La production en justice par l'employeur des SMS reçus par ses salariés

Droit au respect de la vie privée du salarié (Art. 9 du code civil et Art. 6
CEDH)

Xavier Orgerit

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/1080>

DOI : 10.4000/revdh.1080

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Xavier Orgerit, « La production en justice par l'employeur des SMS reçus par ses salariés », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 02 avril 2015, consulté le 25 janvier 2022. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1080> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1080>

Ce document a été généré automatiquement le 25 janvier 2022.

Tous droits réservés

La production en justice par l'employeur des SMS reçus par ses salariés

Droit au respect de la vie privée du salarié (Art. 9 du code civil et Art. 6 CEDH)

Xavier Orgerit

- 1 L'arrêt rendu le 10 février 2015 par la Cour de cassation, et qui a connu un certain retentissement dans la presse, est à la fois **intéressant**, en ce qu'il répond à une problématique nouvelle, mais aussi **classique**, en ce qu'il mobilise un raisonnement par analogie à une jurisprudence bien établie. En effet, les juges du Quai de l'Horloge se sont inspirés du raisonnement relatif aux contrôles par l'employeur des ordinateurs des salariés. La Cour de cassation considère que les fichiers et courriels classés comme « *personnels* » ne peuvent être consultés par l'employeur sans porter atteinte à la vie privée du salarié et au secret de ses correspondances¹. Ces dernières années, la Cour de cassation a précisé cette jurisprudence suscitant parfois des doutes quant à la portée de la protection qu'elle entendait accorder à la vie privée du salarié. Le récent arrêt de la Chambre commerciale, rendu après avis de la chambre sociale, semble appliquer cette jurisprudence à l'échange de SMS ("short message service").
- 2 Néanmoins, limiter l'analyse à un tel constat aurait pour effet de négliger la portée spécifique de cette décision. En effet, cet arrêt illustre une fois de plus **la question délicate de la frontière entre vie personnelle et vie professionnelle**. En réalité, lorsque la Cour de cassation se prononce sur un moyen de preuve en indiquant si celui-ci relève de la déloyauté, elle dessine **les lignes de confrontation entre la vie privée du salarié et le pouvoir patronal**. Dès lors, la décision du 10 février ne peut que susciter des interrogations chez les juristes au regard de sa portée et chez les praticiens au regard de son application. Plus précisément, une telle solution de la Cour de cassation apporte certes d'opportunes précisions sur cet enjeu désormais incontournable du téléphone professionnel (1°). Mais elle ne parvient pas à dissoudre

toutes les difficultés soulevées par ce sujet, lesquelles ne manqueront donc pas de resurgir à l'avenir (2°).

1°/- La production en justice des SMS de salariés n'ayant pas été identifiés comme personnels

- 3 En raison des nouvelles technologies de communication, la frontière entre vie professionnelle et vie personnelle est de plus en plus poreuse. L'impact sur la relation de travail des comportements extérieurs sur le lieu et pendant le temps de travail est appréhendé par la jurisprudence, au fur et à mesure, que les nouvelles technologies se développent. Or, ces dernières prennent une place grandissant au sein de l'organisation du travail. Toutes les difficultés se concentrent donc sur la confrontation entre le pouvoir de l'employeur et la sphère privée, pour laquelle le salarié est en droit d'attendre une protection.
- 4 Afin de comprendre la jurisprudence du 10 février dernier, il convient tout d'abord d'appréhender le mécanisme juridique mis en œuvre.
- 5 En premier lieu, le terrain avait déjà été préparé par le principe posé par l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 23 mai 2007. L'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue. Il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur². Par la suite, la Chambre civile a précisé que les SMS pouvaient être produits en justice dès lors qu'ils n'ont pas « été obtenus par violence ou fraude »³.
- 6 Le postulat était donc déjà bien établi. **La production d'un SMS en justice ne constitue pas, en-soi, un procédé de preuve déloyal.** Néanmoins, pendant le temps de travail, le salarié a droit au respect de sa vie privée. Ainsi, par exemple, les juges ont pu estimer que des dispositions d'un règlement intérieur, qui interdisaient d'une manière plus générale toutes les conversations étrangères au service, portaient atteinte aux droits de la personne⁴. Pour saisir cette problématique, la doctrine travailliste a développé **la notion de vie personnelle qui permet de se détacher d'une notion de vie privée étroite.** Dès lors, le juge doit saisir cette sphère privée appartenant salarié au sein de l'entreprise et en déterminer les frontières.
- 7 En second lieu, il convient d'indiquer que le seul fait d'utiliser un téléphone professionnel pour des communications personnelles ne justifie pas nécessairement l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire. A ce titre, la Cour de cassation a pu estimer que n'était pas justifié le licenciement d'un salarié en raison d'un usage abusif de son téléphone mobile professionnel, alors qu'une utilisation privée était largement tolérée dans l'entreprise et que l'intéressé n'avait fait l'objet d'aucune remarque ni mise en garde⁵. L'utilisation d'un téléphone professionnel pour des communications privées peut donc entrer, sous certaines conditions, dans cette sphère privée.
- 8 C'est en confrontant les pouvoirs de l'employeur au principe de loyauté dans la recherche de la preuve au sens des articles 9 du code civil et 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que la

Cour de cassation a développé son analyse. Dès lors, l'observateur comprend mieux l'intérêt de la jurisprudence du 10 février 2015.

- 9 Premier enseignement, la Cour de cassation applique la jurisprudence relative aux fichiers informatiques et courriels à la production de SMS. L'employeur est en droit de les consulter en dehors de la présence de l'intéressé, sauf s'ils sont identifiés comme étant personnels. Cette solution n'était pas évidente en raison d'un aspect pratique. En effet, il est certes relativement simple de mentionner le caractère personnel d'un fichier ou encore d'un courriel dans l'encart réservé à l'objet. Mais pour un SMS, la tâche est plus ardue.
- 10 Second enseignement, la production en justice des messages n'ayant pas été identifiés par le salarié comme étant personnels ne constitue pas un procédé déloyal rendant irrecevable ce mode de preuve. Dans ces conditions, selon la Cour de cassation, le SMS non désigné comme "personnel" émis et reçu sur du matériel appartenant à l'employeur est susceptible d'être consulté par ce dernier.

*

- 11 A l'évidence, la décision du 10 février 2015 s'inspire des positions jurisprudentielles déjà bien affirmées par la Cour de cassation. L'intérêt de cette solution réside dans la transposition de ces solutions à la question posée par la production des SMS des salariés en justice. Néanmoins, la problématique globale du contrôle des SMS des salariés par l'employeur n'est pas forcément réglée par la décision de la Cour de cassation.

*

2°/- La mention du caractère « *personnel* », curseur déterminant les limites du pouvoir de l'employeur ?

- 12 Le recours à la mention du caractère « *personnel* » semble, à première vue, régler la question de la confrontation entre vie privée et pouvoir de l'employeur lorsque le téléphone professionnel est la source du conflit. Néanmoins, une telle analyse fait fi de plusieurs difficultés qui, en pratique, ne sont pas anodines.
- 13 En appliquant la jurisprudence relative à la consultation des fichiers informatiques à la consultation des SMS par l'employeur, la Cour de cassation invite à appliquer, plus globalement, les solutions retenues depuis plusieurs années en la matière. Par un arrêt en date du 17 mai 2005, la Cour de cassation a estimé que, sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition **qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé**. *A contrario*, si un risque ou un événement particulier le justifie, l'employeur peut consulter des courriels identifiés comme personnels. Ainsi, doit être posée la question de l'application aux SMS de cette jurisprudence, dont la portée suscite pourtant de nombreux doutes⁶.
- 14 Par ailleurs, dans le cadre de la décision du 10 février dernier, la Cour de cassation a relevé que les juges du fond avaient mentionné « *un motif légitime* » de l'employeur.

Ainsi, sans que la Cour de cassation érige cette notion en condition de la production du SMS, le doute subsiste quant à la nécessité d'un motif légitime justifiant la prise de connaissance par l'employeur des communications de son salarié.

- 15 En outre, il serait particulièrement hasardeux de croire que l'absence de mention du caractère personnel dans un SMS permet à l'employeur d'utiliser celui-ci en justice. En effet, rappelons que, par un arrêt en date du 5 juillet 2011, la Cour de cassation a estimé que si l'employeur peut toujours consulter les fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, **il ne peut les utiliser pour le sanctionner s'il s'avère qu'ils relèvent de sa vie privée**⁷.
- 16 Ainsi, la portée de la décision du 10 février dernier doit être relativisée. La mention du caractère « personnel » n'exclut pas nécessairement le contrôle de l'employeur. En effet, en cas de risque ou événement particulier, l'employeur peut prendre des connaissances des données du salarié identifiées comme personnelles. A l'inverse, l'absence de cette mention ne permet pas à l'employeur d'utiliser à l'encontre de son salarié un SMS qui relèverait de la vie privée de celui-ci.
- 17 Dès lors, certains regretteront l'absence de nuance de la Cour de cassation qui semble vouloir appliquer un raisonnement de manière mécanique. En effet, en affirmant que *« la production en justice des messages n'ayant pas été identifiés comme étant personnels par le salarié ne constitue pas un procédé déloyal au sens des articles 9 du code civil et 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales rendant irrecevable ce mode de preuve »*, la Cour de cassation semble relativement ferme.

*

* *

- 18 En définitive, si, aux termes de l'arrêt en date du 10 février 2015, la Cour de cassation semble appliquer une jurisprudence bien établie à la question de la production des SMS d'un salarié adressés par le biais du téléphone professionnel, les interrogations sont multiples quant à la portée de cette mention du caractère « personnel » et quant à la protection de la vie privée du salarié. Néanmoins, en pratique, cette décision présente au moins le mérite de fournir un cadre qui pourra être rapidement appréhendé tant par les salariés que par les employeurs.

*

- 19 **Cass. Com. 10 février 2015, *Newedge Group*, n° 13-14779**

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Cass. Soc. 2 octobre 2001, *Nikon*, n° 99-42942.
 2. Cass. Soc. 23 mai 2007, n° 06-43209.
 3. Cass. Civ. 1ère 17 juin 2009, n° 07-21796.
 4. Conseil d'Etat, 1ère et 4ème sous sections réunies, 25 janvier 1989, n° 64296.
 5. Cass. Soc. 1er février 2011 n° 09-42786.
 6. Cass. Soc. 17 mai 2005 n° 03-40017.
 7. Cass. Soc. 5 juillet 2011 n° 10-17284.
-

RÉSUMÉS

Par un arrêt en date du 10 février 2015, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, après avis de la chambre sociale, a jugé que les messages écrits ("short message service" ou SMS) envoyés ou reçus par le salarié au moyen du téléphone mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, de telle sorte que l'employeur est en droit de les consulter en dehors de la présence de l'intéressé, sauf s'ils sont identifiés comme étant personnels. Dès lors, la production en justice des messages n'ayant pas été identifiés comme étant personnels par le salarié ne constitue pas un procédé déloyal au sens des articles 9 du code civil et 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales rendant irrecevable ce mode de preuve. Ainsi, l'utilisation de tels messages par l'employeur ne peut être assimilée à l'enregistrement d'une communication téléphonique privée effectué à l'insu de l'auteur des propos.

AUTEUR

XAVIER ORGERIT

Avocat au barreau de La Roche-sur-Yon et diplômé du Master 2 "Droit social" de l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense