LES POUVOIRS ET LES LIMITES DES DISPOSITIFS INTERNES DE SECURITE, D'INSPECTION ET DE DEONTOLOGIE DANS LES ENTREPRISES

Par Maîtres **François BINET** et **SARDINHA-MARQUES**, Avocats au Barreau de Paris
et **François FREYNET**, Consultant
Préambule par **Alain BAUER**, Professeur de Criminologie
au Conservatoire National des Arts et Métiers, New York et Beijing
Président du Conseil National des Activités Privées de Sécurité (CNAPS)

Contenu

I. Préambule

A. Avertissement

Ce document a pour vocation de rappeler le cadre légal et réglementaire de l'intervention des services internes de sécurité/protection, d'inspection et/ou de déontologie d'une entreprise.

En effet, les menaces que subissent les entreprises peuvent parfois amener leurs dirigeants ou les responsables de leurs services d'inspection, d'audit, de contrôle ou de sécurité à rechercher des moyens de protection susceptibles de franchir les limites légales, sociales ou d'éthique existantes.

Le contexte légal et réglementaire étant de plus en plus complexe et à l'intersection du domaine pénal et du domaine social, il est apparu nécessaire aux auteurs de rappeler les limites à ne pas dépasser et les précautions à prendre pour mieux protéger leurs intérêts dans le respect de la loi. Les nombreuses décisions de jurisprudence annulant des investigations menées hors la loi ou condamnant leurs auteurs incitent à ne pas sous-estimer les limites légales et à se prémunir contre tout effet secondaire inverse à celui initialement recherché. Aucun service interne d'entreprise, publique ou privée, ne peut, sauf disposition légale spécifique, se transformer en « adjoint du sheriff ».

On a même pu constater, ces dernières années, la mise en cause de services censés protéger les intérêts de leur entreprise devenir eux-mêmes des facteurs de risques juridiques, voire économiques, par malveillance, mais aussi par incompétence.

Il s'est donc s'agit de recenser les textes principaux applicables, les contraintes légales et réglementaires pesant sur les entreprises en matière de lutte contre la malveillance, et de rappeler les jurisprudences existantes sur un certain nombre de cas précis, de façon à permettre à un responsable de service de sécurité interne de ne pas refaire les erreurs déjà commises par d'autres.

Cette note ne prétend donc pas encore à l'exhaustivité car il n'existe pas de prêt à porter en la matière : chaque situation, chaque entreprise, chaque cas est unique et nécessite une réflexion et une action sur-mesure. Et la confiance légitime que les dirigeants doivent à leurs services spécialisés n'interdit en rien le contrôle externe de l'action de ces derniers.

Depuis la création du Conseil National des Activités Privées de Sécurité début 2012, le processus de professionnalisation des métiers de la sécurité s'est rapidement enclenché autour d'une volonté collective assumée par l'Etat et la profession. Les donneurs d'ordre participent à ce mouvement et la révision de la loi de 1983/Livre VI du Code de la Sécurité Intérieure est engagée. Il convient d'y associer les services internes qui viennent de se doter d'une représentation formelle (l'ARSIS) et qui trouveront ici des éléments utiles et nécessaires à leur activité.

B. Le « service interne de sécurité » et le cadre juridique applicable

La notion du service interne de sécurité est décrite à l'article L.612-25 du Code de la Sécurité Intérieure (CSI) : "l'entreprise dont certains salariés sont chargés, pour son propre compte, d'une activité mentionnée à l'article L.611-1" : « Sont soumises aux dispositions du présent titre, dès lors qu'elles ne sont pas exercées par un service public administratif, les activités qui consistent :

1° A fournir des services ayant pour objet la surveillance humaine ou la surveillance par des systèmes électroniques de sécurité ou le gardiennage de biens meubles ou immeubles ainsi que la sécurité des personnes se trouvant dans ces immeubles ;

2° A transporter et à surveiller, jusqu'à leur livraison effective, des bijoux représentant une valeur d'au moins 100 000 euros, des fonds, sauf, pour les employés de La Poste ou des établissements de crédit habilités par leur employeur, lorsque leur montant est inférieur à 5 335 euros, ou des métaux précieux ainsi qu'à assurer le traitement des fonds transportés ;
3° A protéger l'intégrité physique des personnes ».

Lorsqu'un salarié d'une entreprise assure des activités de sécurité privée au profit de cette entreprise, son activité doit se conformer aux dispositions du Livre VI du CSI. L'entreprise doit alors solliciter une autorisation d'exercice telle que prévue par les articles L 612-9 et suivants auprès des délégations territoriales du Conseil National des Activités Privées de Sécurité (CNAPS). Et ceci dès le premier salarié concerné.

Les services de sécurité/protection, d'inspection et de déontologie d'une entreprise, délégataires de sa direction, lorsqu'ils prennent en compte l'obligation qui leur est impartie, sont nécessairement confrontés à des règles de droit qu'ils doivent respecter scrupuleusement, qu'elles concernent les agents extérieurs (clients, fournisseurs, administrations diverses, etc …) ou les salariés de cette entreprise.

On peut d'ores et déjà souligner que les activités de vérification ou d'investigation dépassant le cadre naturel de l'audit organisationnel, comptable et financier ne peuvent s'exercer hors du cadre défini par la loi. Elles sont donc prohibées dans la quasi totalité des entreprises. En cas de manquement ou de fautes à ces règles de droit, l'engagement de leur responsabilité propre, mais également celle de leurs délégants en charge habituelle de la direction et du contrôle de l'entreprise à laquelle ils appartiennent, voire de l'entreprise elle-même, deviendra possible et même probable.

L'action de ses services trouve ainsi des limites lorsqu'elle est concernée :

- Par les dispositions restrictives et intangibles du Code Pénal et du Code de Procédure Pénale (la limite pénale) voire du Code de la Sécurité intérieure,
- Par les droits et libertés des salariés codifiés pour l'essentiel par les dispositions du Code du Travail ainsi qu'au respect que la Loi, les Règlements et la jurisprudence accordent au respect de leur vie privée (la limite sociale).

II. La limite pénale

A. Cadre d'emploi des personnels de sécurité privée

Lorsqu'elles constituent l'objet du commerce d'une personne physique ou morale, les activités réglementées par le Code de la Sécurité Intérieure ne peuvent être exercées, au demeurant à titre exclusif, qu'en satisfaction d'exigences administratives particulièrement strictes (autorisations et agréments soumis à enquêtes, immatriculation au Registre du Commerce, cartes professionnelles) ;

Sous ces réserves restrictives, les titulaires de ces activités bénéficient de facultés dont l'usage demeure tout aussi ponctuel qu'exceptionnel (port d'arme, possibilités règlementées de missions extérieures, inspections visuelles de bagages à mains, fouilles avec l'autorisation de leur propriétaire, notamment) ;

Le Code de la Sécurité Intérieure (L 612-25) dispose toutefois que, sous certaines conditions, une entreprise peut salarier une ou plusieurs des personnes physiques autorisées à exercer ces activités précitées.

Dans ce cas il exclut, pour cette entreprise, l'exigence de certaines dispositions spécifiques réservées aux entreprises de sécurité (agrément, conditions d'obtention de l'agrément, publicité de l'activité).

Ces dispositions particulières d'exercice ne couvrent pas l'ensemble des activités de protection, de sécurité, d'inspection et de déontologie de l'entreprise, ci-après les services de sécurité.

B. Responsabilité individuelle et/ou collective des personnels concernés

Qu'il s'agisse de ce personnel particulièrement spécialisé ou de celui destiné à des activités de sécurité protection et/ou de déontologie moins spécifiques ou plus généralistes, leur intervention et les conditions dans lesquelles ils exercent conjointement leur activité a pour conséquence d'impliquer, outre leur responsabilité pénale et civile personnelle, celle de leur employeur ou mandants.

Les membres des services de sécurité /protection, d'inspection et de déontologie d'une entreprise ne disposent, quel que soit leur rang voire leur expérience passée, ni des pouvoirs, ni des facultés d'autorité discrétionnaires réservés au Ministère Public, aux Officiers et Agents de Police Judiciaire, ou même à certains agents de services publics administratifs.

Leur domaine d'action peut certes concerner tout fait, imputable à un ou plusieurs salariés, susceptible par sa gravité de mettre directement ou indirectement en péril tout ou partie du fonctionnement normal de l'entreprise, mais il existe de fortes limites aux recherches tolérées au regard des obligations ponctuelles de son contrat de travail identifiables au demeurant, sans recours à des moyens spécifiques, par sa hiérarchie et la direction des ressources humaines.

Les dispositions de l'article 122-4 du Code Pénal, qui n'excluaient pas l'appel de la responsabilité civile, ne sont notamment pas applicables aux collaborateurs de l'entreprise en charge de sa protection, de sa sécurité et de sa surveillance (« N'est pénalement pas responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal »).

C. Périmètre d'action

Leur périmètre d'action est celui de l'entreprise (en cela le siège, ses établissements secondaires ses magasins et entrepôts) dont les murs d'enceinte marquent indiscutablement la limite.

La restriction territoriale qui enferme leur action à l'égard des tiers à l'entreprise (surveillance et contrôles clients, fournisseurs, tiers divers) devient, encore plus contraignante lorsqu'elle s'adresse à ses salariés à la rencontre de dispositions pénales et sociales souvent imbriquées.

Ce qui intervient à l'extérieur de l'entreprise, quand bien même cela concernerait son fonctionnement intérieur, constitue le territoire réservé de l'autorité Judiciaire et de Police.

Ce n'est qu'à titre exceptionnel que l'article 613-1 du Code de la Sécurité Intérieure envisage, sous réserve de l'autorisation d'un représentant de l'Etat ou à Paris de la Préfecture de Police, l'exercice par un salarié sur la voie publique de missions même itinérantes de surveillance contre les vols, les dégradations et effractions visant les biens dont ils ont la garde.

Le manquement à l'obtention de cette autorisation, quel qu'en soit l'auteur (salarié, employeur, délégant), est d'ailleurs puni d'une peine de deux années d'emprisonnement et de 30.000 € d'amende

(L 617-11 du Code de la Sécurité Intérieure), peines d'ailleurs identiques à celles qui répriment l'emploi d'une personne non titulaire de la carte professionnelle requise par ce Code.

D. Les moyens d'action en amont interdits ou très limités

La force coercitive (ou sa menace) est interdite aux services internes d'Inspection et de déontologie à quelque stade que se situe leur action.

La force physique est également indubitablement interdite, quel qu'en soit le geste sauf si, mesuré et proportionnel, il correspond à un acte de légitime défense et répond à une agression spontanée.

La nuance apportée en la circonstance est prévue par l'article 122-5 et suivants du Code Pénal puisque cette disposition concerne la légitime défense de soi-même mais également d'autrui ou pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, voire sa menace sans que les moyens employés soient disproportionnés avec la gravité de cette menace ; par exemple, pour repousser de nuit l'entrée par effraction avec violence ou par ruse d'un lieu habité ou se défendre contre les auteurs de vol ou de pillage exécutés avec violence.

La réponse à une provocation physique, si elle ne s'inscrit pas dans un acte de légitime défense, n'éloigne pas son auteur de sa responsabilité pénale. Elle ne s'inscrira in fine que comme une circonstance atténuante à l'instant de la fixation de la peine.

Le port d'une arme affecté d'abord à la dissuasion n'est réservé pour l'essentiel qu'aux formes de contrôle et de surveillance restrictivement déterminées par les dispositions de l'article 611-1 du Code de la Sécurité Intérieure (article L 611-1 1° et 2°).

La nécessité prétendue de la protection de la personne incriminée par des moyens coercitifs l'est tout autant, sauf si elle répond aux prescriptions de l'article 223-6 du Code Pénal (non-assistance à personne en danger).

La rétention de qui que ce soit, hors le cas de flagrance, est susceptible d'incriminer ses auteurs et complices avérés aux prescriptions particulièrement lourdes (peines criminelles) des articles 224-1 et suivants du Code Pénal (arrestation et séquestration illégales). Sa mise en place au cours d'une enquête, assimilable à une garde à vue, n'est même pas envisageable.

L'exception ténue à cette règle est fixée par les dispositions de l'article 73 du Code de Procédure pénale et par son appréhension par la jurisprudence laquelle, au demeurant, ne l'a jamais assimilée à un acte de légitime défense. Elle ne concernait à l'origine que l'appréhension de l'auteur d'une infraction flagrante et les conditions de son transport devant l'Officier de Police Judiciaire le plus proche.

La jurisprudence a d'abord exigé l'existence du constat de la flagrance du délit ou du crime.

Elle a exclu le contrôle ponctuel ou systématique d'agents chargés d'une mission de surveillance pour s'assurer qu'un individu n'avait pas commis d'infraction dès lors qu'il n'apparaissait pas qu'il soit intervenu en état de flagrance ou parce qu'un fait quelconque avait attiré son attention ou permettait de suspecter un comportement délictueux.

Elle a par suite défini les conditions de la force utilisée à l'occasion de cette arrestation laquelle doit rester « nécessaire et proportionnée » (Cassation 13 avril 2005).

Le comportement de celui qui a procédé à cette arrestation et transport est regardé comme ayant prêté son concours à un service de police puisque l'enquête de flagrance prévue par les articles 54 et suivants du Code de Procédure pénale n'est déclenchée que par la conduite de l'auteur de l'infraction devant l'Officier de Police Judiciaire.

S'agissant des conditions du transport de la personne arrêtée, voire de sa rétention dans l'attente de l'arrivée de l'Officier de Police Judiciaire la jurisprudence a estimé qu'elle devait se situer dans « les meilleurs délais permis par les circonstances » (Cassation, chambre Criminelle du 1er octobre1979).

L'équivalence d'une perquisition (accès à un lieu tenu pour privé, quand bien même il se situerait à l'intérieur de l'entreprise) ou d'une saisie n'est pas ouverte aux services d'Inspection et de déontologie.

La fouille, assimilable à la perquisition (il est rappelé à cet égard que dans le cadre d'une enquête préliminaire les dispositions du Code de Procédure Pénale, article 76, interdisent cette mesure aux Officiers de Police Judiciaire sans l'accord de celui à qui elle s'applique) est strictement règlementée.

Elle n'est réservée qu'aux personnes physiques exerçant l'activité mentionnée au 1° de l'article L 611-1.

Si ces inspecteurs peuvent (comme pour les tiers à l'entreprise) procéder à l'inspection visuelle des bagages des salariés, ils ne peuvent, à l'instar des dispositions de l'article 76 du Code de Procédure Pénale, procéder à leur fouille qu'avec le consentement de leur propriétaire.

Les palpations de sécurité, au demeurant par personnes de même sexe, ne leur sont permises qu'en cas de circonstances particulières liées à l'existence de menaces graves pour la sécurité publique et constatées par un arrêté du représentant de l'Etat dans le département ou à Paris par le Préfet de Police. Ce qui signifie clairement la rareté de leur mise en œuvre.

E. Les moyens d'action en aval permis si maîtrisés

Indiscutablement privés de ces moyens coercitifs d'action ou limités dans leur mise en œuvre, les services de sécurité internes, comme ceux plus spécifiquement attachés à l'inspection générale de l'entreprise ou à la direction de déontologie, n'en demeurent pas moins en position de procéder à des investigations permettant la détection de faits susceptibles de mettre en péril, notamment du fait d'actions de salariés, le fonctionnement normal de l'entreprise.

Limitées en amont par la restriction des moyens mis à sa disposition pour parvenir à la détermination et à la démonstration d'un fait nuisible au fonctionnement normal de l'entreprise, l'action et l'étendue des investigations demeurant à la portée de ces services restent confrontées à une double exigence en aval :

- celle des dispositions également restrictives du Droit du travail et du respect à cette occasion de la vie privée du salarié,
- celle, enfin, de l'issue légale de son investigation interne dès lors qu'elle a permis la détermination d'un fait de flagrance ou susceptible d'obliger l'action publique ou caractérisant la faute du ou des salariés concernés.

Les sources constitutives de cette action correspondent :

- à tout élément d'information quel qu'en soit la nature et l'origine dont l'entreprise est propriétaire ou détentrice de bonne foi,
- au contenu de courriels de salariés qui ne les ont pas identifiés comme personnels,
- aux contenus et conclusions d'audits ou d'expertises concernant les conditions de fonctionnement de l'entreprise et de ses services, ouverts à toute opportunité, lesquels permettront de premières interrogations non spécifiquement ciblées,
- aux rapports des services de sécurité interne,
- mais également à toute information externe provenant, sous quelque forme que ce soit, de tiers à l'entreprise voire même du ou des salariés qui les auraient publiquement permises (internet réseaux sociaux etc…) ou auraient en tout cas laissé leur divulgation se situer hors la confidentialité.

La multiplicité de ces sources et leur indispensable vérification pour assurer la fiabilité des informations et éviter le recours, in fine, du ou des salariés à l'encontre de ceux qu'ils tiendraient pour les avoir calomnieusement dénoncés au sens de l'article 226-10 du Code Pénal, doit en outre passer les filets du filtre social auquel s'ajoute de manière indissociable l'obligation du respect de la vie privée du salarié (outre les dispositions de la CESDH, celles de l'article 9 du Code civil).

III. La limite sociale

Le cadre social des moyens de contrôle et de sécurité des entreprises est très dense et présente des complexités qu'il faut savoir mesurer.

A. Le cadre général du pouvoir de direction du chef d'entreprise

L'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail.

1. Respect des droits et libertés des salariés

Tout système de surveillance des salariés ne peut apporter aux droits des salariés et à leurs libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché (Code du travail art. L1121-1).

2. Respect de la vie privée et exigence de loyauté envers les salariés

Quel que soit le dispositif de contrôle, il ne doit pas porter atteinte à la vie privée des salariés (Code civil art. 9) et sa mise en œuvre doit être loyale.

Le non-respect des règles de mise en place des dispositifs de contrôle ne permet pas de recueillir un moyen de preuve licite et d'établir la faute du salarié (Cassation chambre sociale du 4 juillet 2012, n° 11-30266 et du 20 novembre 1991, n° 88-43120).

3. Protection des données à caractère personnel

Si le contrôle mis en place consiste en un traitement automatisé de données personnelles, il doit, le cas échéant, faire l'objet d'une déclaration de fichier à la CNIL, sauf si, pour certains traitements, un correspondant informatique et liberté a été désigné. Selon les cas, une autorisation préalable de la CNIL est nécessaire.

B. L'indispensable édiction préalable de règles

Pour mieux asseoir les actions de contrôle et accompagner la vague du « socialement responsable », un grand nombre de sociétés ou de groupe de sociétés ont mis en place des chartes ou des codes d'éthique et/ou de déontologie.

1. Le code ou la charte de déontologie

Le corpus de la charte ou du code de déontologie mis en place au sein des sociétés ou de groupes de sociétés est généralement accompagné des règles relatives au contrôle et à la surveillance des salariés en ce qui concerne son application en interne.

Autant de sociétés concernées, autant de finalités recherchées, tant en ce qui concerne l'éthique (respect des valeurs) que la déontologie (respects des règles) mais seule l'efficacité des dispositifs mis en place permettra un renforcement de la communauté de travail et une cohérence dans la gestion des ressources humaines.

Dès lors, pour donner toute sa force à la charte ou au code mis en place, les dispositifs retenus devront être **obligatoirement intégrés au règlement intérieur des entreprises** concernées afin de rendre leur non observation passible de sanctions.

2. Le règlement intérieur

Les dispositifs de contrôle constituant des règles générales et permanentes relatives à la discipline et susceptibles de donner lieu à des sanctions sont à inscrire dans le règlement intérieur (DGT 2008-22 du 19 novembre 2008). De ce fait, les règles relatives à l'utilisation de l'informatique et les contrôles mis en place pour en assurer le respect sont à inscrire dans le règlement intérieur (ou un document qui lui est annexé comme, par exemple, une charte informatique) dans la mesure où leur non-respect peut entraîner des sanctions disciplinaires (Cassation chambre sociale du 26 juin 2012 n° 11-15310).

3. La consultation des représentants du personnel et l'information des salariés

a) Consultation des représentants du personnel

Les représentants du personnel doivent être consultés sur les moyens ou techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés, préalablement à la décision de sa mise en œuvre (Code du travail art. L2323-32).

L'obligation s'applique y compris si le traitement en cause échappe à l'obligation déclarative auprès de la CNIL car il ne contient pas de données personnelles (Cassation chambre sociale du 19 mars 2008, n° 06-42284).

Le cas échéant, le CHSCT doit être informé et consulté sur les matières relevant de sa compétence (Code du travail art. L4612-8) avant le Comité d'entreprise (circ. DRT 93-15 du 25 mars 1993).

b) Information des salariés

Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance (Code du travail art. L1222-4).

Concernant l'utilisation des réseaux de communications électroniques, les salariés doivent être informés de manière claire et complète, par le responsable du traitement ou son représentant, de la finalité de toute action tendant à accéder par voie de transmission électronique à des informations stockées dans leur équipement terminal de connexion, ou à inscrire, par la même voie, des informations dans celui-ci et des moyens dont ils disposent pour s'y opposer (loi 78-17 du 6 janvier 1978, art. 37),

A ce titre, la mise en place d'une charte informatique permet d'informer les salariés sur les conditions et modalités d'utilisation et de contrôle, les restrictions d'utilisation et les procédures disciplinaires susceptibles d'être engagées (Guide pour les employeurs et les salariés, CNIL 2010).

En revanche, la simple surveillance d'un salarié sur les lieux du travail, par son supérieur hiérarchique, est possible sans information préalable du salarié (Cassation, chambre sociale du 26 avril 2006, n° 04-43582).

Les traces informatiques, coordonnées de connexions, n'ayant pas fait l'objet d'un effacement volontaire par le salarié et restant dans la mémoire du serveur de l'entreprise bénéficient, comme les connexions intranet, d'une présomption de connexion professionnelle, sauf si à l'instant de leur constat les paramètres de connexion les rattachent à l'usage personnel du salarié par le biais d'une connexion par un serveur personnel.

C. Les domaines d'utilisation des moyens spécifiques de contrôle

1. Contrôle des accès et circulation des salariés dans l'entreprise

L'enregistrement du temps de travail, qui exige de connaître les heures d'arrivée et de départ des salariés, peut être effectué par pointage à l'aide d'un badge électronique ou non.

Le système d'enregistrement automatique permettant le décompte des heures de travail effectuées par chaque salarié doit être fiable et infalsifiable (Code du travail art. L3171-4).

En cas d'utilisation d'un dispositif biométrique, celui-ci doit être soumis à l'autorisation de la CNIL qui en encadre les modalités mais les dispositifs les plus courants relèvent d'une déclaration simplifiée (Délibération CNIL 2006-101 du 27 avril 2006/Délib. CNIL 2006-102 du 27 avril 2006/Délib. CNIL 2009-316 du 17 mai 2009, JO du 21).

Le salarié peut refuser d'utiliser la badgeuse mise en place si le système utilisé n'a pas été déclaré à la CNIL (Cassation chambre sociale du 6 avril 2004, n° 01-45227).

2. Contrôle de l'utilisation des matériels informatiques de l'entreprise

a) L'usage raisonnable à titre privé du matériel informatique professionnel est toléré

La CNIL considère que toute interdiction absolue d'utilisation à des fins non professionnelles de l'ordinateur, de la messagerie électronique et d'internet est excessive et qu'un usage raisonnable doit être admis (Rapports CNIL du 28 mars 2001 et du 5 février 2002).

Toutefois, il est possible de contrôler l'utilisation de la messagerie pour des raisons de sécurité, de prévention ou de contrôle de l'encombrement du réseau.

Même en l'absence de règles écrites, le salarié peut être sanctionné mais l'employeur doit être en mesure de prouver que le travail a été affecté par un usage abusif de l'ordinateur, ou que les fichiers en cause sont illicites (Cassation chambre sociale du 8 décembre 2009, n° 08-42097/Cass. soc. 16 mai 2007, n° 05-43455).

Quant aux connexions internet effectuées pendant le temps de travail grâce à l'ordinateur mis à la disposition du salarié, elles sont présumées professionnelles et peuvent être contrôlées en l'absence du salarié et sans information préalable (Cassation chambre sociale du 9 juillet 2008 n° 06-45800 et du 9 février 2010 n°08-452-53).

b) Distinction entre mails/fichiers personnels et mails/fichiers professionnels

Un message envoyé ou reçu depuis le poste de travail mis à disposition par l'employeur revêt un caractère professionnel, sauf s'il est identifié comme étant personnel (Cassation chambre sociale du 2 octobre 2001, n° 99-42942 et du 30 mai 2007, n° 05-43102).

Les dossiers et fichiers présents sur l'ordinateur professionnel des salariés et les documents qu'ils détiennent dans leur bureau ont nécessairement un caractère professionnel quand ils ne les ont pas identifiés comme personnels (Cassation chambre sociale du 8 décembre 2009, n° 08-44840 et du 15 décembre 2009, n° 07-44264, du 21 octobre 2009, n° 07-43877, du 10 mai 2012, n° 11-13884).

La dénomination donnée par un salarié au disque dur de son ordinateur professionnel ne peut conférer un caractère personnel à l'intégralité des données qu'il contient (Cassation chambre sociale du 4 juillet 2012, n° 11-12502).

Un salarié ne peut pas empêcher volontairement son employeur d'accéder à son ordinateur par un procédé de cryptage (Cassation chambre sociale du 18 octobre 2006, n° 04-48025).

c) Mails personnels protégés par le secret des correspondances et fichiers personnels

Le salarié a droit, y compris au temps et au lieu de travail, au respect de sa vie privée, ce qui implique le secret des correspondances en ce qui concerne ses mails (Cassation chambre sociale du 2 octobre 2001, n° 99-42942).

Dès lors, l'employeur ne peut prendre connaissance des messages personnels émis et reçus par le salarié grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même si l'utilisation non professionnelle de l'ordinateur avait été interdite (Cassation chambre sociale du 12 octobre 2004, n° 02-40392).

Toutefois, il est possible de demander au juge l'intervention d'un huissier pour accéder aux données contenues dans l'ordinateur mis à la disposition d'un salarié dès lors que la mesure procède d'un motif légitime ou est nécessaire à la protection des droits de l'employeur (art. 145 du code de procédure civile, Cassation chambre sociale du 23 mai 2007, n° 05-17818 et du 10 juin 2008, n° 06-19229).

En ce qui concerne les fichiers personnels, l'employeur peut y accéder en présence du salarié concerné ou après l'avoir dûment appelé sauf existence d'un risque ou d'un événement particulier qui le justifie (Cassation chambre sociale du 17 mai 2005 n° 03-40017).

En l'absence d'un risque ou d'un événement particulier, cette possibilité ainsi que les modalités principales d'information du salarié doivent être prévues par le règlement intérieur (CNIL, 26e rapport d'activité).

d) Mails/Fichiers professionnels et accès de l'employeur

Les mails qui ne sont pas identifiés par le salarié comme étant personnels et qui sont dans sa messagerie professionnelle, sans signe distinctif, peuvent être régulièrement ouverts par l'employeur même en l'absence du salarié (Cassation chambre sociale du 18 octobre 2011, n° 10-26782 et du 26 juin 2012, n° 11-15310).

De même, l'employeur a légitimement accès aux dossiers, fichiers ou documents professionnels, sans qu'il soit nécessaire que le salarié concerné soit présent (Cassation chambre sociale du 18 octobre 2006, n° 04-48025 et 04-47400, du 21 octobre 2009, n° 07-43877 et du 15 décembre 2009, n° 07-44264).

Le règlement intérieur de l'entreprise peut contenir des dispositions restreignant le pouvoir de consultation de l'employeur que ce dernier doit alors respecter (Cassation chambre sociale du 26 juin 2012, n° 11-15310.

e) Preuve par Mails et Fichiers

L'employeur peut s'appuyer sur un mail du salarié pour établir sa faute à condition de l'avoir obtenu de façon licite et loyale (Code de procédure civile art. 9).

Quant aux fichiers, l'employeur doit les avoir obtenus par un moyen licite et loyal et le salarié en cause doit être identifié comme étant la personne qui a créé les fichiers (Cassation chambre sociale du 18 octobre 2006, n° 04-47400, du 2 octobre 2001, n° 99-42942 et du 17 mai 2005, n° 03-40017).

Toutefois, si l'employeur peut toujours consulter les fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, il ne peut pas les utiliser pour le sanctionner s'ils s'avèrent relever de sa vie privée (Cassation chambre sociale du 5 juillet 2011, n° 10-17284).

3. Contrôle de l'utilisation des outils téléphoniques de l'entreprise

Les téléphones fixes ou mobiles mis à la disposition des salariés sont des outils pour l'exécution du travail.

L'employeur ne peut interdire toute utilisation du téléphone à des fins non professionnelles car elle constituerait une interdiction disproportionnée mais elle doit demeurer raisonnable et ne pas être préjudiciable à l'employeur (Délibération CNIL 2005-19 du 3 février 2005/CNIL 2010 Guide employeurs/ salariés).

a) Garanties et respect de la loi informatique et libertés

Une surveillance peut être mise en place pour s'assurer du caractère non abusif de l'utilisation à titre privé du téléphone par les salariés mais le contrôle doit être pertinent, non excessif et strictement nécessaire à l'objectif poursuivi, la vie privée des salariés devant être respectée même au temps et au lieu de travail (Cassation chambre sociale du 21 octobre 2001, n° 99-42942).

L'employeur qui met à la disposition de ses salariés une ligne téléphonique peut avoir à gérer des données personnelles dont il doit assurer également la protection.

b) Utilisation des relevés d'appel et retenue sur salaire

L'employeur peut demander à l'opérateur de téléphonie de recevoir une facturation détaillée et éditer à partir d'un autocommutateur la liste des numéros appelés par les salariés (sauf quatre derniers chiffres).

L'employeur peut accéder à l'intégralité des numéros s'il constate l'utilisation manifestement anormale d'un téléphone au regard de l'utilisation moyenne constatée dans son entreprise (Délibération CNIL 2005-19 du 3 février 2005).

La vérification des relevés de la durée, du coût et des numéros des appels passés de chaque poste, édités au moyen d'un autocommutateur, peut être faite sans information préalable des salariés car ces données ne constituent pas des informations personnelles (Cassation chambre sociale du 29 janvier 2008, n° 06-45279/Cass. soc. 15 mai 2001, n° 99-42937).

Il est possible de convenir entre l'entreprise et le salarié la retenue du coût de communications téléphoniques personnelles excédant le forfait et de recouvrer la créance par les voies du droit commun (Cassation chambre sociale du 18 février 2003, n° 00-45931).

c) Utilisation des écoutes téléphoniques et SMS

Un dispositif d'écoute doit avoir été préalablement porté à la connaissance des salariés pour qu'il puisse être utilisé comme mode de preuve (Cassation chambre sociale du 14 mars 2000, n° 98-42090).

La pièce produite par un employeur contenant le témoignage d'un tiers à l'entreprise ayant entendu à l'insu du salarié une conversation téléphonique entre ce salarié et son interlocuteur n'a pas été admise comme mode de preuve (Cassation chambre sociale du 16 mars 2011, n° 09-43204).

S'il procède à des écoutes des conversations téléphoniques des salariés sans les en avoir informés préalablement, l'employeur est condamnable au pénal (code pénal art. 226-1 et 226-15).

Le SMS peut être utilisé devant un juge, sans information préalable du salarié, car son auteur ne peut pas ignorer qu'il est enregistré sur le téléphone portable de son interlocuteur (Cassation chambre sociale du 23 mai 2007, n° 06-43209).

Le SMS laissé par le salarié sur le téléphone portable professionnel d'un collègue, envoyé aux temps et lieu du travail et qui est en rapport avec son activité professionnelle, n'est pas privé et non couvert par le secret des correspondances (Cassation chambre sociale du 28 septembre 2011, n° 10-16995).

d) Les Représentants du personnel

Concernant les représentants du personnel, ils doivent disposer d'un matériel excluant l'interception de leurs communications téléphoniques et l'identification de leurs correspondants et l'employeur ne peut prendre connaissance des relevés téléphoniques (Cass. soc. 6 avril 2004, n° 02-40498/Cass. soc. 4 avril 2012, n° 10-20845).

D. Les moyens de contrôle spécifiques des activités et comportements des salariés

1. La vidéosurveillance des entreprises ouvertes au public

L'installation de la vidéoprotection dans des lieux et établissements ouverts au public est soumise à l'obtention d'une autorisation préfectorale prise après avis d'une commission départementale, présidée par un magistrat judiciaire (code sécurité intérieure art. L. 251-1 et s.).

Les dispositifs qui permettent « par eux-mêmes » l'identification des personnes physiques doivent être soumis à la CNIL avant leur installation (CE, avis du 24 mai 2011).

2. La vidéosurveillance des entreprises non ouvertes au public

Le recours à une telle pratique dans le seul but de contrôler l'activité professionnelle des salariés n'est pas possible, l'entreprise doit justifier d'un intérêt légitime (Guide pratique pour les employeurs, CNIL 2010).

L'utilisation de caméras doit être, en effet, justifiée par un intérêt légitime prépondérant qui peut être caractérisé par l'existence de risques particuliers de vols, la surveillance d'un poste de travail particulièrement dangereux ou la mise en place d'une protection spéciale résultant d'une obligation de secret défense (CNIL, 31e rapport annuel).

Le déploiement d'un dispositif de surveillance, même pour un impératif de sécurité, ne doit pas conduire à une mise sous surveillance généralisée et permanente du personnel, notamment dans les lieux où il n'existe pas de risque de vol (Délibération CNIL 2009-201 du 16 avril 2009, 2010-112 du 22 avril 2010/Délib. CNIL 2011-036 du 16 décembre 2011 et CNIL 2012-475 du 3 janvier 2013).

Toutefois, l'employeur ne peut mettre en place un système de vidéosurveillance que s'il respecte les libertés individuelles et la vie privée des salariés, a préalablement consulté les représentants du personnel et informé les personnes concernées en prévoyant un droit d'accès aux enregistrements visuels les concernant (Cass. soc. 7 juin 2006, n° 04-43866).

Dans les locaux où les salariés ne travaillent pas, l'employeur est libre de mettre en place un procédé de surveillance et d'utiliser les enregistrements vidéo comme moyen de preuve (Cass. soc. 31 janvier 2001, n° 98-44290).

Un système de vidéoprotection utilisé dans des locaux non ouverts au public constitue un traitement automatisé de données à caractère personnel soumis à la loi « informatique et libertés » (loi 78-17 du 6 janvier 1978) à deux conditions cumulatives : que les images soient enregistrées et que le responsable du traitement ou les agents ayant accès aux enregistrements ou ayant vocation à y accéder soient en mesure, par les moyens dont ils disposent normalement, d'identifier les personnes filmées. L'identification des personnes est considérée comme possible dès lors que le système est mis en œuvre dans des lieux habituellement fréquentés par des personnes dont une partie significative est connue du responsable du système de vidéoprotection ou des personnes ayant vocation à visionner les images enregistrées (avis du Conseil d'Etat du 24 mai 2011 et circulaire du 14 septembre 2011.

3. La géolocalisation

La géolocalisation permet aux employeurs de prendre connaissance de la position géographique, à un instant donné ou en continu, des salariés par la localisation d'objets dont ils ont l'usage (badge, téléphone mobile) ou des véhicules qui leur sont confiés.

Mais la géolocalisation doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché et elle ne peut être utilisée, par l'employeur, pour d'autres finalités que celles qui ont été déclarées à la CNIL et dont a été informé le salarié (Cassation chambre sociale du 3 novembre 2011, n°10-18036).

L'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail d'un salarié n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen. Elle n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail (Cassation chambre sociale du 3 novembre 2011, n°10-18036).

La géolocalisation, portant sur des données à caractère personnel, dans la mesure où elle permet de connaître les déplacements d'un salarié, relève de la loi Informatique et libertés (loi 78-17 du 6 janvier 1978, JO du 7).

Un dispositif permettant la géolocalisation des salariés via leur véhicule est un traitement automatisé de données à caractère personnel que l'employeur doit déclarer à la CNIL, préalablement à sa mise en œuvre, mais il peut bénéficier de la procédure de déclaration simplifiée (Délibération CNIL 2006-66 et 2006-67 du 16 mars 2006, JO du 3 mai).

4. Fouille des personnes, des vestiaires et des armoires individuelles

a) Fouille des personnes

La fouille des personnes, pour des raisons de sécurité ou pour la recherche d'objets volés, doit être effectuée en respectant une décence élémentaire et en privilégiant l'utilisation d'appareils de détection (circulaire DRT 1983-5 du 15 mars 1983).

En cas de circonstances exceptionnelles en termes de sécurité, après un attentat ou une alerte à la bombe, l'entreprise peut exiger, à titre temporaire, après consultation du CE et du CHSCT et information du personnel par note, l'ouverture des sacs devant les agents de sécurité, (Cassation chambre sociale du 3 avril 2001, n° 98-45818).

La fouille pour recherche d'objets volés relève normalement de la seule compétence des officiers de police judiciaire mais l'employeur peut organiser une fouille des sacs des salariés dans un contexte de disparitions renouvelées et rapprochées d'objets ou de matériels appartenant à l'entreprise.

Toutefois, sauf circonstances exceptionnelles, on ne peut ouvrir les sacs appartenant aux salariés pour en vérifier le contenu, qu'avec leur accord et après les avoir avertis de leur droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin (Cassation chambre sociale du 11 février 2009, n° 07-42068/Circulaire DRT 1983-5 du 15 mars 1983).

Si le salarié refuse que son sac soit contrôlé, l'employeur peut faire appel à un officier de police judiciaire mais il ne peut pas le retenir en attendant l'arrivée de cet officier sauf en cas de flagrant délit (Code procédure pénale art. 73 et code pénal art. 311-3).

Le règlement intérieur peut prévoir l'éventualité d'une ouverture des sacs des salariés pour rechercher des objets volés s'il précise que le salarié doit être averti de son droit de s'opposer à un tel contrôle et d'exiger la présence d'un témoin et que ce contrôle sera effectué dans des conditions préservant la dignité et l'intimité de la personne (Cassation chambre sociale du 8 mars 2005, n° 02-47123/ Circ. DRT 1983-5 du 15 mars 1983/CE 11 juillet 1990, n° 86022/CE 26 novembre 1990, n° 96565/ Cassation chambre sociale du 2 mars 2011 n° 09-68546).

b) Fouille des armoires individuelles et des vestiaires

L'employeur ne peut procéder à l'ouverture de l'armoire individuelle d'un salarié que dans les cas et aux conditions prévues par le règlement intérieur.

La fouille doit être justifiée par un risque ou un événement particulier, en présence de l'intéressé qui peut exiger la présence d'un témoin ou une fois l'intéressé prévenu (Cassation chambre sociale du 11 décembre 2001, n° 99-43030/CE 22 avril 1988, n° 72908, CE 26 novembre 1990, n° 95565).

S'agissant de vestiaires non identifiés, leur ouverture est licite si le salarié a été personnellement avisé par affichage sur son propre vestiaire de la date d'ouverture de tout vestiaire ni identifié ni revendiqué et si l'ouverture a lieu, en présence d'un représentant du personnel et d'un agent de sécurité, dans les conditions prévues par le règlement intérieur ou un accord collectif (Cassation chambre sociale du 15 avril 2008, n° 06-45902).

Toutefois, on peut procéder à l'ouverture du coffre individuel du salarié, affecté à un usage exclusivement professionnel, comme cela est prévu par le règlement intérieur, même en l'absence du salarié et en dehors de son information préalable quand il s'agit de coffres permettant le dépôt, par chaque salarié, de fonds de caisse (Cassation chambre sociale du 21 octobre 2008, n° 07-41513).

5. Contrôle d'alcoolémie (toxicomanie)

Les dispositions d'un règlement intérieur permettant d'établir sur le lieu de travail l'état d'ébriété d'un salarié en recourant à un contrôle de son alcoolémie sont licites.

Les modalités de ce contrôle doivent permettre la contestation et il doit s'agir d'éviter, compte tenu de la nature du travail confié au salarié, que son état d'ébriété puisse exposer les personnes ou les biens à un danger (Cassation chambre sociale du 22 mai 2002, n° 99-45878 et du 24 février 2004, n° 01-47000).

6. Contrôle des courriers et documents

Aucune disposition législative ou réglementaire n'autorise ou n'interdit pour les salariés de recevoir du courrier personnel dans l'entreprise mais le règlement intérieur peut l'interdire.

En revanche, l'employeur ne peut pas procéder ou faire procéder à l'ouverture de ce courrier dès lors qu'il apparaît clairement que celui-ci est personnel, le règlement intérieur ne pouvant pas prévoir son ouverture en raison de la violation du principe du secret de la correspondance (Code pénal art.226-15/QE 25053, JO AN 15 novembre 1999, p. 6586).

Les enveloppes qui parviennent au lieu du travail avec les seules mentions du nom du destinataire et de l'adresse de l'entreprise, sans indication externe du caractère privé de leur contenu, sont à considérer comme professionnelles et non personnelles (Cassation chambre mixte du 18 mai 2007, n°

05-40803/Cassation chambre criminelle du 16 janvier 1992, n° 88-85609 et du16 mars 2004, n° 03-82261).

Les documents que le salarié détient dans le bureau mis à sa disposition sont présumés avoir un caractère professionnel sauf s'il les a identifiés comme étant personnels (Cassation chambre sociale du 18 octobre 2006, n° 04-47400).

L'employeur a accès à ces documents professionnels sans qu'il soit nécessaire que le salarié concerné soit présent et peut s'en servir pour prouver une faute du salarié.

À l'inverse, si le salarié a identifié comme personnels les documents qu'il détient, l'employeur n'y a accès que si le salarié est présent ou, du moins, a été appelé.

7. Les constats d'huissier, expertises et détectives privés

a) Recours à un détective privé ou à une filature

Un employeur ne peut pas recourir aux services d'un détective privé pour recueillir la preuve de la faute d'un de ses salariés sans l'en avoir préalablement informé (Cassation chambre sociale du23 novembre 2005, n° 03-41401).

Il ne peut pas organiser la filature d'un salarié dans la mesure où un tel procédé implique nécessairement une atteinte à la vie privée, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'entreprise (Cassation chambre sociale du 26 novembre 2002, n° 00-42401).

b) Recours à un huissier

On peut faire appel à un huissier pour qu'il constate la faute d'un salarié mais de manière non frauduleuse et loyale (Cassation chambre sociale du 5 juillet 1995, n° 92-40050).

Il doit faire des constatations purement matérielles dans un lieu ouvert au public et procéder à d'éventuelles auditions afin d'éclairer ses constatations mais sans recourir à un stratagème pour confondre le salarié (Cassation chambre sociale du 19 janvier 2005, n° 02-44082, du 6 décembre 2007, n° 06-43392 et du 18 mars 2008, n° 06-40852).

Toutefois, le constat d'huissier ne constituant pas un procédé clandestin de surveillance des salariés, il n'est pas nécessaire de procéder à l'information préalable du salarié (CE 7 juin 2000, n° 191828, Cassation chambre sociale du 10 octobre 2007, n° 05-45898).

IV. Le terme de l'investigation, les suites possibles

Ces filtres d'investigation passés, l'action des services d'Inspection et de surveillance peut aboutir à un triple constat :

- Elle a permis de constituer l'évidence d'une faute grave ou lourde du salarié au regard des obligations de résultat spécifiques de son contrat de travail,
- Elle permet de caractériser la flagrance d'un délit commis par le salarié qui cause préjudice direct au fonctionnement normal de l'entreprise,
- Elle a permis la collecte d'éléments à charge caractérisant et qualifiant de manière avérée ou vraisemblable une infraction qui se poursuit ou qui se situe dans le délai de sa prescription et qui crée un préjudice direct à l'entreprise.

Dans ces trois cas, outre la faculté qui lui est offerte de saisir le Ministère Public ou un Officier de Police Judiciaire, l'entreprise dispose des moyens de droit social permettant, cette fois, à sa direction des ressources humaines de prendre les mesures conservatoires éloignant immédiatement le ou les salariés de l'entreprise et d'engager dans le strict respect de la loi la procédure de licenciement.

Si une audition organisée sous la responsabilité de la direction des ressources humaines reste possible à ce stade, un interrogatoire apparaît comme totalement interdit.

Dans le deuxième et le troisième cas elle doit conduire l'entreprise :

- si l'infraction se situe en flagrance, à la saisine **immédiate** de l'autorité de Police qualifiée, en lui transmettant à cette occasion la poursuite de son action avec, à cet instant, l'opportunité de toute mesure coercitive qu'il appartiendra à l'autorité d'ordonner,
- si l'infraction dont la vraisemblance de la commission est découverte n'est pas flagrante mais se situe dans le délai de sa prescription, à saisir aux meilleures conditions de rapidité et à même fins le ministère public.

Dans ces deux derniers cas l'action des services de sécurité privés ne concernera que la préservation des moyens de preuve destinés à l'Officier de Police judiciaire, au Ministère Public ou au Juge d'Instruction dont le responsable de l'entreprise aura requis l'intervention.

En tout état de cause, il convient de limiter les interventions à des constatations formelles ou fortuites et d'éviter tout dispositif d'investigation dépassant ce cadre.