévaloir une solution allant dans le même sens. À notre estime, on pourrait analyser le phénomène de diffusion d'informations sur internet comme une forme de publication d'informations en ligne. Dès lors qu'une personne publie des informations sur internet la concernant et diffuse des faits de sa vie privée, elle pourrait en perdre la disposition⁹². Il sera alors, le

⁹⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Peev* du 26 juillet 2007, req. n° 64209/01, § 38, <http://www.echr.coe.int/echr/>.

⁹¹ Cour eur. D.H., arrêt *Copland* du 3 avril 2007, req. n° 6267/00, § 42, <http://www.echr.coe.int/echr/>. Voy. à cet égard : F. KÉFER et S. CORNELIS, « L'arrêt *Copland* ou l'espérance légitime du travailleur quant au caractère privé de ses communications », *R.T.D.F.*, 2009, p. 785.

⁹² Voy. en ce sens les réflexions de F. RIGAUX sur la divulgation de faits relatifs à la vie privée dans des interviews (F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1990, pp. 399-400).

cas échéant, question de la protection de ces informations par le droit d'auteur, les personnes ne faisant que « citer » des écrits publiés sur le web. On constate d'ailleurs, dans un même ordre d'idées, que la jurisprudence belge la plus récente considère que les infractions telles que la diffamation ou la calomnie pour des propos tenus sur internet relèvent du *délit de presse*⁹³.

50. Enfin, une autre analyse pourrait se faire en termes de *renonciation* : ne doit-il pas être considéré - même si cela ne doit pas être présumé - que le travailleur renonce dans ce cas à la protection qui lui est offerte ? Si, en droit interne, l'association des droits de l'homme avec le concept d'ordre public est fréquente⁹⁴ (les droits de l'homme sont indérogeables et ne peuvent faire l'objet de renonciation car ils sont « inaliénables et sacrés »⁹⁵, extra-patrimoniaux⁹⁶ indépendamment d'une quelconque référence à l'ordre public⁹⁷), une analyse détaillée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, telle celle menée par P. Frumer, démontre qu'est inexacte l'idée que l'appartenance éventuelle de la C.E.D.H. à l'ordre public, et même à un ordre public européen, fasse nécessairement obstacle à la possibilité d'une renonciation⁹⁸ même si la Cour européenne des droits de l'homme estime que la nature de certains droits reconnus par la Convention fasse effectivement obstacle à une renonciation⁹⁹. Dans le cadre d'une relation de travail, pourrait se poser la question du libre consentement à une telle renonciation mais, dans un contexte de pur loisir, rien n'oblige le travailleur à agir ainsi.

51. Nous en retiendrons donc que lorsque des faits ou informations relatifs à la vie privée sont portés à la connaissance de tout un chacun (sur un blog, dans un profil « public »), la personne concernée ne serait plus à même de se prévaloir de son droit au respect de sa vie privée pour s'opposer à ce qu'un employeur, par exemple, en fasse usage dans la relation de travail.

52. Ces considérations nous amènent à penser que si une personne diffuse des informations relatives à sa vie privée sur un support consultable de manière libre par un nombre plus ou moins important de personnes, elle ne

⁹³ Q. VAN ENNIS, « Le "délit de presse" sur l'internet : seul le jury populaire est compétent pour sanctionner pénalement le "chien de garde" qui aurait crié au loup... », *J.T.* n° 6405, 2010, p. 506.

⁹⁴ P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 486.

⁹⁵ G. GRAMMATIKAS, *Théorie générale de la renonciation en droit civil (Étude parallèle du droit français et du droit hellénique)*, Paris, L.G.D.J., 1971, p. 50.

⁹⁶ G. GRAMMATIKAS, *ibidem*, p. 76.

⁹⁷ En faveur de cette thèse : G. GRAMMATIKAS, *ibidem*, pp. 50-51.

⁹⁸ P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 505.

⁹⁹ P. FRUMER, *op. cit.*, pp. 260-261.

pourra plus revendiquer la protection de l'article 8 de la C.E.D.H., et ce indépendamment du fait que ces données eussent ou non pu être tenues à l'origine comme confidentielles. Tout est évidemment question de mesure; un courriel adressé à trois personnes demeure une correspondance. Une lettre ouverte n'est plus tout à fait la même chose... Le nombre de correspondants n'est d'ailleurs pas décisif. On peut prendre comme illustration de ce principe, la diffusion d'informations relevant de la vie privée dans le cadre d'un journal. Il importe peu qu'il s'agisse d'un journal national ou d'un journal des anciens d'un établissement scolaire qui connaît une diffusion plus limitée dès lors qu'en livrant l'information, la personne concernée doit s'attendre à ce que des tiers en prennent connaissance et puissent en faire état dans d'autres contextes.

53. Il nous semble donc que la notion classique de vie privée risque de perdre de son sens dans le cadre des réseaux sociaux si l'on a égard au critère de la légitime attente que l'on rencontre dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

2. L'approche contextuelle de la diffusion d'information

54. Ceci dit, d'autres pistes pourraient être envisagées pour appréhender le problème. Nous songeons à une approche contextuelle de la diffusion d'informations qui pourrait déboucher sur le constat d'une obtention déloyale d'éléments d'informations. La personne qui fait figurer sur son profil Facebook ou LinkedIn par exemple des informations relatives à sa vie privée le fait dans un contexte; ce contexte a une finalité sociale particulière. Il pourrait être soutenu que cette finalité serait détournée si les informations devaient être utilisées dans d'autres buts. Ce raisonnement peut d'ailleurs être rapproché de la philosophie sous-jacente à la législation sur la protection des données à caractère personnel qui participe à la protection de la vie privée dans le contexte des traitements de données. Nous avons épinglé le fait que, sous l'angle de cette législation, la personne qui diffuse les données peut en limiter la réutilisation à certaines fins.

55. Cette approche ne peut toutefois faire l'économie d'une appréciation au cas par cas. Dès lors que la diffusion de l'information peut être tellement large et la finalité de «socialisation» tellement vague, on ne verrait pas quel serait le contexte restreint et limité dans lequel ces informations auraient été données. L'appréciation peut dépendre, notamment, des paramètres de confidentialité et du type de profil. On pourrait comprendre, par exemple, que la finalité ou le contexte des informations qui sont communiquées sur un profil d'un individu et dont les données ne sont accessibles qu'aux seuls «amis» soit

envisagés autrement que pour un profil orienté sur les activités professionnelles de son titulaire (du type profil sur LinkedIn) ou un profil où le nombre de destinataires des informations est indéterminé (profil ouvert aux amis des amis du titulaire du profil).

Toujours est-il que cela laisse la porte ouverte à une protection de certaines informations, qu'elles soient ou non confidentielles, et restreignant l'exploitation qui pourrait en être faite, et ce quand bien même l'employeur en a pris connaissance de manière licite.

3. L'approche «épistolaire»

56. Une troisième approche consiste à envisager les échanges d'informations sur des profils fermés comme relevant de la correspondance entre des individus.

Comme le constate B. Docquir, «la notion de correspondance au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est certes pas limitée aux lettres missives. Elle recouvre au contraire toute forme de communications, qu'elles soient orales ou écrites, et quel que soit le moyen de communication utilisé [...]»¹⁰⁰. On pourrait concevoir des communications échangées sur une plateforme de réseau social comme une forme de correspondance entre différentes personnes.

57. Dans un arrêt du 23 mars 2004, la Cour du travail de Liège a défini la correspondance comme un «échange épistolaire confié à la poste ou à un organisme chargé de la distribution du courrier». Elle souligne que le principe de l'inviolabilité des lettres sanctionné à l'article 29 de la Constitution et 460 du Code pénal vaut à l'égard des autorités publiques mais qu'une fois la lettre remise à destination, ce sont les principes du droit privé qui garantissent le secret des correspondances vis-à-vis des citoyens entre eux. Les principes invoqués sont ceux du droit de la responsabilité, du droit au respect de la vie privée ou encore du droit de propriété du destinataire de la lettre¹⁰¹. La Cour en retient que la lettre en tant que message écrit adressé par une personne à une autre en vue de lui faire une communication est protégée, non sur la base du principe de l'inviolabilité des lettres, mais sur celle des principes de droit privé liés au respect de la vie privée¹⁰².

¹⁰⁰ B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier/De Boeck, 2008, p. 76. Voy. ég. en ce sens: P. DE HERT, Art. 8 E.V.R.M. en het Belgisch Recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie, Gand, Mys & Breesch, 1998, pp. 322-324.

¹⁰¹ B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier/De Boeck, 2008, pp. 77-78.

¹⁰² C. trav. Liège (sect. Namur), 23 mars 2004, R.R.D., 2004, p. 73.

Cette même Cour avait, dans un arrêt du 25 avril 2002, appliqué cette exigence de respect de la vie privée à l'égard d'un carnet destiné à consigner les observations confidentielles d'un patient et de son psychologue¹⁰³. La Cour avait considéré que le respect de la vie privée englobait tout écrit confidentiel, même si le carnet en question ne pouvait être qualifié de correspondance au sens de l'article 29 de la Constitution et de l'article 460 du Code pénal. La protection de la correspondance s'adresse cependant aux courriers confidentiels et non aux courriers d'entreprise. Il appartient au juge de déterminer si un courrier est ou non confidentiel.

Le principe retenu dans le cadre de la correspondance du courrier entre citoyens est qu'un tiers ne peut prendre connaissance du courrier sans l'accord du destinataire. Si le courrier est confidentiel, l'accord de l'expéditeur sera également indispensable¹⁰⁴.

58. On peut concevoir que certains échanges, tout en ne pouvant être qualifiés de communications électroniques au sens de la loi, puissent être envisagés comme une forme de correspondance réalisée au travers de nouveaux supports que sont certaines plateformes de réseau sociaux. Ce type de support serait donc un support médian entre une communication au public (page internet classique tel un blog) pareille à la lettre ouverte publiée dans un journal, et une communication épistolaire classique entre deux personnes. Dans ce cas et au regard des principes rappelés ci-avant, tant la communication de l'information par un des destinataires et que son exploitation par le destinataire pourraient être restreints si le contenu des communications revêt un caractère *confidentiel*.

C. Incidence quant à l'identité de l'auteur de la violation de la vie privée

59. Cette question nous ramène à la distinction que nous avons faite pour l'application de lois particulières entre l'accès et l'utilisation des informations obtenues.

Comme nous l'avons vu ci-avant, il n'existe pas encore de balise claire permettant de définir quelles informations se trouvant sur des pages Facebook pourraient se voir protégées par le droit au respect de la vie privée.

¹⁰³ C. trav. Liège (sect. Namur), 25 avril 2002, J.L.M.B., 2003, p. 107, R.R.D. 2002, p. 266, note F. LAGASSE.

¹⁰⁴ B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier/De Boeck, 2008, p. 78; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, vol. 1, 4^e éd. par J.-P. MASSON, n^{os} 41 et s.

Ceci dit, il nous semble que la question pourrait être complétée par quelques considérations liées à la circonstance que la personne qui collecte ces informations a ou non un accès libre et direct à celles-ci.

L'accès libre présuppose, par exemple, que le blog soit ouvert à tous ou que la personne qui effectue la collecte ait accès au réseau social en qualité, par exemple, d'«ami» de la personne qui diffuse les informations. On pourrait convenir que, dans l'hypothèse où la personne qui consulte l'information a un accès libre à celle-ci, il n'y a pas de difficulté intrinsèque au niveau de la collecte, celle-ci n'étant, *a priori*, pas limitée ou prohibée par une disposition légale. On pourrait alors envisager des restrictions liées à la réutilisation de ces informations et au fait que ces dernières seraient éventuellement protégées par le secret de la correspondance ou que l'approche contextuelle évoquée ci-avant ferait obstacle à leur réutilisation dans un autre contexte.

Lorsque la personne n'a, en revanche, pas d'accès direct et libre à ces informations, il faut supposer que celles-ci lui ont été transmises par un tiers qui dispose de cet accès direct, sauf à considérer des cas de piratage ou autre accès frauduleux qui seraient par hypothèse illicites. Le problème pourrait également provenir alors de la violation de la vie privée par un tiers qui pourrait «contaminer» la licéité de l'exploitation que l'employeur comptait faire de l'information. On pourrait également concevoir que le fait que l'information n'était pas accessible à la personne qui entend en faire usage puisse jouer un rôle dans la détermination de sa protection ou non par l'article 8 de la C.E.D.H. (par exemple, au regard des attentes légitimes de l'intéressé).

D. Les faits de la vie privée du travailleur dans la relation de travail

60. Les faits de la vie privée ne bénéficient pas, en tant que tels, parce qu'ils ressortent de la vie privée, d'une sphère d'immunité. Dans le cas du licenciement pour motif grave, il est admis que la faute ne doit pas être une faute nécessairement contractuelle¹⁰⁵, il peut donc s'agir d'un acte de la vie privée¹⁰⁶. Ce qui compte d'une certaine façon, c'est de savoir si ces faits de la vie privée sont fautifs et sont de nature à rendre définitivement et immédiatement impossible la poursuite des relations contractuelles. Il peut ainsi être admis qu'un employeur soit ébranlé par le fait d'apprendre que son travailleur commette un vol hors du contexte des relations professionnelles

¹⁰⁵ Cass., 6 mars 1995, J.T.T., 1995, p. 281, note Claude WANTIEZ.

¹⁰⁶ Cass., 9 mars 1987, J.T.T., 1987, p. 128.

et que cela soit de nature à rompre la confiance¹⁰⁷. La simple condamnation du travailleur, même pour des raisons qui sont sans lien avec l'exécution du contrat de travail, est souvent jugée suffisante¹⁰⁸.

61. Comme nous l'avons évoqué, il nous semble que, dans la plupart des hypothèses, l'employeur recueillera ou recevra les informations diffusées via internet dans le contexte qui nous occupe sans commettre de faute.

Cela n'exclut toutefois pas que ces informations lui parviennent suite à une violation du secret de la correspondance ou du droit au respect de la vie privée. Comme nous l'avons exposé, il nous apparaît concevable que, nonobstant le fait que des informations soient publiées sur un profil de type Facebook, la personne concernée puisse revendiquer la protection de l'article 8 de la C.E.D.H. Dans une telle hypothèse, la faute se situe à notre estime dans le chef de la personne qui les transmet au mépris de cette protection, et non dans le chef de celui qui la reçoit. Par ailleurs, dans nombre de cas, la violation de l'article 8 pourrait naître du fait que c'est un tiers et non la personne concernée qui diffuse les informations problématiques.

62. Ceci étant, il nous faut constater que, de façon générale, la jurisprudence se penche peu sur la question de savoir si la prise en compte de tel ou tel événement de la vie privée par l'employeur constitue une ingérence au regard de l'article 8 de la C.E.D.H. Seules sont abordées :

- en amont, la question de la régularité de la collecte ;
- en aval, la question de la pertinence du grief pour justifier un licenciement.

Si, dans le cadre de la prise de connaissance de communications électroniques, la violation de l'article 8 de la C.E.D.H. a été régulièrement évoquée, c'est nous semble-t-il en raison du support de l'information et non au regard du contenu de celle-ci. Il est rarement question de savoir si les faits reprochés à un travailleur relèvent ou non de sa vie privée.

La jurisprudence ne s'émeut pas plus de savoir qu'un fait de la vie privée du travailleur est rapporté à l'employeur par un collègue qui atteste de faits dont il a été témoin hors de l'entreprise ou qui lui ont été rapportés. En ceci, elle se montre à nouveau moins stricte qu'en matière de communications électroniques. Lorsque les informations sont obtenues en violation du secret de la correspondance ou des communications électroniques, la jurisprudence y a en effet trouvé un fondement à l'écartement des preuves ainsi recueillies en raison de l'illicéité commise (qu'elles le soient par l'employeur ou par un

¹⁰⁷ C. trav. Liège, 27 juin 1975, Bull. F.E.B., 1977, p. 1958.

¹⁰⁸ C. trav. Liège, 13 septembre 2006, J.T.T., 2007, p. 60.

tiers tel un collègue qui, prenant connaissance d'un courrier électronique suspect, en informe la direction).

Au regard de ce qui précède, il apparaît donc qu'il n'est pas dans la tradition jurisprudentielle des juridictions sociales d'entériner une limitation claire de ce qui doit échapper au droit de regard de l'employeur en se fondant sur ce qui relève de la sphère privée du travailleur. Comme nous l'avons indiqué dans le cadre de la section 2, *supra*, la protection est davantage réalisée par l'exclusion du droit pour l'employeur d'utiliser certaines informations relatives à la vie privée dans certains contextes. Nous nous proposons de conclure ce tour d'horizon des dispositions protectrices de la vie privée par quelques réflexions complémentaires précisément sur quelques particularités du droit social à cet égard.

§ 5. Considérations spécifiques au droit social

63. Sur le plan du droit social, on peut se demander si l'employeur, ou le futur employeur lors de la phase d'embauche, peut utiliser ces informations. En effet, dans la pratique, le problème de l'utilisation d'informations recueillies sur un site internet se pose en raison du fait que l'information pourrait être exploitée par celui qui la reçoit.

64. Une première série de restrictions à l'exploitation de ces informations peuvent provenir de dispositions protectrices propres au droit social. Comme nous l'avons exposé ci-avant, il existe des données protégées en tant que telles, indépendamment du support et ou de la manière dont elles sont obtenues¹⁰⁹. Par ailleurs, toute information ne peut pas nécessairement être utilement exploitée dans le cadre de la relation de travail; nous pensons plus particulièrement à cet égard aux motifs de licenciement.

On remarquera que les considérations qui suivent ne sont pas spécifiques au contexte des réseaux sociaux et à la manière dont les informations sont obtenues, si ce n'est que nous nous intéresserons à l'impact que peuvent avoir la diffusion de ces informations via internet et en particulier via les réseaux sociaux sur les principes applicables en la matière. Nous verrons également que l'utilisation que les travailleurs sont susceptibles de faire des réseaux sociaux ou d'autres plateformes d'expression repose le problème de l'exercice du droit de critique dans le contexte particulier de ces nouveaux modes de communication.

¹⁰⁹ Cf. section 2, § 1, *supra*.

65. Il y a un *distinguo* à faire, en l'espèce, entre la phase précontractuelle et l'exécution du contrat de travail :

- Dans la phase précontractuelle, on sait que la convention collective de travail n° 38 du 6 décembre 1983, concernant le recrutement et la sélection des travailleurs, régleme la période précontractuelle durant laquelle l'employeur va sélectionner et recruter des travailleurs¹¹⁰. L'article 11 de la C.C.T. n° 38 consacre le respect de la vie privée du candidat. Cette disposition va servir de cadre à la réflexion sur les questions qui peuvent être posées aux candidats par l'employeur lors du recrutement. Des questions relatives à la vie privée des travailleurs ne peuvent être posées que si elles sont pertinentes en raison de la nature et des conditions d'exercice de la fonction. On retrouve donc les critères de l'article 8 de la C.E.D.H. Néanmoins, même s'il y a une interdiction de discrimination et une protection de la vie privée, il faut craindre que cette protection soit peu effective dès lors que, dans le secteur privé, dans un système contractuel pur, l'employeur n'a pas à se justifier et à motiver le choix qu'il opère du travailleur qu'il engage sous réserve d'un contrôle postérieur de discrimination. Dans ces conditions, le travailleur qui diffuse des informations pourrait se voir *in fine* lésé par l'usage non avoué par l'employeur de celles-ci. Le problème n'est pas propre aux nouvelles technologies. Resterait ensuite à savoir comment la personne non engagée pourra prouver la discrimination éventuelle. En bref, dès lors que le travailleur révèle de son plein gré sur un réseau social des informations sensibles, il lève la première difficulté pour l'employeur qu'est la collecte de ces informations. Il ne reste donc plus que la deuxième difficulté qui est l'usage mais, dès lors que la décision ne doit pas être motivée, il sera très malaisé à établir.
- Dans le cadre de la relation contractuelle, la question s'analysera sans doute le plus souvent à l'aune du contrôle des motifs du congé, si l'information donne lieu à un licenciement. Or, on sait que le droit belge offre peu de prise au contrôle des motifs du congé. Trop souvent – et à tort – qualifié de discrétionnaire, le droit de licencier n'est en effet contrôlé que de manière partielle dans le cadre de l'appréciation du caractère éventuellement abusif du licenciement. Le droit belge ne comporte en effet pas, en règle, d'obligation générale de motivation formelle du congé, sauf quelques exceptions notables (licenciement pour motif grave, licenciement de certains représentants des travailleurs, licenciement des contractuels de

la fonction publique¹¹¹). L'employeur n'a donc pas l'obligation de faire part, dans la lettre de congé, des motifs du licenciement intervenu. Par ailleurs, sauf dans certains cas plus rares encore (licenciement de certains représentants des travailleurs), il n'y a pas de procédure d'autorisation *a priori* du licenciement, qu'elle soit administrative ou judiciaire.

66. Nous nous proposons, à titre d'illustration, de reprendre à ce sujet des contrôles des motifs du congé, qui n'est pas propre aux réseaux sociaux mais que ceux-ci amplifient :

- Les « motifs protégés » : dans toute une série d'hypothèses, des faits de la vie privée se voient protégés et ne peuvent être érigés en motif de licenciement. Il en va ainsi de l'usage d'un certain nombre de droits mais également, par exemple, pour la maternité : congé parental, crédits-temps, etc. Dans ces hypothèses, le travailleur bénéficie le plus souvent de « protections contre le licenciement ». L'incidence de la « protection contre le licenciement » sera également d'obliger l'employeur à justifier *a posteriori* le congé et à prouver qu'il est étranger à la cause de protection. Ce faisant, la circonstance de vie privée protégée ne peut être un motif de licenciement¹¹².
- Les critères de l'abus de droit. En dehors de ces hypothèses de protection contre le licenciement, et hors motif grave, l'employeur décide seul, pour des motifs qu'il ne doit pas communiquer dans la lettre de congé, du licenciement des travailleurs. Contrairement à ce qui est soutenu bien souvent, cela n'en rend pas son droit de licencier *discrétionnaire*. Celui-ci doit, en effet, s'exercer dans le respect de certains principes dont on retiendra d'ores et déjà le principe de non-discrimination¹¹³ ou encore l'interdiction de l'abus de droit. En matière contractuelle, la Cour de cassation se base sur l'article 1134 du Code civil pour fonder

¹¹⁰ C. MAIRY, « Protection de la vie privée dans le cadre du recrutement et de la sélection », *Orientations*, 2005, n° 5, pp. 18-24; M. GOLDFAYS et L. VAN MOORSEL, « Quelques aspects de la protection de la vie privée du travailleur à l'égard de son futur employeur », *Orientations*, 2002, pp. 189-208.

¹¹¹ S. GILSON, « L'absence de motivation formelle du congé, une règle en suris? L'exemple du licenciement des contractuels de la fonction publique », *Orientations*, n° 4, avril 2006, pp. 8 et s.; S. GILSON, « Le congé notifié à un agent contractuel de la fonction publique et l'irruption de la loi du 29 juillet 1991 : une véritable exception à la règle d'absence de motivation du congé en droit social » in *La motivation du congé*, Kluwer, 2006, pp. 119-143.

¹¹² F. KÉFER et P. MAISETTI, « La vie personnelle du salarié » in *Les droits de la personnalité*, Documents du X^e colloque de l'association famille et droit, U.C.L., 30 novembre 2007, p. 24.

¹¹³ La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, qui a transposé la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, a abrogé les articles 2 à 11 de la loi du 13 février 1998 portant des dispositions en faveur de l'emploi. La loi a créé un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur les critères suivants : l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique ou syndicale, la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une caractéristique physique ou génétique ou l'origine sociale (art. 3 de la loi).

l'abus de droit, en application du principe d'exécution de bonne foi des conventions¹¹⁴. L'examen de l'abus de droit variera selon que le travailleur est un ouvrier et peut bénéficier de la disposition protectrice de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 ou un employé qui doit apporter la preuve d'une faute de l'employeur¹¹⁵. Les circonstances entourant le congé seront également importantes : l'employeur peut en effet également méconnaître la vie privée du travailleur dans les modalités de licenciement, notamment en donnant une publicité abusive à celui-ci¹¹⁶, ce qui peut justifier le caractère abusif du licenciement. L'usage de réseaux sociaux peut être problématique à ce sujet également. Nous évoquerons simplement un jugement récent du 11 octobre 2010¹¹⁷ qui avait à connaître du sort d'une travailleuse qui apprend « officiellement » son licenciement moyennant préavis dans le cadre d'un message intranet adressé à l'ensemble du personnel. Le Tribunal considère que, à elle seule, l'annonce du licenciement par intranet ne revêt pas un caractère abusif. L'information est diffusée en interne et le procédé ne dépasse pas manifestement les limites de l'exercice normal d'un droit par une personne prudente et diligente.

- *Les faits de la vie privée – généralités.* Comme rappelé ci-avant, les faits de la vie privée ne bénéficient pas, en tant que tels, parce qu'ils ressortent de la vie privée, d'une sphère d'immunité. Dans le cas du licenciement pour motif grave, il est admis que la faute ne doit pas être une faute nécessairement contractuelle¹¹⁸, il peut donc s'agir d'un acte de la vie privée¹¹⁹. Ce qui compte d'une certaine façon, c'est de savoir si ces faits de la vie privée sont fautifs et sont de nature à rendre définitivement et immédiatement impossible la poursuite des relations contractuelles.

¹¹⁴ Cass., 19 septembre 1983, R.C.J.B., 1986, p. 282, note J. FAGNART.

¹¹⁵ Dans le régime des ouvriers, l'employeur doit prouver un motif en lien avec l'attitude (fut-elle non fautive), l'aptitude ou les nécessités économiques. Il n'est donc pas exclu que des faits de la vie privée, qui auraient trait à l'attitude du travailleur, et qui ne se verraient pas par ailleurs protégés (hypothèse notamment des protections contre le licenciement), puissent rendre le congé non abusif. Dans le régime des employés, le travailleur se trouvera bien souvent confronté à la difficulté d'apporter la preuve d'une faute de l'employeur. Dans tous les cas, à notre sens, c'est la finalité du congé qui doit être interrogée : le congé peut-il se justifier à l'aune de l'intérêt légitime de l'entreprise ? C'est donc toujours la répercussion du fait de vie privée sur le travail qui pourrait constituer le motif du congé et non le fait de vie privée en tant que tel. La problématique se révèle de manière très nette dans le congé fondé sur l'état de santé, situation personnelle touchant à la vie privée (S. GILSON et A. ROGER, « État de santé et licenciement abusif », in Ch.-É. CLESSE et S. GILSON (dir.), *Le licenciement abusif. Notion, évolution, perspectives*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009).

¹¹⁶ Voyez les exemples cités in Ch.-É. CLESSE, *Le licenciement abusif*, Kluwer, 2005, pp. 135 et 136.

¹¹⁷ Trib. trav. Huy, 11 octobre 2010, inédit, R.G. n° 09/227/A.

¹¹⁸ Cass., 6 mars 1995, J.T.T., 1995, p. 281, note Claude WANTIEZ.

¹¹⁹ Cass., 9 mars 1987, J.T.T., 1987, p. 128.

- *Application : les relations amoureuses.* L'utilisation des réseaux sociaux posera certainement la question de la révélation des liens affectifs des travailleurs et notamment des *relations amoureuses* qui se développent entre les membres du personnel. Ont déjà été considérés comme motifs graves une liaison adultère entre travailleurs ayant un lien hiérarchique¹²⁰, une relation amoureuse avec une subordonnée¹²¹, une relation amoureuse avec une patiente¹²², l'entretien de relations sexuelles avec un des membres du personnel à l'intérieur des bâtiments¹²³, à condition toutefois, selon nous, que cela puisse susciter critique, par exemple par une influence négative au sein de l'entreprise, un favoritisme, l'impossibilité d'exercer l'autorité, etc.¹²⁴.
- *Le droit de critique.* Une autre des questions centrales que va poser la communication sur Facebook est certainement celle de la portée et de la forme du droit de critique du travailleur à l'encontre de l'employeur. La problématique n'est pas propre à Facebook ou aux réseaux sociaux mais l'opinion exprimée sur internet laisse une trace de longue durée et est retrouvée – volontairement ou non – par le biais des moteurs de recherche. À notre sens, en vertu des articles 19 de la Constitution, 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les travailleurs disposent du droit à la liberté d'expression dans le cadre de leur travail. Ce droit emporte plusieurs prérogatives : celle d'avoir une opinion ; de rassembler des informations ou des idées ; de recueillir des informations ou des idées ; de répandre des informations ou des idées¹²⁵ ou même de formuler des critiques à l'égard de son employeur¹²⁶. Ainsi, le Conseil d'État considère que « les fonctionnaires ont le droit à la liberté d'expression consacré par l'article 19 de la Constitution et de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il est admis qu'un fonctionnaire peut critiquer l'administration, mais que sa critique doit s'exprimer de manière raisonnable et pondérée, et non de manière injurieuse ou violente »¹²⁷. La Cour européenne des droits de l'homme considère que l'usage de

¹²⁰ C. trav. Mons, 28 novembre 1977, J.T.T., 1978, p. 6.

¹²¹ C. trav. Gand, 26 juin 1991, Bull. F.E.B., 1994/12, p. 71.

¹²² C. trav. Liège, 14 mars 2002, J.L.M.B., 2003, p. 107.

¹²³ C. trav. Gand, 4 mars 1992, J.T.T., 1993, p. 55.

¹²⁴ Voy. Trib. trav. Bruxelles, 4 novembre 1991, R.W., 1991-1992, p. 784 ; C. trav. Mons, 28 novembre 1977, J.T.T., 1978, p. 6. Voy. également à ce sujet : S. GILSON, « Motif grave et bonnes mœurs » in S. GILSON (dir.), *Le congé pour motif grave*, Limal, Anthemis, 2011.

¹²⁵ P. HUMBLET, « De la liberté d'expression des travailleurs salariés », *Chron. D.S.*, 2003, p. 157.

¹²⁶ *Idem*, p. 160.

¹²⁷ C.E. n° 134.597, du 15 septembre 2004, Pirotte, www.raadvst-consetat.be.

la liberté d'expression, à des fins de critique *externe*, n'est illégitime que dans la mesure où les propos tenus par le travailleur ont pour but unique de blesser les gens¹²⁸ et de porter atteinte à leur réputation. Elle a jugé aussi que les devoirs de discrétion et de réserve n'empêchent aucunement qu'un agent émette ses opinions et des critiques à l'égard de son employeur, pour autant qu'il le fasse de manière raisonnable et dans des limites acceptables¹²⁹: le devoir de réserve vise non pas la publicité accordée à certaines informations, mais plutôt la *manière* dont un fonctionnaire s'exprime en les rendant publiques¹³⁰. La liberté d'expression peut se conjuguer avec la liberté syndicale de manière telle qu'«une organisation syndicale peut avoir une opinion différente, émettre des critiques sur la gestion dans l'entreprise, même si celles-ci sont blessantes, choquantes ou de nature à semer la confusion»¹³¹. Le travailleur se montrera toutefois très prudent tant sur la forme que sur le fond dans l'exercice de ce droit de critique, l'appréciation de la mesure dans laquelle il l'a exercé demeurant une question délicate en fait¹³². Ainsi, dans son arrêt *Aguilera Jiménez et autres c. Espagne*, du 8 décembre 2009¹³³, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le licenciement pour faute grave d'employés au motif qu'ils avaient par le biais d'un magazine syndical présentant notamment une caricature vulgaire, critiqué de façon outrancière la direction de l'entreprise, n'était pas contraire à l'article 10 de la Convention. Pour la Cour, si la liberté d'expression implique également le droit de blesser, choquer et inquiéter, elle n'emporte pas nécessairement le droit, par des propos

¹²⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Fuentes Bobo* du 29 février 2000.

¹²⁹ C.E. n° 20.811, du 16 décembre 1980, *Lievens*; C.E. n° 26.106, du 22 janvier 1986, *Stevens*. On ne confondra pas l'exercice du droit de critique avec le fait de proférer des insultes, ce qui peut constituer également un motif grave (C. trav. Bruxelles, 5 décembre 1994, *Chron. D.S.*, 1997, p. 131; Trib. trav. Gand, 15 février 1994, A.J.T., 1994-1995, p. 175, note N. CHATEL) tout en tenant compte des circonstances dans lesquelles ces comportements sont produits (Trib. trav. Charleroi, 6 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1411).

¹³⁰ P. DE BRUYCKER, « Déontologie de la fonction publique et transparence administrative », A.P.T., 1993/3, p. 178.

¹³¹ P. HUMBLET, *op. cit.*, p. 162.

¹³² La jurisprudence belge a retenu la possibilité de considérer comme étant un motif grave de licenciement, le fait de tenir des propos systématiquement dénigrants sur l'institution dans laquelle on travaille ou sur sa direction (C. trav. Bruxelles, 6 août 1992, *Bull. F.E.B.*, 1993, p. 71; C. trav. Bruxelles, 25 mars 1998, *Bull. F.E.B.*, 1998, p. 88). A été également considéré comme un motif grave le fait de diffuser, par voie de presse, des communiqués incendiaires relatifs à la sécurité et à l'hygiène dans l'entreprise (C. trav. Gand, 17 avril 1979, *R.W.*, 1978-1979, p. 2818). Voyez aussi C. trav. Liège, (section de Namur, 13^e ch.), 20 mars 2008, R.G. n° 8.282/2006, validant le licenciement pour motif grave d'un cadre d'une société qui avait signé une pétition et un courrier public contre un projet immobilier de son employeur.

¹³³ Cour eur. D.H., *Affaire Aguilera Jimenez et autres c. Espagne* du 8 décembre 2009.

à caractère blessant et insultants, de porter atteinte à la réputation et à l'honneur et ce, même dans un cadre syndical¹³⁴.

La jurisprudence belge retient également le *contexte* dans lequel l'entretien s'est passé et la publicité qui a été donnée aux propos¹³⁵. La Cour du travail de Bruxelles¹³⁶ arrive à la même conclusion pour des notes à destination des collègues, dès lors qu'il n'y a pas de diffusion à des tiers. Il a été jugé qu'un employé qui formule des critiques dans une conversation privée au domicile d'un collègue, à l'encontre de la direction, ne commet pas de faute susceptible de justifier un licenciement pour motif grave¹³⁷. Un blog en accès libre peut toucher des tiers. Pour Facebook, la question de la distinction public/privé est plus délicate. À notre sens, tout sera cas d'espèce mais, sauf création d'un groupe semi-public d'opposants à l'entreprise, les propos tenus sur un profil demeurent privés et sans accessibilité large aux tiers. En conclusion, est-il critiquable, pour le travailleur, de s'ouvrir au sein d'un réseau social dans un profil fermé, ouvert seulement à des amis, des difficultés qu'il rencontre avec son employeur? Nous ne le pensons pas. Le travailleur a, évidemment, comme tout un chacun, un droit de critique modéré dès lors qu'il ne porte pas atteinte inutilement et de manière inconsidérée à l'honneur et à la réputation. C'est d'autant moins problématique qu'une publicité n'est pas donnée à ces propos. Le dénigrement sur Facebook présente-t-il une particularité à ce sujet? Oui, le risque du passage entre conversation privée et publique. L'employeur, qui se verrait rapporter ces propos par un tiers, peut-il les utiliser? Nous avons vu dans cette hypothèse que la question n'est pas liée à la collecte par l'employeur mais éventuellement de la transmission de l'information par un tiers. Toutefois, une autre question serait de savoir, en l'espèce, si une *confidentialité particulière peut être donnée à ces informations du fait du cadre dans lequel elles sont données*.

La question du caractère privé peut donc avoir deux incidences: d'une part, le risque d'une publicité portant atteinte à la réputation dont nous

¹³⁴ Voyez les considérations critiques de D. VOORHOOF et J. ENGLEBERT, « Liberté d'expression syndicale mise à mal par la Cour européenne », *R.T.D.H.*, 2010, pp. 733 et s., notamment sur la question de l'absence de prise en compte de la proportionnalité de la sanction. Il serait intéressant d'opérer une analyse sur base également du droit à l'humour qui s'appuierait, notamment, sur le caractère satyrique ou parodique de certaines communications (Voyez par exemple, Trib. trav. Bruxelles, 27 juin 1997, *Chron. D.S.*, 1998, p. 95 qui n'avait pas validé un motif grave pour la diffusion le 1^{er} avril d'un faux journal d'entreprise).

¹³⁵ Voyez, par exemple, C. trav. Anvers, 18 septembre 1992, *Chron. D.S.*, 1994, p. 347, ne validant pas un motif grave notamment parce que la critique se déroule entre collègues.

¹³⁶ C. trav. Bruxelles, 8 mai 1996, *J.T.T.*, 1996, p. 443.

¹³⁷ C. trav. Bruxelles, 30 mars 1990, *J.T.T.*, 1990, p. 441.

venons de parler et, d'autre part, une protection particulière liée au caractère éventuellement confidentiel des propos. En effet, le tiers ne dénonce pas simplement des faits qu'il a vus mais va porter à connaissance des informations qui ont été données directement par la personne, informations qui pourraient, éventuellement, être soumises à une protection au niveau de la vie privée.

Conclusions

67. Nous voudrions conclure cette contribution sur trois idées :

- *Primo*, l'usage des nouvelles technologies de l'information et de la communication comme instrument de surveillance était prévisible et dans l'ordre des choses, n'étant qu'une adaptation du contrôle de l'employeur.
- *Secundo*, cette surveillance prend désormais place dans un contexte nouveau caractérisé par le droit au respect dû à la vie privée du travailleur. Ce contexte oblige à repenser fondamentalement l'action de l'employeur.
- *Tertio*, la pratique de la « vie privée partagée » va certainement amener à redéfinir la notion de vie privée. Quels que soient les développements théoriques qui pourront être formulés à ce sujet, il est à craindre que l'exposition volontaire de sa vie privée affecte la nature et l'étendue de la protection.

§ 1. Prévisibilité de l'usage des nouvelles technologies de l'information et de la communication comme instrument de surveillance

68. Il faut rappeler que le contrat de travail naît dans une société où la surveillance des classes laborieuses est un axiome. Il n'apparaît dès lors pas étonnant que l'essence même du contrat de travail réside dans le lien de subordination, élément de démarcation par exemple entre contrat de travail et contrat d'entreprise. Le contexte de la naissance du salariat est en effet particulier. On rappellera, par exemple, que la répression du vagabondage est intimement liée au développement d'un code « coercitif » du travail¹³⁸ avec, dans de nombreux États, le « projet de mettre au travail forcé tous les pauvres »¹³⁹. Ce lien

¹³⁸ R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale*, Gallimard-Folio, 1995, p. 212.

¹³⁹ R. CASTEL, *op. cit.*, p. 221.

entre classes laborieuses et classes dangereuses est présent dans la genèse du droit social. Alain Supiot a relevé d'ailleurs que les premières réglementations de droit du travail, comme par exemple la loi du 22 germinal an XI relative aux manufactures, fabriques et ateliers qui avait créé, entre autres, le livret ouvrier, relevait non pas du droit civil régissant des rapports entre égaux mais des réglementations de police sanctionnées pénalement et visant à organiser la surveillance des classes laborieuses¹⁴⁰.

69. Les sources du salariat sont aussi à souligner. Même s'il ne faut pas opérer de comparaisons trop strictes entre la situation sociale préindustrielle et celle qui préside à la naissance du salariat *stricto sensu*, il ne peut pas être nié que la genèse du droit social a pour cadre des « traces » de rapport salarial qui vont constituer l'essence du contrat de louage¹⁴¹. L'analyse est, du reste, classique : « L'ordre économique capitaliste est sorti des entrailles de l'ordre économique féodal. La dissolution de l'un a dégagé les éléments constitutifs de l'autre »¹⁴². Il a été relevé que : « Le passage de l'exploitation du travail par contraintes externes (style féodal) à celles qui fonctionnent par contraintes internes – le salariat à style capitaliste – s'opère graduellement et émerge sur une période peu propice à une chronologie tranchée »¹⁴³. On souligne historiquement l'influence sur la construction symbolique du salariat de la corvée féodale¹⁴⁴, de la forme archaïque de l'artisanat corporatiste¹⁴⁵ et de la domesticité et du développement des manufactures¹⁴⁶.

¹⁴⁰ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, p. 45. Sur la question de la répression de l'indigence, on renverra aussi à M. FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Gallimard, 1972, pp. 504 et s.

¹⁴¹ R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale*, Gallimard-Folio, 1995, pp. 172 et 173.

¹⁴² K. MARX, *Le capital*, Livre I, Tome III, Éditions Sociales, Paris, 1973.

¹⁴³ C. WILLARD, (dir.), *La France ouvrière*, Tome I, Des origines à 1920. Éditions sociales, 1993.

¹⁴⁴ Robert Castel a rappelé que « Le salarié n'était pas né de la liberté ou du contrat mais de la tutelle » (*op. cit.*, p. 240). Il trouve sa source dans le modèle de la corvée de nature féodale qui est une mise à disposition de la personne. Si, en théorie, le modèle du salariat basé sur la liberté du contrat (fut-elle fictive économiquement) s'oppose à la corvée, ces deux formes de travail ont pu coexister aux mêmes époques pour les mêmes personnes (*op. cit.*, p. 242).

¹⁴⁵ Comme le relève Robert Castel (*op. cit.*, p. 179), « Du côté du travail industriel, l'artisanat s'est constitué dans le prolongement de l'économie domestique avant de s'organiser en communauté autonome ». Or, l'artisanat, s'il n'est pas le salariat « en constitue historiquement la principale matrice » (*idem*, p. 180). « L'apprenti est sous l'absolue domination du maître qui exerce son pouvoir sans mesure », sa condition confine le plus souvent à la domesticité (M. GOURDEN, *Gens de métier sans culottes, les artisans dans la révolution*, Créaphis, 1988).

¹⁴⁶ En effet, à côté du travail réglé des corporations, se développe un travail quasi forcé au sein des manufactures royales. Or, si d'un point de vue économique il est difficile de voir dans les manufactures royales de France une forme de production à terme (R. CASTEL, *op. cit.*, p. 200), il faut bien constater que l'on y met en place clairement une structure hiérarchique où la discipline est impitoyable. Michel Foucault (M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard-Folio, 1975, p. 166) a montré que la discipline sociale exigeait parfois la clôture, ce qui fut le cas pour de nombreuses manufactures, afin de concentrer les forces de production tout en évitant leurs inconvénients et notamment les vols (*idem*, pp. 166

Robert Castel rappelle donc qu'à la fin du 18^e siècle, des modèles archaïques de l'exercice du pouvoir se profilent encore à l'arrière plan de la relation salariale¹⁴⁷. C'est à cette époque que se déroule, sur un autre plan, la rencontre de la servitude et de la liberté, puisque par contrat on va créer une relation juridiquement inégalitaire¹⁴⁸. Il n'est, dès lors, pas anodin de relever que le rapport salarial, qui va se concrétiser dans une première société industrielle, va se développer dans un système où la liberté du travail est proclamée par l'abolition des corporations, où la nature de la relation de travail va se figer dans un contrat et où la discipline connaît une institutionnalisation. Historiquement, en effet, Michel Foucault a montré que le développement de la discipline comme système institutionnalisé répondait, d'une part, à la nécessité de juguler une importante poussée démographique du 18^e siècle avec une population flottante très importante et, d'autre part, d'augmenter la rentabilité d'un appareil de production en pleine croissance¹⁴⁹. Bien sûr, la discipline existait auparavant mais les disciplines franchissent, au 18^e siècle, un seuil technologique¹⁵⁰ (à notre sens, le monde numérique a fait franchir un nouveau seuil à cet égard). L'appareil disciplinaire va donc se développer en même temps que les formes de travail se modifient et qu'il devient impossible à un seul de contrôler l'ensemble des travailleurs. Michel Foucault a relevé que : « Le pouvoir disciplinaire devient un système intégré, lié de l'intérieur à l'économie et aux fins du dispositif où il s'exerce »¹⁵¹. Cet auteur constate, dès lors, que : « Les mutations technologiques de l'appareil de production, la division du travail, l'élaboration des procédés disciplinaires ont entretenu un ensemble de rapports très serrés »¹⁵². Comme il le signale encore : « Les lumières qui ont découvert les libertés ont aussi inventé les disciplines »¹⁵³.

70. L'usage des nouvelles technologies comme un instrument de contrôle n'est donc pas surprenant et est dans l'ordre des choses. Un élément caractéristique de notre société actuelle est sans doute « l'extrême vitesse avec laquelle ces bouleversements se déploient et pénètrent notre environnement », de sorte que l'on peut parler d'une réelle pression technologique qui impose,

et 167). L'usine se construit à la fois économiquement sur une division rationnelle des postes de travail mais, également, par une répartition architecturale permettant une surveillance aisée (*idem*, p. 170). Le contrôle du temps en fait d'ailleurs partie trouvant son origine historiquement dans la scansion religieuse de la journée.

¹⁴⁷ R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale*, Gallimard-Folio, 1995, p. 253.

¹⁴⁸ A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, p. 9.

¹⁴⁹ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard-Folio, 1975, p. 254.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 260.

¹⁵¹ *Idem*, p. 208.

¹⁵² *Idem*, p. 257.

¹⁵³ *Idem*, p. 258.

par exemple, d'autres structures temporelles¹⁵⁴. Leur généralisation entraîne aussi des risques de banalisation. La solution techniquement possible n'est en effet pas nécessairement la plus souhaitable.

71. Il est vraisemblable également que la surveillance elle-même voit sa nature se modifier. La surveillance au travail se caractériserait par « un affaiblissement continu de la faculté de maintenir une part de ses gestes à l'abri du regard, légitimé par les rapports de pouvoirs que suppose la hiérarchie professionnelle, non plus matérialisée dans un contrôle visible et autoritaire à l'instar des contremaîtres (...) mais en une forme de servitude indolore et toujours plus intériorisée produite par une expertise numérique individualisée des actions menées au quotidien »¹⁵⁵. Cette forme de surveillance immatérielle apparaîtrait tout en étant plus intrusive et efficace, moins violente que les formes anciennes plus coercitives. Elle pourrait caractériser le passage d'une société de surveillance telle que décrite par Michel Foucault à une société de contrôle selon G. Deleuze. Il est vraisemblable que nous nous situons actuellement, selon les milieux professionnels, entre une société de surveillance moderne et une société de contrôle : « Le propre des normes modernes, et c'est ce qui caractérise le passage progressif de la société disciplinaire décrite par Michel Foucault et qui impliquait nécessairement l'existence d'une série de lieux « d'enfermement » (l'asile, l'hôpital, l'usine, l'école, la prison), à la société de contrôle qui peut se passer dans une mesure croissante de la contrainte physique et de la surveillance directe est que ce sont les individus qui doivent s'imposer eux-mêmes, non seulement le respect mais l'adhésion aux normes, les intégrer dans leur biographie, par leur propre action et répétition. Le pouvoir prend dans la société moderne la forme d'offres, de services ou d'actions incitatives bien plus que de la contrainte »¹⁵⁶.

72. Cette généralisation se développe du reste dans une société paradoxale puisque :

- la surveillance s'y répand, justifiée notamment par la volonté de sécurité (inutile de s'étendre sur le contexte sécuritaire qui a pu naître suite à certains événements) ;
- la surveillance n'est plus un axiome juridique fondamental du monde du travail qui a vu se développer - non sans mal - de manière croissante la place de la vie privée, reconnue et protégée. Or, la conquête par la

¹⁵⁴ E. SADIN, *Surveillance globale, enquêtes sur les nouvelles formes de contrôle*, Paris, Climats, 2009, p. 10.

¹⁵⁵ E. SADIN, *Surveillance globale, enquêtes sur les nouvelles formes de contrôle*, Paris, Climats, 2009, p. 186.

¹⁵⁶ G. DELEUZE, « Postscriptum sur les sociétés de contrôle », *L'autre Journal*, n° 1, mai 1990 cité in S. LACOUR, *La sécurité de l'individu numérique : réflexion prospective et internationale*. Le texte est disponible sur le site internet <http://www.infokiosques.net>.

vie privée du monde du travail ne semble pas encore nécessairement entrée dans l'imaginaire collectif du juriste, d'autant que cette idée heurte des droits – quant à eux bien ancrés – comme par exemple le droit de propriété de l'employeur. Il n'est pas rare d'entendre des voix s'indigner si l'employeur ne peut contrôler l'ensemble des communications passées par l'intermédiaire de ses propres ordinateurs, téléphones,.... C'est que ces sujets mettent en œuvre des conceptions de la société. Il est plus aisé, par exemple, à faire admettre que l'état de santé (avec son caractère arbitraire dans les personnes visées) soit un élément important de la vie privée alors que le contenu d'un courriel adressé de l'ordinateur professionnel et pendant les heures de bureau attirera davantage de suspicion.

§ 2. Évolution du contexte de la surveillance

73. La surveillance, conçue comme un des aspects du pouvoir d'autorité, ne peut plus être analysée comme elle l'était jadis et doit être relue à la lumière des droits fondamentaux des travailleurs. Cela ne menace nullement le lien de subordination. On se souviendra que la loi sur le contrat de travail était rédigée initialement en mentionnant un pouvoir d'autorité de direction et de contrôle. Quoique les termes « direction » et « contrôle » ont été supprimés et qu'il n'apparaisse plus que l'autorité, il est admis que l'exercice de l'autorité comprend en fait le pouvoir de direction et de contrôle¹⁵⁷. On sait que le contrôle n'est pas un élément essentiel du lien de subordination. Il a été ainsi admis, par exemple, de longue date que le fait que quelqu'un conserve une certaine liberté dans l'exercice d'une activité n'exclut pas le lien de subordination¹⁵⁸. Il en va de même lorsque l'activité exige une certaine indépendance¹⁵⁹. Certes, il est nécessaire que l'employeur soit en mesure d'exercer effectivement son autorité sur les actes d'autrui¹⁶⁰ et, dans les faits, puisse contrôler ces actes.

74. Il est donc opportun de réinterroger le paradigme qui voudrait que la surveillance soit un élément fondamental du contrat justifiant des atteintes importantes au droit au respect de la vie privée. Or, il s'agit d'une idée reçue bien implantée et qui est invoquée pour justifier bien des ingérences. Ainsi, par exemple, à défaut de texte spécifique, la Cour du travail de Bruxelles,

¹⁵⁷ Cass., 18 mai 1981, *Arr. Cass.*, 1980-1981, p. 1080; *Bull.*, 1981, p. 1079; *Pas.*, 1981, I, p. 1079.

¹⁵⁸ Cass., 25 février 1965, *Pas.*, 1965, p. 652.

¹⁵⁹ Cass., 14 mars 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 620.

¹⁶⁰ Cass., 15 février 1982, *R.W.*, 1982-1983, p. 2210.

dans un arrêt du 18 novembre 2004¹⁶¹, estime qu'en vertu des articles 16 et 17 de la loi du 3 juillet 1978 et de l'existence du lien de subordination sous lequel le travailleur effectue son travail, l'entreprise doit être à même d'exercer un contrôle sur le travailleur et que l'utilisation d'un GPS pour localiser les taxis ne constituerait pas une atteinte à la vie privée du chauffeur puisqu'il ne s'agit pas de l'espionner¹⁶²... De même, plusieurs décisions ont admis la production de factures destinées à établir l'existence d'appels passés à des fins privées sur un téléphone de l'entreprise en considérant que l'employeur pouvait produire les listings d'appels fournis par son opérateur de téléphonie¹⁶³. La base légale serait, à nouveau, les articles 16 et 17 de la loi sur le contrat de travail du 3 juillet 1978.

75. La vie privée du travailleur doit être une valeur susceptible de s'opposer avec efficacité aux revendications de l'employeur fondées notamment sur le droit de propriété. Or, la vie privée – du fait peut-être de son contour flou – ne semble pas encore avoir acquis la même force que les droits de l'homme de la première génération. Un exemple permet de l'illustrer. On pourrait considérer que la vie « après » le travail soit de la vie privée à l'égard de l'employeur même s'il s'agit d'activités professionnelles. À les supposer non concurrentielles, ces activités sont possibles. Comme le souligne M. Jamouille, il découle de cette dernière disposition que : « le salarié reste libre, sa prestation accomplie, de se livrer à une autre activité dont l'objet est étranger à celui de l'entreprise patronale »¹⁶⁴. Une clause d'exclusivité est une clause par laquelle le travailleur s'engage à exercer l'ensemble de ses activités professionnelles au service de l'employeur et à n'exercer aucune autre fonction, ni en qualité de travailleur salarié, ni en qualité d'indépendant. En vertu de la liberté du travail, est nulle une clause d'exclusivité générale selon laquelle le travailleur ne pourrait exercer aucune activité en dehors de celle qui fait l'objet du contrat de travail¹⁶⁵. Toutefois, une limitation partielle était jugée possible. Une partie de la jurisprudence considère en effet qu'une telle clause pourrait être valide dans la mesure où la clause vise à protéger l'intérêt légitime de

¹⁶¹ C. trav. Bruxelles (2^e ch.), 18 novembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 145.

¹⁶² Sur la géolocalisation, voyez not. T. MESSLIAEN, "Navigatiesystemen en privacy", *NjW*, 2007, pp. 338-347; S. RENETTE et D. DE BOT, "Het aanwenden van een geolocalisatiesysteem in het kader van een arbeidsovereenkomst", *Orientations*, 2005, pp. 205-216; K. ROSIER, « Preuve et données de géolocalisation, le point », *B.S.J.*, n° 380, p. 5.

¹⁶³ Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 16 septembre 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 61; C. trav. Liège, 21 mai 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 180; C. trav. Gand, 22 octobre 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 41.

¹⁶⁴ M. JAMOUILLE, *Le contrat de travail*, t. II, Liège, 1986, p. 44.

¹⁶⁵ C. trav. Liège, 15 juin 1983, *J.T.T.*, 1984, p. 485; C. trav. Liège, 19 juin 1985, *J.T.T.*, 1985, p. 470; C. trav. Bruxelles, 21 juin 1988, *Chron. D.S.*, 1989, p. 135; C. trav. Mons, 21 mars 1988, *J.T.T.*, 1988, p. 160.

l'employeur à une exécution correcte des prestations de travail convenues¹⁶⁶ soit, finalement, pour faire respecter le prescrit de l'article 17 de la loi sur le contrat de travail. La jurisprudence récente de la Cour de cassation est susceptible de modifier ces conceptions. La Cour a décidé « La liberté d'exercer une activité professionnelle rémunérée ne peut subir d'autres restrictions que celles qui sont prévues par la loi. Une convention qui, en dehors des cas où la loi l'autorise, a pour but de permettre à l'une des parties d'empêcher l'autre partie d'exercer librement son activité professionnelle, a une cause illicite et est frappée de nullité absolue »¹⁶⁷. Puisque l'on ne se trouve pas dans un cas autorisé par la loi, la clause d'exclusivité serait donc nulle dès lors qu'elle a pour effet d'empêcher le travailleur d'exercer une autre activité lucrative. Or, on remarquera que c'est sur base de la liberté du commerce que cette solution est obtenue et non du droit au respect de la vie privée.

76. En ce qui concerne le juriste, l'attention doit porter sans doute davantage sur un examen des fondements du droit de discipline et de surveillance patronale. Juridiquement, on a tendance à considérer la discipline comme un *infra-droit*¹⁶⁸, ce qui pourrait se justifier en droit social par l'analyse, par exemple, de la force du règlement de travail et de sa place dans la hiérarchie des sources. Il est permis de s'interroger, afin de voir si « on n'a pas à faire plutôt à une sorte de contre-droit »¹⁶⁹. La discipline, fut-elle acceptée « librement » par contrat - ce qui pose le problème du consentement du travailleur -, permettrait ainsi « de fausser systématiquement le lien contractuel à partir du moment où il a pour contenu un mécanisme de discipline »¹⁷⁰. Ce type d'analyse, formulée il y a des années par un non-juriste, est d'une pertinence rare aujourd'hui alors que l'on sait en pratique l'importance des règlements d'entreprises consacrés par exemple à l'usage des nouvelles technologies. Ce type de documents pose aussi la question du consentement du travailleur et du caractère d'ordre public de la vie privée. On peut sans doute aussi y voir une forme de *contrôle social privatisé*. Il ne nous paraît pas douteux que l'économie libérale ait pu assurer par le biais du contrôle du salariat une fonction qui était jadis exercée par l'État. Cette forme est à la fois moderne car privatisée et commercialisée et archaïque puisque « passée aux mains d'acteur indivi-

¹⁶⁶ C. trav. Bruxelles, 6 mai 1981, R.D.S., 1982, p. 36; C. trav. Liège, 15 juin 1983, J.T.T., 1984, p. 484.

¹⁶⁷ Cass. (3^e ch.), 29 septembre 2008; J.T.T. 2008, p. 464 et obs. M-L WANTIEZ; J.T. 2008, p. 699.

¹⁶⁸ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard-Folio, 1975, p. 259.

¹⁶⁹ Pour reprendre toujours l'expression de Michel Foucault (M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard-Folio, 1975, p. 259).

¹⁷⁰ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard-Folio, 1975, p. 259.

duel, motivée par des questions d'argent, la régulation qu'elle met en œuvre procède d'une discipline interne instrumentale de nature quasi féodale »¹⁷¹.

C'est aussi la raison pour laquelle, rappelons-le, le contrôle de ces ingénieries privées est capital. La fin (économique) ne justifie pas tous les moyens (technologiques). La jurisprudence *Antigone* de la Cour de cassation dans ce contexte pose question.

77. Incidemment, on relèvera que le poids de la réglementation privée (et notamment du type *internet policy*,...) peut être liée à une difficulté de praticabilité de certaines normes.

§ 3. Incidence de la pratique de la « vie privée partagée » sur la définition de la notion de vie privée

78. Il n'est pas question ici d'examiner la volonté que des particuliers peuvent avoir d'user eux-mêmes des nouvelles technologies de l'information et la communication pour pratiquer, par exemple, une surveillance de leurs proches¹⁷² mais à relever que, dans une société où une individualisation accrue avait été soulignée, les processus de socialisation passent désormais par un web communautaire mettant en œuvre un *grand dévoilement* qui tiendrait à la fois d'un mouvement d'exhibitionnisme et de voyeurisme¹⁷³. Une notion de fin de la vie privée est même évoquée ou, à tout le moins, la nécessité de reconsidérer les frontières de ce qui relève du public et du privé¹⁷⁴. Nous atteindrions alors la notion de « vie privée en réseau »¹⁷⁵.

79. À notre sens, ces évolutions vont dans un sens diamétralement opposé des présupposés qui ont vu l'avènement de la notion de vie privée. La transposition des critères classiques va en conséquence certainement être complexe. Dans l'attente, le travailleur qui expose sa vie privée risque d'en faire les frais.

¹⁷¹ D. KALIFA, *Naissance de la police privée. Détectives et agents de recherche en France 1832-1942*, Plon, 2000. L'auteur traite ici du développement de la police privée mais ses constatations sont tout à fait transposables puisqu'il vise explicitement les nécessités du commerce ou l'équilibre familial pour le développement de ce type de police. Pour une réflexion sur la privatisation de la sécurité, voyez aussi J.-M. MANACH, *La vie privée, un problème de vieux cons ?*, FYP Éditions, 2010, pp. 83 et s.

¹⁷² Voyez à ce sujet, notamment, E. SADIN, *Surveillance globale, enquêtes sur les nouvelles formes de contrôle*, Paris, Climats, 2009, pp. 200 et s.

¹⁷³ E. SADIN, *Surveillance globale, enquêtes sur les nouvelles formes de contrôle*, Paris, Climats, 2009, p. 220.

¹⁷⁴ J.-M. MANACH, *La vie privée, un problème de vieux cons ?*, FYP Éditions, 2010, pp. 15 et 16.

¹⁷⁵ J.-M. MANACH, *La vie privée, un problème de vieux cons ?*, FYP Éditions, 2010, p. 62.