

Grande Chambre

Arrêt du 5 septembre 2017

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Nathanaël Pétermann/Michel Chavanne
Surveillance des communications privées des
travailleurs par l'employeur ; analyse de
l'arrêt de la Cour européenne des droits de
l'homme n° 61496/08, Newsletter
DroitDuTravail.ch novembre 2017

Protection de la
personnalité

Surveillance des
communications
électroniques, vie privée

Art. 8 CEDH



Surveillance des communications privées des travailleurs par l'employeur ;
analyse de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Bărbulescu c.
Roumanie* [GC], du 5 septembre 2017, n° 61496/08

Nathanaël Pétermann, Dr. en droit, avocat

Michel Chavanne, avocat, spécialiste FSA en droit du travail

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : CourEDH) rendu en composition de Grande Chambre le 5 septembre 2017 examine à quelles conditions un employeur privé peut soumettre les travailleurs à une surveillance de leurs communications sur leur lieu de travail¹.

L'examen de la CourEDH concerne tout d'abord les conditions matérielles auxquelles un employeur peut soumettre les travailleurs à une surveillance ; en d'autres termes, la CourEDH a été amenée à préciser les obligations (positives) de l'Etat de protéger le droit du requérant travailleur au respect de sa vie privée et de sa correspondance dans le cadre de ses relations de travail².

Le contrôle de la CourEDH s'est également porté sur la manière dont les tribunaux nationaux ont vérifié le respect de la proportionnalité entre les mesures de surveillance mises en place (intérêt et but légitime poursuivi par l'employeur), d'une part, et la protection du travailleur au respect de sa vie privée et de sa correspondance, d'autre part³.

¹ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], du 5 septembre 2017, requête n° 61496/08.

² CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], §§ 113 ss.

³ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], §§ 135 ss.

La CourEDH a examiné les questions évoquées sous l'angle de l'article 8 CEDH⁴ qui garantit le respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance.

II. Résumé

A. Faits et procédure

Le requérant était employé d'une entreprise commerciale de droit privé engagé comme ingénieur chargé des ventes. Dans le cadre de son activité professionnelle, il a été amené à créer à la demande de son employeur un compte de messagerie instantanée *Yahoo Messenger*.

Le règlement interne de l'entreprise prohibait l'utilisation des lignes d'internet, du téléphone ou du télécopieur pour des activités non professionnelles.

L'employeur procéda au contrôle de l'activité du requérant par l'enregistrement en temps réel de ses communications internet ainsi que du volume de son trafic de données électroniques. A cette occasion il remarqua que son employé utilisait l'internet et le service de messagerie instantanée à des fins personnelles, notamment par l'envoi de messages à son frère et à sa fiancée, au nombre desquels certains avaient un caractère intime.

L'employeur convoqua une première fois l'employé pour lui demander de s'expliquer sur le fait que son trafic de données internet était supérieur à celui de ses collègues. Le travailleur expliqua cette situation par l'utilisation de la messagerie instantanée pour répondre à des clients. Un peu moins d'une heure après ce premier entretien, l'employeur convoqua à nouveau l'employé pour lui faire part du fait que de nombreux messages échangés avaient en réalité un caractère privé et non professionnel. L'employeur produisit 45 pages de retranscription de communications privées du travailleur.

Le travailleur a été licencié en raison de ces faits.

L'affaire fut portée par l'employé devant les juridictions civiles compétentes de Roumanie en se plaignant d'un licenciement abusif et d'une violation de sa vie privée et de ses communications. Les tribunaux roumains rejetèrent l'action du travailleur au motif principal que le travailleur n'avait pas respecté le règlement d'entreprise ; son licenciement avait été prononcé valablement.

Le requérant saisit la Cour européenne des droits de l'homme le 15 décembre 2008. Par arrêt du 12 janvier 2016, la CourEDH a conclu, dans son arrêt de Chambre, par six voix contre une à la non-violation de l'article 8 CEDH.

Le requérant a demandé, en vertu de l'article 43 CEDH, le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre, laquelle a accueilli favorablement cette demande.

La CourEDH, en composition de Grande Chambre, a finalement reconnu une violation de l'article 8 CEDH par arrêt du 5 septembre 2017, objet de la présente analyse.

⁴ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101 ; CEDH), en vigueur pour la Suisse depuis le 28 novembre 1974.

B. Droit

1. Application de l'article 8 CEDH

Confirmant sa jurisprudence, la CourEDH a rappelé que la notion de « vie privée » est un concept large qui n'est pas sujet à une définition exhaustive⁵. A cet égard, il est important de mentionner que la protection de la vie privée conférée par la Convention inclut également les activités professionnelles⁶.

En ce qui concerne la notion de « correspondance », cette dernière recouvre de manière large les différents moyens de communication et s'applique non seulement au courrier mais également aux télécommunications téléphoniques et à la messagerie électronique⁷.

L'utilisation de moyens de communication depuis des locaux professionnels est donc couverte par la protection conférée par l'article 8 CEDH⁸, y compris la messagerie électronique envoyée depuis le lieu de travail.

Pour conclure à l'applicabilité de l'article 8 CEDH, la Cour a encore examiné la question de savoir si le requérant aurait valablement pu accepter la mesure de surveillance dont il s'est plaint. La CourEDH a répondu négativement à cette question aux motifs d'une part que le requérant n'avait pas été informé préalablement de « l'étendue et de la nature de la surveillance opérée par son employeur »⁹, et d'autre part que les règles restrictives adoptées par un employeur « ne peuvent pas réduire à néant l'exercice de la vie privée et sociale sur le lieu de travail. Le respect de la vie privée et de la confidentialité des communications continue à s'imposer, même si ces dernières peuvent être limitées dans la mesure du nécessaire »¹⁰.

2. Le recours à la notion d'obligations positives

La CourEDH a repris sa formule désormais célèbre selon laquelle « si l'article 8 de la Convention a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut également imposer à l'État des obligations positives inhérentes à un respect effectif des droits qu'il garantit »¹¹. L'atteinte à la vie privée du requérant, à savoir la mesure contestée de surveillance et le licenciement qui s'en est suivi

⁵ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], §70 ; *Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, requêtes n° 55480/00 et n° 59330/00, CEDH 2004-VIII, § 43).

⁶ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], §§ 71 s. ; *Fernández Martínez c. Espagne* [GC], requête n° 56030/07, CEDH 2014 (extraits), § 110 ; *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, requête n° 21722/11, CEDH 2013, §§ 165-166.

⁷ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], §§ 71 & 74 ; *Roman Zakharov c. Russie* [GC], requête n° 47143/06, CEDH 2015, § 173.

⁸ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 72 ; *Halford c. Royaume-Uni*, du 25 juin 1997, requête n° 20605/92, § 44 ; *Amann c. Suisse* [GC], du 16 février 2000, requête n° 27798/95, CEDH 2000-II, § 44.

⁹ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 78.

¹⁰ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 80.

¹¹ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 108 ; voir également à ce sujet et parmi beaucoup d'autres arrêts : *X et Y c. Pays-Bas*, du 26 mars 1985, série A n° 91, § 23 ; *Hämäläinen c. Finlande* [GC], du 16 juillet 2014, requête n° 37359/09, CEDH 2014, § 62 ; CORDULA DRÖGE, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin 2003, pp. 181 ss ; NATHANAËL PÉTERMANN, *Les Obligations positives de l'Etat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Berne 2014, pp. 31 ss, p. 45 ; FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13^e éd., Paris 2016, pp. 252 ss.

pour violation des règles internes de l'entreprise, n'a pas été prise par une autorité étatique, mais par une société commerciale de droit privé.

La surveillance des communications du requérant ne relève par conséquent pas d'une « ingérence » dans le droit de celui-ci par une autorité de l'Etat¹².

En revanche, la responsabilité de l'Etat roumain a été engagée dans la présente affaire en raison des manquements de ce dernier à « garantir au requérant la jouissance d'un droit consacré par l'article 8 de la Convention »¹³.

La technique des obligations positives permet notamment à la CourEDH d'imputer à l'Etat une violation de la Convention qui serait le fait de particuliers en mettant à la charge des autorités une obligation de protéger les droits contenus dans la Convention, et ce y compris dans les relations interindividuelles, soit en l'occurrence la protection de la vie privée et des communications¹⁴. Par ce biais, les garanties conventionnelles déploient indirectement un effet dans les relations entre particuliers¹⁵.

Malgré l'octroi d'une certaine marge d'appréciation accordée aux autorités nationales dans le choix des mesures permettant de garantir le respect de la CEDH dans les relations interindividuelles, la CourEDH dispose de la faculté de préciser la nature et l'étendue des obligations positives à charge des Etats¹⁶. Le respect des obligations positives de l'Etat peut ainsi prendre plusieurs formes, dont notamment l'adoption d'un cadre normatif – de droit civil, pénal ou administratif – à même de protéger efficacement les droits garantis par la Convention.

3. L'obligation des Etats de protéger le droit au respect de la vie privée et de la correspondance dans les relations interindividuelles

La CourEDH s'est adonnée à un exercice de droit comparé européen pour arriver à la conclusion qu'il n'existe pas de consensus sur la manière de réglementer l'exercice du droit au respect de la vie privée des employés sur le lieu de travail¹⁷, raison pour laquelle les Etats disposent d'une « marge d'appréciation étendue pour évaluer la nécessité d'adopter un cadre juridique régissant les conditions dans lesquelles un employeur peut adopter une politique encadrant les communications non professionnelles, électroniques ou autres, de ses employés sur leur lieu de travail »¹⁸.

¹² CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 109.

¹³ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 110 et les arrêts cités.

¹⁴ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], §§ 113 ss.

¹⁵ Sur la notion d'effet horizontal (*Drittwirkung*) des garanties conventionnelles, voir par exemple : CourEDH, *Söderman c. Suède* [GC], du 12 novembre 2013, requête n° 5786/08, CEDH 2013, §§ 78-85 ; voir parmi beaucoup d'autres : DEAN SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Collection « Droit et Justice » 1995 ; NATHANAËL PÉTERMANN, *op. cit.*, p. 80 ; FRÉDÉRIC SUDRE, *op. cit.*, p. 257.

¹⁶ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 114 ; CORDULA DRÖGE, *op. cit.*, p. 356 ; NATHANAËL PÉTERMANN, *op. cit.*, pp. 136 ss ; FRÉDÉRIC SUDRE, *op. cit.*, p.218.

¹⁷ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], §§ 52 et 118.

¹⁸ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 119.

C'est par conséquent par voie purement jurisprudentielle que la CourEDH a arrêté six principes directeurs qui doivent guider les autorités nationales dans l'application de leur obligation de protéger la vie privée des employés¹⁹ :

- i) L'employé a-t-il été informé de la possibilité que l'employeur prenne des mesures de surveillance de sa correspondance et de ses autres communications ainsi que de la mise en place de telles mesures ?
- ii) Quels ont été l'étendue de la surveillance opérée par l'employeur et le degré d'intrusion dans la vie privée de l'employé ?
- iii) L'employeur a-t-il avancé des motifs légitimes pour justifier la surveillance de ces communications et l'accès à leur contenu même ?
- iv) Aurait-il été possible de mettre en place un système de surveillance reposant sur des moyens et des mesures moins intrusifs que l'accès direct au contenu des communications de l'employé ?
- v) Quelles ont été les conséquences de la surveillance pour l'employé qui en a fait l'objet ?
- vi) L'employé s'est-il vu offrir des garanties adéquates, notamment lorsque les mesures de surveillance de l'employeur avaient un caractère intrusif ?

Il est intéressant de relever que la CourEDH s'est inspirée de diverses recommandations²⁰ et d'autres instruments conventionnels²¹ pour arrêter ces principes.

4. Droit à une voie de recours juridictionnelle

Les Etats doivent encore respecter une obligation positive de nature procédurale. Celle-ci impose de garantir un recours juridictionnel effectif aux employés qui se prétendent victimes d'une violation de leur vie privée par leur employeur. Un tribunal compétent doit ainsi pouvoir être saisi de ces questions et les examiner concrètement²².

5. Conclusions de la Cour européenne des droits de l'homme

Après avoir examiné de manière attentive les principes susmentionnés, la CourEDH est arrivée à la conclusion que les autorités roumaines n'avaient pas su ménager un juste équilibre entre

¹⁹ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 121.

²⁰ Notamment, Recommandation du 1^{er} avril 2015 CM/Rec(2015) 5 du Comité des Ministres aux Etats membre sur le traitement des données à caractère personnel dans le cadre de l'emploi ; Recueil de directives pratiques du Bureau international du travail, élaboré en 1997.

²¹ Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108 ; RS 0.235.1, en vigueur pour la Suisse le 1^{er} février 1998).

²² CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 122 ; sur la notion d'obligations positives procédurales, voir parmi d'autres NATHANAËL PÉTERMANN, *op. cit.*, pp. 50 ss ; FRÉDÉRIC SUDRE, *op. cit.*, p. 253.

les intérêts de l'employeur au bon fonctionnement de son entreprise, d'une part, et l'intérêt de l'employé au respect de sa vie privée et de sa correspondance, d'autre part²³.

La Cour a en particulier retenu que dans le cas d'espèce l'employé n'avait pas été informé à l'avance de l'étendue et de la nature de la surveillance dont il avait fait l'objet²⁴. L'information relative à la surveillance doit être communiquée à la personne concernée préalablement à sa mise en place.

Les juges de Strasbourg ont encore relevé que les juridictions nationales n'ont pas suffisamment vérifié l'existence de motifs légitimes justifiant la mise en place de la surveillance par l'employeur²⁵, ni qu'une mesure moins incisive ait pu répondre à l'objectif poursuivi par l'employeur²⁶.

Enfin, les conséquences pour le travailleur des mesures de surveillance contestées, à savoir son licenciement, ont également joué un rôle dans la balance des intérêts opérée par la Cour²⁷.

La CourEDH a par conséquent conclu, par onze voix contre six, à la violation de l'article 8 CEDH. Relevons toutefois l'opinion dissidente de six juges qui estiment, en vertu de la marge d'appréciation dont disposent les Etats, que les juridictions roumaines étaient en droit de faire prévaloir les intérêts de l'employeur sur ceux du travailleur.

III. Analyse

A. Protection de la personnalité du travailleur en droit suisse

En droit suisse la protection de la personnalité du travailleur est protégée par l'article 328 CO qui concrétise, en droit du travail, la protection plus générale de la personnalité découlant des articles 27 et 28 CC²⁸ ainsi que de l'article 13 Cst. féd.

Des normes pénales peuvent aussi trouver application, comme par exemple les articles 143 et 143^{bis} ou 179^{quater}²⁹ et 179^{novies} CP, qui ne sont toutefois poursuivies que sur plainte³⁰. La Loi fédérale sur la protection des données³¹ trouve également à s'appliquer en ce domaine.

La jurisprudence a déjà eu l'occasion de se prononcer sur des mesures de surveillance mises en place par un employeur. A titre d'exemple, une caméra de vidéosurveillance braquée en permanence sur des employés est illicite³². Le Tribunal fédéral a estimé pour sa part que

²³ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 141.

²⁴ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], §§ 78 et 133.

²⁵ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 135.

²⁶ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 135.

²⁷ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 136.

²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral du 19 décembre 1994, in SJ 1995, p. 669.

²⁹ Pour les références de doctrines et jurisprudentielles, voir par exemple CR CP II – MARC HENZELIN/MARYAM MASSROURI, 2017, ad art. 179^{quater} CP, p. 791 à 800 ; SYLVAIN MÉTILLE, *La surveillance électronique des employés*, in : Internet au travail, Dunand/Mahon (édit.), Genève/Zurich/Bâle 2014, pp. 100 et 108.

³⁰ Pour les références de doctrines et jurisprudentielles, voir par exemple CR CP II – GILLES MONNIER 179^{novies} CP, p. 828 à 831.

³¹ LPD, RS 235.1 ; PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne 2010 n° 2154 ; SÉBASTIEN FANTI, *La protection des données dans les relations de travail*, in : La protection des données dans les relations de travail, Dunant/Mahon (édit.), Genève/Zurich/Bâle 2017, pp. 236 ss.

³² Tribunal cantonal du Jura, arrêt du 19 septembre 1989, SJ 1990, p. 247.

l'installation d'un suivi par géolocalisation (GPS) des véhicules d'une entreprise était licite pour autant que la surveillance de l'employée ne s'opère pas en temps réel³³. Le Tribunal fédéral a en revanche estimé que la géolocalisation (GPS) en temps réel des voitures d'une compagnie de taxis était admissible, l'intérêt public à la qualité de la prestation offerte justifiant l'atteinte à l'intérêt privé des chauffeurs³⁴.

La surveillance par les employeurs de l'utilisation de l'Internet ou de la messagerie électronique (courriels) par les employés est également très restrictive. Il importe d'éviter que des données personnelles ou privées ne parviennent à la connaissance de l'employeur en effectuant une telle surveillance. Avant d'effectuer un contrôle qui serait justifié par les circonstances, l'employeur devra annoncer son désir de procéder à une surveillance de l'utilisation des moyens de communication électronique³⁵. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de confirmer cette manière de procéder en refusant à un employeur d'invoquer à l'appui d'une décision de licenciement avec effet immédiat des preuves recueillies illicitement, soit à l'aide d'un logiciel espion installé à l'insu de l'employé sur son poste informatique³⁶. Le Tribunal fédéral a retenu en particulier que les moyens déployés par l'employeur n'étaient pas proportionnés. Toujours concernant l'utilisation de logiciel espion, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois a estimé qu'une telle installation contrevenait à la LPD, notamment en raison de l'absence d'information préalable donnée à l'employé³⁷.

Concernant le traitement des données personnelles des employés, c'est l'art. 328b CO qui trouve application. Cette norme, dont la portée est controversée en doctrine³⁸, indique que l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat.

On retiendra que les principes généraux dont bénéficient les travailleurs en Suisse ont été clairement définis par le Tribunal fédéral dans un arrêt qui fait référence³⁹. A cette occasion, notre Haute Cour a aussi rappelé qu'il y avait lieu en la matière d'appliquer l'art. 26 OLT 3 qui « se laisse concilier »⁴⁰ avec l'art. 328b CO qui, de plus renvoie à la loi fédérale du 19 juin 1992

³³ ATF 130 II 425, consid. 4.

³⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 29 août 2011, 2C_116/2011, consid. 8 ; ESTELLE MATHIS-ZWYGART, *La surveillance des travailleurs sous l'angle des articles 328b CO et 26 OLT 3*, in : La protection des données dans les relations de travail, Dunand/Mahon (édit.), Genève/Zurich/Bâle 2017, pp. 315 s.

³⁵ CHRISTIAN FAVRE/CHARLES MUNOZ/ROLF A. TOBLER, *Le contrat de travail, Code annoté*, 2^e éd., 2010, n. 1.10 ad art. 328, ainsi que et le Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail (à l'attention de l'économie privée), état au 19.09.2013, p. 8/18 et 9/18 téléchargé sur le site internet du Préposé fédéral à la protection des données <https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00763/00983/00988/index.html?lang=fr> consulté le 20 novembre 2017 et qui est souvent repris par la doctrine (voir par exemple OLIVIA GUYOT UNGER, ROBERT ANGELOZZI, JULIETTE JACCARD, GENEVIEVE ORTOLLI, LARISSA ROBINSON, ROXANNE ZAPPELLA, in : *Le droit du travail au quotidien*, édition 2016, p. 478).

³⁶ ATF 139 II 7, JdT 2013 II 187 ; ESTELLE MATHIS-ZWYGART, *op. cit.*, p. 318.

³⁷ ESTELLE MATHIS-ZWYGART, *op. cit.*, p. 321; CASSO VD, arrêt ACH 140/10 du 31 mai 2012.

³⁸ Voir par exemple REMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 3^e édition, Berne 2014, p. 339.

³⁹ ATF 130 II 425 c. 3.3. Pour une présentation générale de la problématique, on pourra consulter JEAN-PHILIPPE DUNAND, in Dunand/Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, ad art. 328b, p. 317 à 355 et PHILIPPE MEIER, *op. cit.*, p. 685 à 722.

⁴⁰ ATF 130 II 425 c. 3.3.

sur la protection des données. L'application de la LTr peut impliquer l'intervention des autorités administratives de contrôle (voir les articles 51 et ss LTr).

A titre pratique, on pourra aussi consulter avec intérêt les deux guides que le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence a publiés⁴¹, deux guides qui présentent de manière synthétique des solutions prenant en compte la nécessaire balance d'intérêts qu'il y a lieu d'opérer dès lors que la protection des données est en jeu.

Concernant la jurisprudence fédérale la plus récente, c'est un arrêt certes non publié au recueil officiel du Tribunal fédéral qui retiendra l'attention⁴². Le licenciement avec effet immédiat d'un employé engagé par les CFF au Tessin a été avalidé malgré le fait que les éléments et les données dont disposait l'employeur avaient été obtenus par une surveillance non annoncée, alors qu'aucune information écrite n'avait été assurée auprès de cet employé. Or, selon l'article 57o LOGA⁴³ applicable en l'espèce, une analyse de données ne pourrait être effectuée qu'après une information écrite de la personne concernée. Avant de trancher, le Tribunal fédéral a procédé à une pesée d'intérêts⁴⁴ : vu la gravité des reproches adressés à cet employé, à savoir la consultation de matériel pornographique, à deux reprises en tous cas avec des représentations qui pourraient justifier l'application de normes pénales, et ceci durant 80 heures pendant 17 jours de travail, le Tribunal fédéral a accepté de prendre en considération les données produites par l'employeur. Il a été retenu, ce n'est sans doute pas anodin, que la surveillance personnelle de cet employé n'a toutefois été effectuée qu'après une analyse non nominale se rapportant aux personnes (article 57n LOGA). Le fait que l'employé avait 22 ans d'ancienneté et qu'il a prétendu avoir consulté les images pornographiques durant des « temps morts » n'a pas été suffisant pour lui⁴⁵.

B. Portée de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], du 5 septembre 2017, n° 61496/08 en droit suisse

Au regard du droit suisse, cet arrêt de la CourEDH est intéressant à différents égards : le raisonnement tenu est parfaitement compatible avec la ligne générale suivie par le Tribunal fédéral, laquelle est aussi approuvée, dans ses grandes lignes en tous cas, par la doctrine. La CourEDH insiste ainsi longuement sur les intérêts divergents qui peuvent exister entre un employeur et un employé dès lors que leur relation contractuelle est assortie pour chacun de droits et d'obligations particulières et caractérisées par un lien de subordination légale⁴⁶. L'article 328b CO en est l'illustration en droit suisse.

⁴¹ Voir le Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail (économie privée), état au 11 avril 2014 et le Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail (administration fédérale), état au 19.09.2013, téléchargés sur le site internet de ce Préposé <https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00763/00983/00988/index.html?lang=fr> consulté le 20 novembre 2017.

⁴² Arrêt du Tribunal fédéral 8C_79/2016 du 30 juin 2017.

⁴³ Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010).

⁴⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_79/2016 du 30 juin 2017, consid. 6.4.

⁴⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_79/2016 du 30 juin 2017, consid. 7.4.

⁴⁶ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 117.

De plus, la CourEDH a relevé que dans chaque cas d'espèce, en matière de droit du travail, il importait de mettre en balance le droit du requérant au respect de sa privée et de sa correspondance, d'une part, et les intérêts de l'employeur, d'autre part⁴⁷. D'où l'injonction de la CourEDH aux autorités nationales de ménager un juste équilibre entre les intérêts divergents en jeu⁴⁸. Un tel raisonnement n'est pas étranger à l'ordre juridique suisse.

Aussi, tout donne à penser que le raisonnement suivi en juin 2017 par le Tribunal fédéral dans cette affaire tessinoise⁴⁹ aurait pu recevoir l'aval de la CourEDH, y compris au regard des principes généraux qui se dégagent de l'arrêt *Bărbulescu c. Roumanie*. On a même le sentiment, comme d'autres auteurs d'ailleurs⁵⁰, que le traitement de ce dernier arrêt s'inscrit pleinement dans les principes généraux appliqués et respectés en Suisse par les autorités judiciaires, fédérales notamment.

C. Surveillance illicite d'un employé et protection contre le congé : quelles voies de droit peuvent être envisagées ?

En cas de surveillance illicite sur la base de laquelle un licenciement serait prononcé se pose la question de la protection qui pourrait être accordée au travailleur. Concrètement, quelle protection serait offerte en Suisse à un travailleur qui se trouverait dans une situation semblable à celle de M. *Bărbulescu* ?

Dans l'affaire jugée par la CourEDH, aucun dommage matériel n'a été accordé au requérant ; de plus, selon cette Cour, « le constat d'une violation constitue une satisfaction suffisante pour tout dommage moral pouvant avoir été subi par le requérant⁵¹ ». On relève toutefois que l'indemnité équitable que la CourEDH peut octroyer à un requérant obtenant gain de cause devant les instances de Strasbourg n'a pas la même finalité que l'institution des dommages et intérêts de droit interne⁵².

En Suisse, dans une affaire comparable, il aurait sans doute été tout aussi difficile d'obtenir un montant à titre de dommages, en particulier à cause du rapport de causalité toujours difficile à établir. Par contre, on pourrait envisager qu'un travailleur licencié sur la seule base de données obtenue de manière illicite puisse invoquer l'article 2 CC et l'abus de droit⁵³ pour obtenir le versement d'une indemnité à titre de tort moral. On rappellera à cet égard que la jurisprudence n'accepte qu'avec réserve l'extension du catalogue des motifs énumérés à l'article 336 CO⁵⁴. En sus de cette réparation civile, restent ouvertes de nombreuses voies civiles (on pense notamment à la protection des données), administrative et pénale⁵⁵.

C. Conclusion

⁴⁷ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 127.

⁴⁸ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 127.

⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_79/2016 du 30 juin 2017.

⁵⁰ Voir ISABELLE WILDHABER/SILVIO HÄNSENBERGER, *Bundesgericht, I. sozialrechtliche Abteilung, Urteil 8C_79/2016 vom 30. Juni 2017, A. gegen Ferrovie Federale Svizzere FFS, öffentliches Dienstrecht (fristlose Entlassung eines SBB-Mitarbeiters wegen Pornokonsum während der Arbeitszeit)*, PJA/AJP 2017, pp. 1252 ss, notamment p. 1255.

⁵¹ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 143 et 145.

⁵² FRÉDÉRIC SUDRE, *op. cit.*, p. 389.

⁵³ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KÄNEL/ROGER RUDOLF, *Arbeitsvertrag*, 7^e édition, 2012, ad art. 328b, n. 18.

⁵⁴ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KÄNEL/ROGER RUDOLF, *op. cit.*, ad Art. 336 n. 3 ; ATF 123 III 246, JdT 1998 I 300.

⁵⁵ Pour un panorama de ces différentes voies, voir JEAN-PHILIPPE DUNAND, *op. cit.*, ad art 328b, n. 109 à n. 124.

Tant les normes légales applicables en droit suisse que leur interprétation par les juridictions internes – et en dernier lieu par le Tribunal fédéral – répondent de manière adéquate aux principes dégagés par la CourEDH dans l’arrêt *Bărbulescu c. Roumanie*. En particulier, le droit suisse impose de procéder à une pesée des intérêts entre le respect de la vie privée et de la personnalité du travailleur, et les besoins légitimes de l’employeur de procéder à certains contrôles de l’activité de ses travailleurs.

Le droit suisse comporte diverses normes de droit civil, administratif et pénal qui protègent la vie privée et la personnalité des travailleurs, conformément aux obligations conventionnelles résultant de l’article 8 CEDH.

Autre est la question de savoir si la protection accordée par le droit suisse à un travailleur qui se verrait licencier sur la base de preuves obtenues par le biais d’une surveillance illicite de son employeur est suffisante au regard des obligations posées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme. En effet, dans l’arrêt analysé la CourEDH a estimé que la Roumanie avait enfreint l’article 8 CEDH aux motifs que « ni le tribunal départemental ni la cour d’appel n’ont examiné de manière suffisante la question de savoir si le but poursuivi par l’employeur aurait pu être atteint par des méthodes moins intrusives que l’accès au contenu même des communications du requérant »⁵⁶ et que les tribunaux nationaux n’avaient pas examiné « la gravité des conséquences de la mesure de surveillance »⁵⁷, à savoir le licenciement du requérant.

On peut déduire de ces affirmations de la CourEDH que le respect de la vie privée des employés impose une protection adéquate de la part des autorités nationales⁵⁸. Certes les Etats disposent d’une certaine marge d’appréciation afin de définir quelles mesures adopter en vue de mettre en œuvre les obligations conventionnelles. On peut cependant douter du fait que la CourEDH admette facilement qu’un employé puisse être licencié sur la base d’une mesure de surveillance contraire à l’article 8 CEDH sans qu’aucune sanction ne soit prise à l’encontre de l’employeur.

Une sanction pénale, administrative ou civile fondée sur la LPD prononcée contre un employeur qui aurait exercé une mesure de surveillance illicite serait-elle considérée comme suffisante par la CourEDH ? Nous ne saurions en tous les cas pas exclure que la CourEDH affirme que l’obligation d’assurer la protection de la vie privée et familiale des employés victimes de tels agissements implique une véritable protection contre le licenciement ou à tout le moins l’octroi d’une indemnité pour licenciement abusif.

Les juridictions qui seraient saisies de telles situations seraient peut-être bien inspirées de pas interpréter l’article 336 CO de manière trop restrictive⁵⁹ et d’admettre – dans certains cas particuliers à tout le moins – qu’un travailleur licencié à la suite d’une surveillance illicite puisse obtenir une indemnité pour licenciement abusif afin de se conformer à la jurisprudence de la CourEDH. Une protection insuffisante accordée à un employé victime d’une surveillance

⁵⁶ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 136.

⁵⁷ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 137.

⁵⁸ CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], § 141.

⁵⁹ Cf. *infra* sur les limites posées par la jurisprudence à l’extension du catalogue des situations donnant droit à la protection de l’article 336 CO.

illicite et disproportionnée pourrait constituer un cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme.