

MOTS CLEFS : droit au respect de la vie privée – salarié – mesure in futurum – présomption de caractère professionnel – messagerie instantanée

En droit du travail, la frontière entre les messages privés et les messages professionnels échangés entre salariés est parfois très fine. Cette qualification est d'autant plus importante qu'elle fait dépendre la loyauté de la preuve rapportée par un employeur. À ce titre, la cour d'appel de Paris semble suivre le mouvement d'extension de la présomption du caractère professionnel de messages échangés par des salariés sur des téléphones professionnels.

Faits : En l'espèce, des salariés d'une société de promotion immobilière ont décidé de démissionner tour à tour de celle-ci pour aller dans une société concurrente. Suspectant la celle-ci d'actes de concurrence déloyale, la première société décide de solliciter le président du tribunal de commerce de Paris d'une mesure in futurum sur la base de l'article 145 du code de procédure civile.

Procédure : Par une ordonnance du 21 avril 2022, le président du tribunal de commerce donne droit à la requête de la première société de cette mesure. L'huissier désigné dans l'ordonnance se rend aux domiciles des 4 salariés le 16 mai et tente de se rendre au siège de la société concurrente le 17 mai, en vain. L'huissier dresse alors un procès-verbal suite au refus. À ce titre, le Tribunal de commerce de Paris contraint la société de permettre l'exécution de la mesure par ordonnance en référé en date du 8 juin 2022. L'huissier fouillera alors le matériel informatique aux moyens de mots clés combinés. Les 4 salariés saisissent le président du Tribunal de commerce de Paris pour obtenir la rétractation de l'ordonnance du 21 avril 2022 ayant autorisé la mesure in futurum notamment en raison du secret d'affaires pesant sur les documents saisis. Par ordonnance du 29 septembre 2022, la demande des salariés ainsi que leur intervention volontaire sont déclarées irrecevables.

Les salariés et la société concurrente interjettent appel de la décision.

Problème de droit : Des messages litigieux échangés par des salariés sur la messagerie instantanée WhatsApp installée sur les téléphones professionnels de l'entreprise sont-ils privés ?

Solution : Dans un arrêt en date du 20 avril 2023, la deuxième chambre de la Cour d'appel de Paris infirme l'ordonnance du 29 septembre 2022 en totalité. Elle infirme partiellement l'ordonnance du 21 avril 2022. Elle rétracte notamment les dispositions relatives à l'autorisation de l'exécution de la mesure et la recherche des documents par mots clés combinés.

Néanmoins, la cour pose la solution selon laquelle « l'installation et l'accès à l'application WhatsApp ne sont pas subordonnés à l'utilisation d'une adresse email personnelle, mais



seulement à un numéro de téléphone, en l'occurrence le numéro de téléphone professionnel dont le titulaire de la ligne est Kaufman & Broad {la première société}, en sorte qu'est ici applicable, par analogie, la présomption du caractère professionnel posée par la Cour de cassation pour les "short message service ». Ainsi, la cour a désormais étendu la présomption de caractère professionnel les messages WhatsApp échangés par des salariés sur leur téléphone professionnel.

SOURCES :

- Article 145 du Code de Procédure Civile
- Article L 1222-4 du Code du travail
- Com. 10 févr. 2015, n° 13-14.779
- Soc. 9 septembre. 2020, n° 18-20.489
- Soc, 30 septembre 2020, n° 19-12.058
- Soc, 12 septembre 2018, n° 16-11.690



NOTE :**L'atteinte proportionnée à la vie privée des salariés de la mesure in futurum**

L'un des arguments utilisé dans l'appel de la société est l'atteinte disproportionnée du droit à la vie privée que la mesure in futurum aurait engendré.

Le droit au respect de la vie privée est consacré et protégé par l'article 9 du Code civil au niveau national mais aussi par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés. Toute atteinte portée à ce droit fondamental doit ainsi être proportionnée.

Dans les faits, le premier employeur des salariés avait trouvé, sur la messagerie instantanée WhatsApp dans un des téléphones professionnels, des indices pouvant laisser penser que la société concurrente se livrait à des manœuvres ou procédés déloyaux notamment quant au débauchage de personnel ou au détournement de la clientèle.

L'employeur a consulté la messagerie instantanée installée sur un des téléphones professionnels sans la présence du salarié intéressé. Or, l'article L 1222-4 du code du travail dispose qu'«Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance. ».

L'extension de la présomption caractère professionnel des messages échangés sur WhatsApp

Le caractère professionnel des messages permet donc à un employeur d'éviter l'application de l'article L 1222-4 du code

du travail mais aussi le droit au respect de la vie privée des salariés.

De plus, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 10 février 2015 avait consacré une présomption de caractère professionnel des SMS échangés sur un téléphone professionnel. En effet, « Les messages écrits, "short message service" (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, en 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 ».

Comme dans l'arrêt de la chambre commerciale, la Cour d'appel de Paris a rappelé les limites de cette présomption. En effet, si les messages sont explicitement personnels, la preuve obtenue en violation du droit au respect de la vie privée doit être écartée. C'est alors à l'huissier mandataire d'assurer le caractère réellement privé des messages et d'écarter les documents « perso », « personnel » ou « privé » et ceux même lorsqu'ils sont échangés sur un téléphone professionnel.

La chambre sociale de la cour de cassation dans un arrêt du 9 septembre 2020 avait posé que « les courriers adressés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir or la présence de l'intéressé, sauf si le salarié les identifie



comme étant personnels ». C'est donc un nouveau rappel de l'exception à la présomption de caractère privé, cette fois-ci dans le cas des courriers.

Les juges du fond ont donc raisonné logiquement par analogie. En effet, les messages WhatsApp avaient été échangés sur un téléphone professionnel, téléphone que l'employeur avait fourni à son salarié pour les besoins de son travail. Ainsi, le fait que l'employeur ait fouillé le téléphone sans la présence des intéressés ne pouvait pas lui être reproché. Comme les messages sont présumés être professionnels, l'employeur peut les utiliser comme preuve à un litige, et notamment dans le cadre d'actes de concurrence déloyale.

La nécessité du respect du principe de loyauté dans l'administration de la preuve

Dans la mesure où la nature d'un message litigieux peut avoir des conséquences importantes sur un contrat de travail, et notamment un licenciement pour faute grave, encore faut-il que l'employeur respecte le principe de loyauté dans l'administration de celle-ci.

À ce titre, la cour de cassation a pu statuer sur ce sujet dans un arrêt important du 30 septembre 2020. En l'espèce, un employeur s'était immiscé abusivement dans les publications de sa salariée sur les réseaux sociaux. Ces publications avaient alors servies de preuves justifiant le licenciement pour faute grave de la salariée. Comme ces preuves avaient fait l'objet d'un stratagème pour les obtenir, elles étaient irrecevables car déloyales. Ici une autre salariée ayant accès aux publications de la défenderesse les avait transmises à l'employeur.

En plus de la distinction entre message de nature professionnelle ou de nature personnelle, il peut être plus largement fait une distinction entre correspondance privée et correspondance publique. Dans une affaire rendue en date du 12 septembre 2018, la cour de cassation a rejeté un licenciement pour faute grave en raison du caractère privée de la correspondance. Pourtant, il s'agissait de propos injurieux postés sur un groupe Facebook composé de 14 personnes. Ainsi, le caractère privé d'une correspondance entre salariés d'une même entreprise peut être établi pour faire échec aux mesures disciplinaires de l'employeur.

Ces différentes affaires montrent bien l'impact que peut avoir le numérique en droit du travail mais aussi les limites de l'employeur quant aux preuves qu'il peut utiliser pour justifier une mesure disciplinaire comme un licenciement ou encore des actes de concurrence déloyale d'une autre société...

Louison Chartier
Master 2 Droit des médias électroniques
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE

