



COUR DE CASSATION

Arrêt n°779 du 30 septembre 2020

Pourvoi n° Z1912058

Décision attaquée : 12 décembre 2018 de la cour d'appel de Paris

Mme A... X...

C/

la société Petit Bateau

RAPPORT DE Mme SOPHIE DEPELLEY, CONSEILLER

Avis de rejet par décision non spécialement motivée sur les 2^{ème} et 3^{ème} moyens

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme X... a été engagée à compter du 1^{er} juillet 2010 en qualité de chef de projet export par la société Petit Bateau. Par lettre du 15 mai 2014, elle a été licenciée pour faute grave notamment pour avoir manqué à son obligation de confidentialité en publiant sur son compte de réseau social Facebook une photographie de la nouvelle collection printemps/été 2015 présentée aux seuls commerciaux de la société.

Contestant son licenciement, elle a saisi la juridiction prud'homale qui, par jugement du 15 décembre 2015, a dit le licenciement non fondé sur une faute grave mais sur une cause réelle et sérieuse, a condamné l'employeur à lui verser les indemnités de rupture et un rappel de salaire au titre de la mise à pied conservatoire et a débouté la salariée de ses demandes au titre de la convention de forfait et des heures supplémentaires.

Par arrêt du 12 décembre 2018, la cour d'appel de Paris a infirmé le jugement, dit le licenciement fondé sur une faute grave, débouté la salariée de ses demandes au titre de la rupture et de ses demandes au titre des heures supplémentaires, contrepartie obligatoire en repos et travail dissimulé.

Le 12 février 2019, Mme X... a formé un pourvoi.

Un mémoire ampliatif a été présenté le 12 juin 2019 (demande de 4000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile).

Un mémoire en défense a été déposé le 8 août 2019 (demande de 3000€ sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile).

2 - Analyse succincte des moyens

Le pourvoi comprend trois moyens.

Un avis de rejet par décision non spécialement motivée sera développé préalablement sur les 2^{ème} et 3^{ème} moyens.

Une analyse approfondie sera ensuite faite sur le premier moyen, posant une difficulté de droit.

3- Avis de rejet par décision non spécialement motivée sur les 2^{ème} et 3^{ème} moyens

Sur le deuxième moyen : la salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes au titre des heures supplémentaires, de la contrepartie obligatoire en repos et du travail dissimulé, alors :

1°/ que la preuve des heures de travail effectuées par le salarié n'incombe spécialement à aucune des parties de sorte que le juge ne peut, pour rejeter une demande reposant sur l'accomplissement d'heures supplémentaires, se fonder exclusivement sur l'insuffisance des preuves apportées par le salarié ; qu'en retenant que la salariée produisait deux tableaux sans aucun horaire d'arrivée et de départ qui ne permettaient pas à l'employeur de répliquer précisément, et que la société Petit Bateau justifiait d'erreurs de la salariée dans les éléments fournis, la cour d'appel s'est fondée exclusivement sur l'insuffisance des preuves apportées par la salariée sur qui elle a fait peser la charge de la preuve, en violation de l'article L. 3171-4 du code du travail ;

2°/ qu'il appartenait à l'employeur de justifier des horaires effectivement réalisés par Mme X... ; qu'en se bornant à retenir que l'employeur contredisait utilement les pièces produites par la salariée et démontrait l'absence de sincérité des tableaux présentés, sans constater que la société justifiait des horaires de travail de l'intéressée, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 3171-4 du code du travail ;

3°/ qu'en retenant, pour débouter Mme X... de sa demande de paiement d'heures

supplémentaires, que la cour avait la conviction que de telles heures avaient été accomplies mais avaient été récupérées par la salariée, et que les heures sollicitées n'étaient ni justifiées ni nécessaires à l'exercice de sa mission, ni effectuées à la demande de l'employeur ni même avec son accord implicite, la cour d'appel a statué par simple affirmation, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

4°/ que par application de l'article 624 du code de procédure civile, la censure qui s'attachera au chef de l'arrêt ayant débouté Mme X... de ses demandes de paiement d'heures supplémentaires entraînera, par voie de conséquence, la cassation du chef de dispositif de l'arrêt attaqué ayant débouté Mme X... de sa demande en paiement d'une indemnité compensatrice de repos non pris, d'une indemnité pour travail dissimulé et des indemnités de congés payés correspondantes ;

Le régime probatoire des heures supplémentaires est fixé par l'article L. 3171-4
qui énonce :

En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié.

Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable.

La Cour de cassation juge qu'il résulte de ce texte que la preuve n'incombe spécialement à aucune des parties et que le juge ne peut, pour rejeter une demande d'heures supplémentaires, se fonder sur l'insuffisance des preuves apportées par le salarié ; qu'il doit examiner les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié et que l'employeur est tenu de lui fournir (Soc. 3 juillet 1996, n° 9341635, Bull. N° 261). En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production de tous éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre en apportant, le cas échéant, la preuve contraire (Soc. 24 novembre 2010, n° 0940928).

Les juges du fond apprécient souverainement les éléments de preuve produits par l'une ou l'autre des parties (Soc. 16 mai 2012, n°11-13.682 ; Soc. 19 avril 2014, n°12-25.314 ; Soc. 2 avril 2014, n°12-27.276), le contrôle de la Cour de cassation se limitant à vérifier que cet examen n'a pas porté sur les seuls éléments produits par une seule partie. (Soc. 13 décembre 2011, n°10-21.855 ; Soc. 5 octobre 2011, n°10-18.685 ; Soc. 28 septembre 2011, n°10-20.056, Soc. 9 avril 2015, n°13-27.402 ; Soc.22 mai 2019, n°18-11.227).

Récemment, à la suite de l'arrêt de la CJUE, du 14 mai 2019, C-55/18 la chambre sociale a précisé dans un arrêt Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 18-10.919 publié sur le régime probatoire que : Il résulte des dispositions des articles L. 3171-2, alinéa 1^{er}, L. 3171-3, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, et L. 3171-4 du code du travail, qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments.

Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales et réglementaires précitées. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant.

En l'espèce, après avoir considéré que la convention de forfait liant les parties était nulle, la cour d'appel a néanmoins débouté la salariée de sa demande en paiement d'une somme au titre du rappel d'heures supplémentaires, aux motifs que :

Madame X... produit notamment deux tableaux établis pour les besoins de la procédure : un tableau sur le nombre de jours travaillés et d'heures mensuelles sans qu'aucune année ne soit mentionnée sur les feuilles produites et un autre tableau par an et par semaine ainsi qu'un relevé de ses vols en avion qui fait état de nombreux déplacements.

Or les tableaux produits sans aucun horaire d'arrivée et de départ ne permettent pas à l'employeur de pouvoir répliquer précisément ; de plus la société PETIT BATEAU justifie d'erreurs de la salariée notamment lorsqu'elle sollicite des heures supplémentaires des jours où elle est en RTT et produit une attestation d'une salariée, Mme Y... qui occupait le bureau voisin du sien en 2013 et atteste qu'elles arrivaient et partaient en même temps et bénéficiaient de pauses déjeuner et qu'elles ne faisaient pas d'heures supplémentaires ; l'employeur démontre aussi que certains déplacements indiqués dans le relevé des vols d'avion étaient des déplacements personnels ou que des déplacements mentionnés par elle ne correspondent au relevé de vols qu'elle produit ; la cour observe en outre que ce relevé ne mentionne aucun horaire d'avion ; enfin aucune des attestations produites par la salariée et émanant de ses anciens supérieurs hiérarchiques n'évoquent des heures supplémentaires ou au moins un temps de travail important et aucune pièce et notamment des courriels durant la relation contractuelle ne permet de déduire une surcharge de travail et l'accomplissement d'heures supplémentaires.

En conséquence non seulement l'employeur contredit utilement les pièces produites par Madame X... mais démontre l'absence de sincérité des tableaux présentés.

Au regard des éléments communiqués par les parties, la cour a la conviction que les quelques heures supplémentaires accomplies par la salariée ont été récupérées par elle en récupération ou en jours de RTT et que celles sollicitées par la salariée ne sont pas justifiées, et n'étaient ni nécessaires à l'exercice de sa mission, ni effectuées à la demande de l'employeur, ni même avec son accord implicite.

Il résulte de cette motivation que la cour d'appel, ne s'est pas exclusivement fondée sur l'insuffisance des preuves de la salariée, mais a constaté que les éléments produits par la salariée pour étayer sa demande n'étaient pas suffisamment précis quant aux périodes d'exécution des heures prétendument réalisées et que les affirmations de la salariée étaient contredites par les éléments de preuve produits par l'employeur, en sorte que la décision qui écarte la demande en paiement de rappel d'heures supplémentaires se trouve légalement justifiée.

Le moyen n'est donc pas fondé en ses 1^{ère}, 2^{ème} et 3^{ème} branches. Le rejet des critiques de ces branches rend sans objet la 4^{ème} branche.

Il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le deuxième moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le troisième moyen: la salariée fait grief à l'arrêt de débouter Mme X... de ses demandes au titre de la rupture du contrat, alors que le préjudice résultant de procédés vexatoires dans la mise en oeuvre ou les circonstances du licenciement donne droit à une indemnisation distincte de celle réparant celui résultant de la rupture du contrat ; que dans ses écritures (conclusions d'appel p.26), Mme X... soutenait qu'elle avait dû quitter la société une heure à peine après être arrivée sans pouvoir saluer ses collègues, et s'était sentie humiliée par la communication qui avait été faite en interne autour de son départ et l'attitude de la société qui avait jeté le discrédit sur ses qualités professionnelles aux yeux de son entourage de travail, ce dont il résultait un préjudice d'image distinct du préjudice propre à la perte de son emploi ; qu'en se bornant à énoncer qu'il n'était pas justifié de conditions brutales et vexatoires de rupture, sans s'expliquer sur le contexte dans lequel l'éviction de la salariée était intervenue, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1240 du code civil.

Même lorsqu'il est prononcé en raison d'une faute grave du salarié, le licenciement peut causer au salarié en raison des circonstances vexatoires qui l'ont accompagné un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi et dont il est fondé à demander réparation (Soc 19 Juillet 2000 Bull n°306).

C'est dans le cadre de leur pouvoir souverain que les juges du fond apprécient l'existence de ce préjudice distinct (Soc. 26 octobre 2010 n°09-42076 ; Soc. 6 juillet 2011 n°09-41646 ; Soc. 15 avril 2015, n° 13-28.077 ; Soc. 8 décembre 2015, n°14-17.759).

En l'espèce, sur sa demande de dommages-intérêts pour licenciement brutal et vexatoire, la salariée faisait valoir dans ses conclusions reprises oralement devant la cour d'appel (conclusions page 6, production MA) :

Madame X..., qui n'a jamais ménagé ses efforts et était particulièrement attachée à la marque PETIT BATEAU, a été particulièrement choquée par les circonstances humiliantes et vexatoires dans lesquelles sa mise à pied à titre conservatoire et son licenciement sont intervenus.

Il convient de préciser que la société PETIT BATEAU a transmis à Madame X... une convocation à entretien préalable le 25 avril 2014 avec mise à pied à titre conservatoire. Elle a dû alors quitter la Société 1h00 à peine après son arrivée au travail ce jour-là, sans pouvoir saluer ses collègues.

Madame X... s'est également sentie humiliée par la communication qui a été faite en interne quant à son départ puisqu'à peine sa mise à pied lui avait-elle été notifiée, que ses collègues se sont vus informer de la mesure dont elle avait fait l'objet.

Madame X... a subi de ce fait un préjudice d'image, distinct du préjudice propre à la perte de son emploi, une telle attitude de la part de la Société étant de nature à jeter le discrédit sur ses qualités professionnelles aux yeux de son entourage de travail.

Compte tenu de ce qui précède, Madame X... demande au Cour de condamner la Société à lui verser la somme de 11.092,92€ nets à titre de dommages-intérêts en réparation du caractère vexatoire des circonstances dans lesquelles sont intervenus sa convocation à entretien préalable, sa mise à pied à titre conservatoire et, en dernier lieu, son licenciement.

Pour débouter la salariée de sa demande, la cour d'appel a retenu que :

Au regard de l'interdiction de la société sur une communication extérieure rappelée en 2012 et 2013 et ciblant les réseaux sociaux, Madame X... a commis une faute grave en violant l'obligation de confidentialité imposée par l'employeur particulièrement justifiée par le secteur de la société dans laquelle la salariée travaillait depuis quatre ans à un poste important ; la mise à pied à titre conservatoire était justifiée compte tenu des circonstances, et il n'est nullement justifié de conditions brutales et vexatoires; en conséquence le jugement sera infirmé et Madame X... déboutée de ses demandes au titre de la rupture sans qu'il soit besoin d'examiner le second grief.

Il résulte des éléments du débat et des constatations de la cour d'appel que le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond de l'inexistence d'un préjudice distinct de celui résultant de la rupture du contrat, et n'est donc pas fondé.

Il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le troisième moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

4 - Discussion sur le premier moyen

Sur le premier moyen : la salariée fait grief à l'arrêt de dire le licenciement fondé sur une faute grave et de la débouter de ses demandes au titre de la rupture du contrat, alors :

1°/que l'employeur ne peut accéder aux informations extraites d'un compte Facebook de l'un de ses salariés sans y avoir été autorisé ; qu'il s'ensuit que la preuve des faits invoqués contre un salarié dans une procédure disciplinaire issue de publications figurant sur son compte Facebook privé, rapportée par l'intermédiaire d'un autre salarié de l'entreprise autorisé à y accéder, est irrecevable ; que dans ses conclusions d'appel (p.9 et 15), Mme X... soutenait que la preuve des faits reprochés n'était pas opposable, ces derniers se rapportant à un compte Facebook privé, non accessible à tout public mais uniquement aux personnes que cette dernière avait accepté de voir rejoindre son réseau ; qu'en se bornant à retenir que l'employeur n'avait commis aucun fait illicite ou procédé déloyal d'atteinte à la vie privée, ayant été informé de la diffusion de la photographie litigieuse sur le compte Facebook de la salariée par un des « amis » de Mme X... travaillant au sein de la société, sans s'expliquer sur le caractère inopposable, et donc irrecevable, de la preuve invoquée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 9 et 1353 du code civil, ensemble l'article 9 du code de procédure civile;

2°/ que, les éléments publiés sur un compte Facebook privé, accessible uniquement à des personnes préalablement approuvées et en nombre limité, sont de nature privée et ne peuvent justifier un licenciement ; qu'un manquement isolé reproché à un salarié sans antécédent disciplinaire ne peut justifier un licenciement pour faute grave ; qu'il s'ensuit que le fait qu'un salarié, sans passif disciplinaire, poste une photographie en lien avec l'activité de l'entreprise, sur un compte Facebook paramétré en mode privé, accessible à un nombre restreint de personnes dont il a préalablement validé l'accès, ne constitue pas une faute grave, pas plus qu'une cause de licenciement ; qu'en se bornant à retenir, pour dire la faute grave caractérisée, que la salariée avait plus de 200 amis sur le réseau Facebook qui étaient des professionnels de la mode travaillant auprès d'entreprises concurrentes ce qui dépassait la sphère privée, et que la société avait interdit les communications extérieures en 2012 et 2013, sans s'expliquer, comme elle y était invitée (conclusions d'appel p.5, 9, 13 et 16), sur le fait que la salariée n'avait jamais été sanctionnée auparavant, que le compte Facebook en cause était privé, que les publications non publiques étaient accessibles à seulement 20 personnes, et que les individus visés par l'employeur comme travaillant auprès de concurrents n'évoluaient pas sur le même secteur d'activité que celui de la société Petit Bateau, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1232-1, L.1234-1, L. 1234-5, et L. 1234-9 du code du travail ;

3°/ que l'employeur ne peut porter une atteinte disproportionnée et déloyale au droit au respect de la vie privée du salarié ; qu'il s'ensuit qu'il ne peut s'immiscer abusivement dans les publications du salarié sur les réseaux sociaux ; qu'en décidant que l'employeur n'avait commis aucun fait illicite ou procédé déloyal d'atteinte à la vie privée (arrêt p.5) quand elle se référait, pour justifier la faute grave, à l'identité et aux activités professionnelles des amis de la salariée sur le réseau Facebook, telles que rapportées par l'employeur et dont il considérait qu'ils travaillaient chez des concurrents, la cour d'appel a violé l'article 9 du code civil ;

4°/ qu'un motif incertain équivaut à un défaut de motif ; qu'en retenant, pour dire le licenciement fondé sur une faute grave, que «Facebook, qui est un réseau accessible par connexion internet, ne garantit pas toujours la confidentialité nécessaire », la cour d'appel a statué par un motif incertain et violé l'article 455 du code de procédure civile ;

5°/ que la négligence, qui relève de l'insuffisance professionnelle, ne constitue pas une faute sauf mauvaise volonté du salarié ; qu'en retenant qu'il importait peu que la communication faite par Mme X... soit le fruit d'une négligence et non d'une intention frauduleuse, sans caractériser une mauvaise volonté délibérée de la salariée, la cour d'appel a violé les articles L. 1232-1, L.1234-1, L. 1234-5, L. 1234-9, et L.1235-3 du code du travail ;

6°/ que dans ses écritures d'appel (conclusions p.12-13), Mme X... soutenait que la note interne du 25 octobre 2012 interdisant l'utilisation de la marque Petit Bateau

sur les réseaux sociaux n'était pas opposable dans la mesure où elle n'avait pas été soumise à la consultation des représentants du personnel ni transmise à l'inspection du travail ; qu'en retenant que la société avait interdit les communications extérieures en 2013, sans s'expliquer sur le caractère inopposable de ladite note de service, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1232-1, L.1234-1, L. 1234-5, L. 1234-9 et L.1235-3 du code du travail ;

Les principales questions soulevées par ce moyen sont :

1°/ la preuve de faits invoqués contre une salariée dans une procédure disciplinaire issue de publications figurant sur son compte Facebook privé, accessible uniquement par des personnes préalablement approuvées, rapportée par l'intermédiaire d'une autre salariée de l'entreprise autorisée à y accéder, est-elle licite?

2°/ des éléments en lien avec l'activité de l'entreprise publiés par une salariée sur un compte Facebook privé, accessible uniquement par des personnes préalablement approuvées, peuvent -ils constituer un manquement à une obligation du contrat de travail, telle que l'obligation de confidentialité ?

Avant l'analyse du moyen (4-3), seront développés doctrine et jurisprudence, en premier lieu sur les principes de liceité de la preuve (4-1), puis sur la problématique de l'articulation entre le pouvoir de direction de l'employeur et la vie personnelle du salarié (4-2).

4-1 Sur la liceité de la preuve

Le droit commun de la preuve distingue traditionnellement entre la preuve des faits juridiques qui est libre et la preuve des actes juridiques qui ne peut normalement être rapportée qu'à l'aide d'un écrit.

En droit du travail, le principe a été posé dans l'arrêt Soc. 27 février 2001, n°98-44.666, Bull V n°108 : En matière prud'homale la preuve est libre.

Ce principe s'explique notamment par le fait que dans la plupart des litiges prud'homaux, ce qui est à prouver, ce sont des faits (ou des comportements ou agissements, mais donc toujours des faits) dont l'une des parties entend tirer des conséquences de droit.

La liberté de la preuve n'est toutefois pas sans limites.

En effet, selon l'article 9 du code de procédure civile, il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.

C'est en application de ce texte que la Cour de cassation se prononce sur la liceité de la preuve qui en droit du travail recouvre deux aspects : le principe de loyauté dans l'administration de la preuve et le droit au respect de la vie privée.

En d'autres termes, le droit à la preuve doit se combiner avec d'autres droit et liberté, à savoir le principe de loyauté (4-1-1) et le droit au respect de la vie privée (4-1-2).

Ces principes fondamentaux sont ceux qui s'imposent quels que soient le type de contentieux ou les modes de preuve en présence. Mais alors qu'ils gouvernent l'ensemble du droit probatoire, ils n'ont fait l'objet d'aucune réflexion lors de la réforme portée par l'ordonnance du 10 février 2016. Seul celui de la liberté de la preuve a été codifié par l'article 1358 du code civil¹

4-1-1 sur le principe de loyauté dans l'administration de la preuve

La loyauté connaît de nombreuses application en droit processuel, tels que le principe de contradiction, les règles de transmission des pièces ou de production de preuve. A ces manifestations classiques, la Cour de cassation en a ajouté une nouvelle : l'exigence de loyauté dans l'obtention des preuves.

Il peut être relevé que ce principe n'est pas reconnu en tant que tel par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui a toujours décidé que les règles d'admissibilité des modes de preuve relevaient de la compétence exclusive des États, seul le respect du principe du contradictoire et, plus généralement, des droits de la défense, étant exigé par l'impératif du procès équitable (CEDH, 12 juillet 1988, Schenk c/ Suisse, requête n°10862/84 ; arrêt du 17 octobre 2019, Lopez Ribalda c/Espagne, requêtes 1874/13 et 8567/13).

C'est par un arrêt du 20 novembre 1991 que la chambre sociale de la Cour de cassation a inauguré, au visa de l'article 9 du code de procédure civile, le principe de loyauté probatoire (soc., 20 novembre 1991, pourvoi n° 88-43.120, Bulletin 1991 V n° 519).

Par la suite la chambre sociale a considéré comme déloyales les preuves obtenues dans les hypothèses de l'utilisation de procédés clandestins, de stratagème ou par fraude.

S'agissant de procédés clandestins, est irrecevable comme moyen de preuve l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisée à l'insu de son auteur. C'est dans une telle hypothèse que l'Assemblée plénière de Cour 7 janvier

¹ Dalloz, Répertoire de droit civil - Preuve : les règles de preuve - n°229

2011, pourvoi n° 09-14.667, 09-14.316, Bull. 2011, Ass. Plén. n° 1 a posé en visa d'un arrêt de cassation le principe de loyauté dans l'administration de la preuve : Il résulte des articles 9 du code de procédure civile, 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, que l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve.

La même solution a été adoptée par la chambre sociale (Soc., 29 janvier 2008, n°06-45.093) et la deuxième chambre civile (2e Civ., 9 janvier 2014, pourvoi n° 12-17.875).

Ce qui est déloyal, c'est que l'enregistrement est effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués. C'est pourquoi, il est jugé différemment à propos de SMS (Soc.23 mai 2007, n°06-43.209, Bull n°85 ; cf également Com., 10 février 2015, pourvoi n° 13-14.779, Bull. 2015, IV, n° 20) ou d'un message laissé sur un répondeur téléphonique (Soc., 6 février 2013, n°11-23.738, Bull n°31), dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur, de sorte que son destinataire peut valablement les utiliser comme modes de preuve. De même, et a fortiori, le destinataire d'un message électronique peut le produire en justice (Soc., 25 septembre 2013, n°11-25.884, Bull V n°207 ; Soc., 1er juin 2017, pourvoi n° 15-23.522, Bull. 2017, V, n° 99)

C'est essentiellement à propos de l'utilisation par l'employeur d'un procédé clandestin de surveillance de l'activité des salariés que s'est développée dans la jurisprudence sociale l'application du principe de loyauté de la preuve, et sa conséquence selon laquelle tout mode de preuve n'est pas licite et ne l'est pas celui obtenu à l'aide d'un procédé déloyal. Il ne s'agit pas de dénier à l'employeur le droit de contrôler l'activité de ses salariés mais pas suivant n'importe quel moyen.

C'est dans l'arrêt de principe précité de 1991 que la chambre sociale a posé en règle que « : Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite. Une cour d'appel ne peut donc, sans violer l'article 9 du nouveau Code de procédure civile, retenir à l'encontre d'une salariée l'existence d'une faute grave, en se fondant sur un enregistrement effectué par l'employeur, au moyen d'une caméra, du comportement et des paroles de la salariée, tandis qu'il résulte du procès-verbal de transport sur les lieux effectué par les juges du second degré que la caméra était dissimulée dans une caisse, de manière à surveiller le comportement des salariés sans qu'ils s'en doutent..

Il faut bien comprendre que ce n'est pas en tant qu'il s'agit d'un système de vidéo-surveillance que le mode de preuve est prohibé mais en tant qu'il a été mis en place à l'insu des salariés, ce qui lui confère son caractère clandestin. Autrement dit, le principe de loyauté s'applique dans l'avertissement préalable des salariés (ex : Soc., 2 février 2011, n°10-14.263 : Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel, qui a relevé que

l'ensemble du personnel de la brasserie et du bar du casino avait été avisé de la présence de caméras de vidéo-surveillance fonctionnant en permanence conformément aux prescriptions réglementaires en la matière, a, répondant ainsi aux conclusions et sans avoir à effectuer des recherches que ces constatations rendaient inopérantes, décidé à juste titre que les enregistrements vidéo litigieux constituaient un moyen de preuve licite).

Cf également 1^{re} Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-19.482, Bull. 2009, I, n° 182 : Une cour d'appel, se fondant sur des photos de vidéo surveillance, peut retenir que des faits se trouvent ainsi établis conformément à la loi après avoir relevé que, selon constat d'huissier de justice, l'avertissement de l'existence des caméras figurait sur trois panneaux placés dans les lieux concernés, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'immeuble.

De même, ont été jugés irrecevables le rapport d'un détective privé et les témoignages résultant de la surveillance d'une caissière opérée par les autres salariés car ce dispositif de contrôle n'avait pas été préalablement porté à la connaissance des salariés (Soc., 15 mai 2002, n°00-42.885) ou le constat d'huissier à la suite de renseignements obtenus sous une fausse qualité (Soc., 5 juillet 1995, n°92-40.050, Bull n°237) ou enfin des enregistrements d'un système de vidéosurveillance installé sur le site d'une société cliente permettant le contrôle de leur activité dont les intéressés n'ont pas été préalablement informés de l'existence (Soc., 10 janvier 2012, n°10-23.482, Bull V n°2).

La solution a été consacrée en son principe par la loi (articles L.1222-3, L.1222-4 et L.2323-32 du code du travail).

Ainsi de nombreux auteurs² considèrent que l'obligation légale préalable pour l'employeur d'informer le comité d'entreprise, les salariés individuellement et la CNIL de la mise en place d'un dispositif de surveillance se fonde sur le principe de loyauté.

Au-delà de l'interdiction de recours à un procédé clandestin de surveillance des salariés, la chambre sociale juge également illicite la preuve obtenue par l'utilisation d'un stratagème :

- Soc., 18 mars 2008, n° 06-45.093, Bull n°64 : Les résultats d'un procédé de surveillance clandestin et déloyal du salarié, procédant d'un stratagème, ne peuvent être retenus comme moyen de preuve.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui se fonde, pour retenir une faute du salarié, sur des rapports dressés par d'autres agents mandatés par un supérieur hiérarchique pour se rendre dans le restaurant exploité par l'épouse de l'intéressé afin de vérifier si celui-ci y travaillait pendant ses heures de service, en se présentant comme de simples clients, sans révéler leurs qualités et le but de leur visite.

²D. Lebeau-Marianna et O. Vasset, « A... et droit de contrôle de l'employeur », Cah. dr. Entr., n° 1, janvier 2007, dossier 2 ; B. Bossu et A. Barège, « Preuve et surveillance des salariés : regards français », Les Cahiers du droit, vol. 54, n° 2-3, juin-septembre 2013, 277-302

- Soc. 18 mars 2008, n°06-40.852, Bull n°65 : Si un constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié, en revanche, il n'est pas permis à celui-ci d'avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve.

- Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-30.266, Bull. 2012, V, n° 208 : Si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en oeuvre un dispositif de contrôle clandestin et à ce titre déloyal. Constitue un stratagème rendant illicite le moyen de preuve ainsi obtenu l'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel.

Notons que dans un arrêt non publié, Soc. 20 décembre 2017, n°16-19.609, mais remarqué et commenté par la doctrine, notre chambre a jugé à propos d'une salariée licenciée pour faute sur la base d'un constat d'huissier évoquant de violents commentaires sur son compte Facebook, mais obtenus à partir du téléphone portable d'un autre salarié :

Attendu que la société Jesana fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à la salariée une somme à titre de dommages-intérêts pour atteinte à la vie privée alors, selon le moyen, que les informations recueillies par l'employeur au moyen d'un téléphone mis à la disposition d'un salarié pour les besoins de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel, en sorte qu'elles constituent un mode de preuve licite, sauf si elles sont identifiées comme étant personnelles ou portent atteinte de manière disproportionnée à la vie privée du salarié ; qu'en l'espèce, il était constant que les informations que l'employeur produisait aux débats avaient été recueillies au moyen du téléphone portable professionnel d'un autre salarié, ce dont il résultait qu'elles étaient présumées professionnelles ; qu'en jugeant, pour les écarter des débats, que l'employeur n'était pas autorisé à y accéder, sans constater qu'elles avaient été identifiées comme personnelles ni faire apparaître en quoi le fait par l'employeur d'y accéder aurait porté une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée au regard du droit de l'employeur d'assurer sa défense dans le cadre de la procédure prud'homale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 9 et 1315 du code civil, ensemble l'article 9 du code de procédure civile et l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

Mais attendu qu'ayant relevé que le procès-verbal de constat d'huissier établi le 28 mars 2012 à la demande de la société Jesana rapportait des informations extraites du compte facebook de la salariée obtenues à partir du téléphone portable d'un autre salarié, informations réservées aux personnes autorisées, la cour d'appel a pu en déduire que l'employeur ne pouvait y accéder sans porter une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée ; que le moyen n'est pas fondé ;

Cette décision a été commentée en doctrine, en ce qu'il serait reconnu que l'employeur n'est pas autorisé à accéder au profil Facebook fermé d'un salarié en utilisant le portable professionnel d'un autre salarié, ce procédé serait déloyal :

Jurisprudence sociale Lamy, n°449, 16 mars 2018, « Licéité de la preuve recueillie sur Facebook par l'employeur » Sébastien Mayoux (Soc., 20 décembre 2017, pourvoi n°16-19.609)

(...) • Licéité de la preuve et atteinte à la vie privée

Facebook est devenu pour certains salariés un exutoire de leurs sentiments, craintes et peurs vis-à-vis de leurs relations de travail ou à l'égard de leur employeur. Pour d'autres, ce réseau social offre une opportunité d'effectuer de la délation sur les pratiques de leurs collègues ou de l'entreprise. Inversement pour le salarié, Facebook est rapidement apparu au profit de l'employeur comme un outil de surveillance, permettant d'épier les pratiques personnelles de certains salariés - ou candidats à l'embauche - et de détecter des comportements fautifs.

L'enjeu s'est alors cristallisé sur la licéité des éléments de preuve recueillis par l'employeur sur le mur Facebook des salariés et sur le point de savoir si ces informations relèvent ou non de la protection de la vie privée (art. 9 du Code civil, et 226-1 du Code pénal).

Les juges du fond ont élaboré une solution en plusieurs temps. Le premier temps de la réflexion des juges a porté sur la confidentialité des informations diffusées sur Facebook, à un moment où il était très simple d'accéder à des informations postées sur ce site via un moteur de recherche. L'approche judiciaire s'est alors limitée principalement à déterminer le nombre d'amis de l'utilisateur. Selon le volume d'amis en cause, l'information devenait publique ou non (voir sur la question : CA Reims 9 juin 2010, no 09-3209). Mais cette approche n'était pas satisfaisante dans la mesure où les juges utilisaient des quotas pour savoir si le mur était ou non public. Cette question a cependant été en partie vidée de sens lorsque Facebook, conscient du risque d'atteinte à la vie privée, a facilité la protection de données personnelles véhiculées par son site. La confidentialité devenant le principe, et le volume d'amis une question subsidiaire, nombre d'employeurs qui disposaient d'informations obtenues grâce à une recherche systématique sur un moteur de recherche - attestée par constats d'huissier - ont vu leur champ d'actions limité.

La Cour d'appel de Poitiers avait laissé entendre toutefois un infléchissement relatif de la protection de la vie privée dans le cas où la production d'éléments est indispensable à l'exercice du droit de la preuve et que l'atteinte est proportionnée au but poursuivi. En l'occurrence, la Cour d'appel a jugé justifiée la production d'informations privées recueillies sur Facebook par l'employeur, dans une espèce où le salarié avait humilié sur ce réseau social un résident handicapé (CA Poitiers, 4 mai 2016, n°15/04170).

- Modalités d'obtention de la preuve

Dans un second temps, la question de la licéité de la preuve s'est portée sur les modalités d'obtention de la preuve. Tel est aujourd'hui l'enjeu juridique, lequel est au centre du présent arrêt.

Antérieurement à la décision du 20 décembre 2017, les juges du fond avaient fixé un cadre juridique de la preuve recueillie sur Facebook plus ou moins cohérent. Tant qu'elle restait en accès restreint, l'information Document Wolters Kluwer France soumise aux conditions d'utilisation définies par la Charte d'Utilisation et les Conditions Générales d'Abonnement 2 / 5 était inexploitable juridiquement par l'employeur, et ce même s'il en avait eu connaissance par un moyen détourné. En revanche, lorsqu'une personne autorisée à accéder au profil de l'intéressé, en l'occurrence un autre salarié de l'entreprise, extrayait cette information et la diffusait hors du cercle restreint, elle devenait publique et partant, utilisable par l'employeur (CA Rouen, ch. soc., 26 avr. 2016, no 14/03517).

Dans ce genre d'hypothèse, sauf si l'employeur avait utilisé un stratagème vis-à-vis du salarié délateur pour obtenir l'information, la remise spontanée d'une information privée à l'employeur rendait la preuve licite. Cette position soulevait, malgré tout, des questions, notamment sur le consentement nécessaire de l'auteur des informations sur la diffusion des informations par l'un des membres du cercle privé. Pour les juges du fond, l'auteur de l'information litigieuse sur Facebook aurait donné un consentement « tacite » à la personne qui avait diffusé l'information. Or, sur ce point, on ne voit pas l'intérêt pour lui de fermer son mur Facebook au public si l'on donne un blanc-seing au principe du consentement tacite. Par ailleurs, cette position se montrait en contradiction avec l'article 226-1 du Code pénal qui précise qu'«

est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :

1°/ En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ; [...] Lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé ».

Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation s'oppose frontalement à cette jurisprudence en rappelant que l'information litigieuse extraite du compte Facebook étant « réservée aux personnes autorisées, [...] l'employeur ne pouvait y accéder sans porter une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée ». La Cour de cassation ne tient à cet égard aucun compte du support sur lequel l'information a été recueillie, en l'occurrence un téléphone par nature professionnelle. Le caractère professionnel du support ne remet pas en cause l'essence privée des informations qui s'y trouve.

Sans être très explicite, la Cour de cassation semble affirmer que l'information par nature privée la conserve même lorsqu'elle sort du cercle restreint.

Une interprétation minimaliste de l'arrêt serait de considérer que l'obligation de loyauté dans l'exécution du contrat à laquelle est soumis l'employeur (C. trav., art. L. 1221-1) impose qu'il ne retienne pas à l'égard d'un salarié un élément obtenu de manière déloyale ou frauduleuse. En l'espèce, étant donné que pour obtenir l'élément litigieux, l'employeur s'est immiscé dans la sphère privée du salarié, il existe une atteinte manifeste et « disproportionnée » de sa part. En somme, l'arrêt ne s'inscrirait que dans le courant jurisprudentiel classique qui veille à ce que l'employeur n'ait aucune ingérence dans la vie privée du salarié pour fonder une sanction disciplinaire (voir notamment en matière de vie affective du salarié : Cass. soc., 13 janv. 2009, n° 07-43.282).

Toutefois, une interprétation plus extensive de l'arrêt se justifie incontestablement. Plusieurs raisons l'expliquent. La question du moyen de preuve obtenu sur les réseaux sociaux suscite énormément de conséquences pratiques, et sur ce point, les arrêts des juges du fond sont actuellement insuffisants. De plus, la chambre sociale de la Cour de cassation se prononce pour la première fois sur la question de Facebook ; l'enjeu est tellement important qu'il n'est pas possible de considérer, à notre sens, que la Cour suprême ait entendu limiter son approche à la seule question de la loyauté. À cet égard, de nombreuses interrogations sont soulevées par cet arrêt.

En premier lieu, la Cour de cassation ne précise pas clairement comment l'employeur a obtenu la preuve.

Le salarié ami avec madame X... a-t-il remis volontairement l'information, ou l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, a-t-il eu accès au téléphone professionnel? au regard de la formulation de l'arrêt, il semble bien que ce soit la première hypothèse.

En deuxième lieu, si la Cour de cassation considère que l'information, pourtant sortie d'un cercle privé, conserve ce caractère, elle ne se positionne pas sur les modalités pour la rendre publique. Faut-il l'information préalable du salarié auteur de l'information litigieuse ou faudrait-il plus drastiquement son autorisation ? Dans l'hypothèse de la reconnaissance de la seule information, faut-il attendre un délai raisonnable pendant lequel le salarié peut s'opposer à cette diffusion avant sa transmission à l'employeur?

application directe de l'article 226-1 du Code pénal, la seule connaissance - et l'absence d'opposition - du salarié auteur de l'information litigieuse paraît au minimum nécessaire.

En troisième lieu, si les juges décident qu'une information sortie d'un cercle privé conserve ce caractère, il est nécessaire de revoir l'intégralité du régime de la preuve en droit social et au-delà du simple réseau

social. En somme, en étendant cette solution, les simples échanges - écrits ou oraux - entre salariés seraient privés, ce qui entrainerait une impossibilité quasi-absolue pour un salarié de dénoncer des propos tenus par un autre. L'interprétation extensive de cet arrêt démontre une extrême dangerosité.

En quatrième lieu, la position de la Cour de cassation a des répercussions directes en droit pénal : le salarié qui transmet volontairement à l'employeur des propos ou informations recueillies sur le compte Facebook d'un autre salarié à son employeur commet irrémédiablement une infraction au sens de l'article 226-1 du Code pénal en l'absence de consentement préalable de l'auteur des propos. Voilà une position de la chambre sociale qui, si elle était confirmée, devrait nourrir le contentieux de la chambre criminelle.

- La question du support de l'information

Les juges de la chambre sociale ont très largement éludé la question du support sur lequel l'employeur a en l'espèce recueilli l'information. Dans son pourvoi, l'employeur soutenait à juste titre que celle-ci était certes extraite du compte Facebook de la salariée, mais que sa matérialité provenait d'une capture d'écran sur un téléphone portable professionnel. En d'autres termes, selon lui, toute information provenant d'un support de nature professionnel épouse elle-même ce caractère, si bien entendu et application faite de la jurisprudence en matière informatique ou messagerie professionnelle, celle-ci n'est pas estampillée «privée », « confidentielle » ou « personnelle » (voir à titre d'exemple pour le contrôle des fichiers informatiques Cass. soc., 18 oct. 2006, no 04-48.025). rappelons que la Cour de cassation a étendu ce principe aux SMS envoyés ou reçus sur un téléphone mis à disposition par l'employeur (Cass. com., 10 févr. 2015, n°13-14.779). Au même titre, tout support externe connecté à un outil professionnel (ex : une clé USB) devient par nature professionnelle, sauf mention expresse de la confidentialité (Cass. soc., 12 févr. 2013, no 11-28.649)L'argumentation soutenue par l'employeur avait une certaine cohérence. En somme, le caractère professionnel du support de communication s'étendrait au contenu non identifié comme personnel. Par conséquent, toutes les applications qui se trouvent sur le téléphone professionnel, de type Facebook, Whatsapp, Twitter, Instagram... seraient de nature professionnelle et pourraient donc être accessibles à l'employeur. suivant l'argumentation de l'employeur, le caractère professionnel s'étendrait aux informations contenues sur le réseau social, de sorte que l'employeur pourrait y avoir accès sans accord, sans présence et sans l'information du salarié.

Sans pour autant être explicite, la Cour de cassation écarte cette argumentation et considère que les applications de type réseau social sont soumises au respect de la vie privée, peu important le support sur lequel elles sont accessibles.

- Un arrêt appelant une confirmation

Quand bien même cet arrêt reste inédit et nonobstant la brièveté de l'attendu, le choix de la Cour de cassation semble être de limiter fortement le champ de la preuve recueillie par l'entremise d'un réseau social. La marge de manoeuvre pour l'employeur serait extrêmement réduite, la possibilité pour lui d'utiliser ce type de preuve se limitant à deux hypothèses : s'il est l'« ami » du salarié sur Facebook (ou un de ses followers sur Instagram, Twitter...) ou si le profil du salarié en cause est totalement public. Hormis, ces deux hypothèses, la preuve recueillie sur le réseau social serait totalement illicite. Devant le nombre de sanctions disciplinaires reposant sur des informations extraites d'un réseau social, il est fort souhaitable que la chambre sociale se positionne fermement sur la question. Cet arrêt laisse trop de doutes, notamment pour les employeurs, pour qu'il ne soit pas suivi par d'autres décisions.

FRS 23/18 -Blandine Alix et Justice Février

Par quels moyens l'employeur peut-il rapporter la preuve de propos abusifs tenus sur Facebook ?

En matière prud'homale, la preuve est libre. Les parties peuvent ainsi verser aux débats tout élément qu'elles considèrent comme utile, à charge pour le juge d'en apprécier la portée (Cass. soc. 23-10-2013 n° 12-22.342 F-PB : RJS 1/14 n° 21 ; Cass. soc. 25-9-2013 n° 11-25.884 F-PB : RJS 12/13 n° 846). Cette liberté de la preuve est toutefois limitée par l'exigence de loyauté. La preuve doit être recueillie par les parties de manière licite. À titre d'exemple, la Cour de cassation considère que sont illicites et donc irrecevables les moyens de preuve recueillis par le biais d'une filature réalisée par un détective (Cass. soc. 26-11-2002 n° 00-42.401 FS-PBRI : RJS 2/03 n° 149) ou par le biais d'enregistrement d'une conversation téléphonique à l'insu du salarié (Cass. ass. plén. 7-1-2011 n° 09-14.316 et 09-14.667 PBRI : RJS 7/11 n° 653 ; Cass. soc. 7-10-2004 n° 03-12.653 FS-PB) ou par un système de vidéosurveillance installé à l'insu des salariés (Cass. soc. 20-11-1991 n° 88-43.120 PF : RJS 1/92 n° 1).

Dans la mesure où en principe, les outils mis par l'entreprise à la disposition du salarié pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel (Cass. soc. 18-10-2006 n° 04-48.025 F-PB : RJS 12/06 n° 1241 ; Cass. soc. 15-12-2010 n° 08-42.486 F-D : RJS 2/11 n° 92), un employeur - qui avait eu accès au compte Facebook d'un salarié en utilisant le portable professionnel d'un autre salarié - a tenté de s'appuyer sur cette règle pour éviter que sa preuve soit jugée irrecevable par la Cour de cassation. La Cour de cassation a jugé « qu'ayant relevé que le procès-verbal (...) rapportait des informations extraites du compte Facebook de la salariée obtenues à partir du téléphone portable d'un autre salarié, informations réservées aux personnes autorisées, la cour d'appel a pu en déduire que l'employeur ne pouvait y accéder sans porter une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée » (Cass. soc. 20-12-2017 n° 16-19.609 F-D : RJS 3/18 n° 157).

Ainsi, la Cour de cassation juge déloyale l'obtention des informations figurant sur le compte Facebook d'un salarié au moyen du téléphone d'un autre salarié autorisé à y accéder, quand bien même ce téléphone est professionnel et que les informations sont extraites par constat d'huissier.

Pour autant, toute production d'informations extraites du compte Facebook d'un salarié n'est pas exclue. La cour d'appel de Rouen a ainsi jugé que la preuve des propos tenus par un salarié sur Facebook rapportée à l'employeur par deux attestations d'un autre salarié auxquelles étaient jointes des captures d'écran du compte Facebook n'est pas illicite. En effet, selon les juges, « le principe de la liberté de la preuve en matière prud'homale n'interdit pas à l'employeur d'être destinataire d'un témoignage quelconque et notamment de celui d'une personne habilitée à accéder au compte Facebook du salarié, le caractère spontané de la révélation n'étant pas contesté ; que l'employeur n'a pas eu accès à l'information litigieuse de manière déloyale ou illicite » (CA Rouen 26-4-2016 n° 14/03517). (...)

Revue de droit du travail 2019 p. 44 - Insultes du salarié sur Facebook : dits et non-dits sur la médisance paramétrée - Raphaël Dalmasso (à propos de Soc., 12 décembre 2018, n°16-11.690, publié)

(...) B- La question de la preuve par l'employeur de l'insulte

Cependant, la question procédurale la plus délicate concerne la preuve que peut fournir un employeur si le salarié opère dans un espace filtré. Nous avons vu que même si le réseau demeurait fermé, un abus du nombre d'amis à qui le message était diffusé pouvait permettre de concevoir une faute du salarié. Dans ce point précis se pose le problème de la preuve de la faute. Vu que le réseau est fermé, le salarié entendait certainement restreindre la communication des insultes, et, au moins, la

cache à son employeur. Ce dernier a donc nécessairement dû utiliser des stratagèmes pour pénétrer ce réseau, soit en intégrant via une fausse identité le cercle d'amis, soit en utilisant un ami peu fiable, soit encore en forçant informatiquement l'accès à la page. En tout état de cause, l'information qu'il a réussi à se procurer s'est faite non seulement sans le consentement du salarié, mais pire, en trompant la confiance que ce dernier avait accordée aux membres de son réseau, et au réseau lui-même. C'est ce qu'il semble s'être passé dans l'affaire étudiée, où la supérieure hiérarchique a réussi, sans que l'on sache comment, à pénétrer dans le groupe fermé. Dès lors, la preuve était-elle loyale, et recevable ? L'arrêt étudié ne répond malheureusement pas à cette question, se contentant de constater que le cercle était suffisamment privé. Un arrêt récent(18), un peu confus, semble avoir donné quelques éléments de réponse. En l'espèce, un employeur avait pu obtenir des informations sur le compte Facebook paramétré d'une salariée à partir du téléphone portable d'un autre salarié ayant accès au réseau privé. La Cour de cassation a indiqué que l'employeur ne pouvait accéder de cette manière à ces données sans porter une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée. Cette solution, qui ne serait qu'une nouvelle application du célèbre arrêt Nikon (19), semblerait pertinente. En pratique, si cette solution était confirmée, il serait donc impossible, pour un employeur, quelle que soit la taille du cercle tant qu'il est privé, de prouver de manière loyale l'insulte. Il serait néanmoins opportun que la Cour de cassation confirme que cette interprétation est correcte.

Enfin, en matière pénale, quelques observations :

* Sur le principe de loyauté, la Cour de cassation en assemblée plénière (Ass. plén., 9 décembre 2019, n° 18-86.767) a précisé que : Toute méthode d'investigation qui contribuerait à provoquer la commission de l'infraction est proscrite, le stratagème ainsi employé étant alors de nature à entraîner la nullité des actes de procédure. En dehors de cette hypothèse, le recours, par les autorités publiques, à un stratagème tendant à la constatation d'une infraction ou l'identification de ses auteurs ne constitue pas, en soi, une atteinte au principe de loyauté de la preuve. Pour qu'une telle atteinte soit constituée, il est nécessaire que le procédé employé, par un contournement ou un détournement d'une règle de procédure, ait pour objet ou pour effet de vicier la recherche de la preuve en portant atteinte à l'un des droits essentiels ou à l'une des garanties fondamentales de la personne suspectée ou poursuivie

Dans un arrêt récent, la chambre criminelle a jugé que ne constitue pas un stratagème, le fait pour des gendarmes de consigner dans un tel procès-verbal des propos qui n'ont pas été recueillis contre le gré de l'intéressé ou à son insu, mais fournis spontanément (Crim., 7 janvier 2020, pourvoi n° 19-84.246).

*sur le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : il est rappelé que l'article 226-1 du code pénal prévoit qu'est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui:

1°/ En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel; — V. Arr. du 4 juill. 2012 ss. art. R. 226-1.

2°/ En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé.

Lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé.

L'article 226-2 punit des peines prévues par l'article 226-1 « le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide d'un des actes prévus par l'article 226-1 ».

Seules certaines atteintes à la vie privée, jugées les plus graves par le législateur, sont ici érigées en infraction.

Le délit prévu et réprimé par l'art. 368-1 C. pénal (devenu 226-1) pour être constitué, suppose non seulement l'enregistrement au moyen d'un appareil quelconque des paroles prononcées (dans un lieu privé) par une personne, sans le consentement de celle-ci, mais que les propos en cause concernent l'intimité de la vie privée de cette dernière; tel n'est pas le cas des propos tenus par un employeur lors de l'entretien préalable au licenciement d'un salarié (Crim. 16 janvier 1990, n° 89-83.075). Le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée n'est punissable que si le prévenu a eu la volonté de porter atteinte à la vie privée d'autrui. (Crim., 7 octobre 1997, pourvoi n° 96-81.485, Bulletin crim. 1997, n° 324).

4-1-2 Administration de la preuve et droit au respect de la vie privée

Phénomène social, la vie privée ne devient un intérêt juridique qu'à partir du moment où se manifeste la nécessité de protéger la personne humaine dans sa dignité et sa tranquillité contre les atteintes pouvant être perpétrées non seulement par l'Etat, mais également par les particuliers. Apportant sa contrainte, le droit protège d'abord contre les atteintes physiques à la vie privée en consacrant notamment l'inviolabilité du domicile comme un principe constitutionnel pénalement garanti. Mais c'est ensuite contre les atteintes morales à la vie privée, permises par le développement de la presse, de la photographie, de la télévision, de l'informatique et des nouvelles technologies de communication, que le besoin social de protection s'est véritablement imposé³.

*Introduit par la loi du 17 juillet 1970, l'article 9 du code civil pose le principe du droit à chacun au respect de sa vie privée, mais il ne définit pas l'objet de ce droit : la vie privée.

Ce sont donc la doctrine et la jurisprudence qui ont oeuvré à la détermination du contenu de la vie privée pour l'application de l'article 9 du code civil.

³ Jurisclasseur art. 9 fascicule 10 n°2

S'agissant des différentes propositions de la doctrine⁴, il sera relevé ici, que celle-ci a parfois essayé de cerner la notion de vie privée en l'opposant à la vie publique. Ainsi, la vie privée serait désignée comme englobant tout ce qui ne relève pas la vie publique . Toutefois, cette proposition est critiquée en ce que l'apport de cette analyse n'est pas évident : « elle créait le risque d'une mauvaise interprétation de la notion de vie publique par opposition à la vie privée. Certains auteurs ont exclu de la vie privée des activités qui se déroulaient en public (par ex., loisirs ; V. R. BADINTER, préc., no 13 : « À la vie professionnelle, s'ajoutent ces activités de loisirs qui, pour chacun de nous, se déroulent en public. Assister à un match de football, à une soirée à l'Opéra, à tous ces spectacles qui, par définition, sont représentés en public, c'est se mêler dans ses jeux à la vie de la cité »). Pourtant, ce qui se déroule dans un lieu public n'est pas forcément exclu de la vie privée. Les loisirs, même dans des lieux publics, relèvent de la vie privée »⁵.

Aussi, il est ajouté que « la vie privée ne doit pas se définir par référence à l'espace. Autrement dit, le lieu public n'exclut pas nécessairement la vie privée ; la différence entre lieu privé et lieu public ne coïncide donc pas avec celle entre vie privée et vie publique. La confusion pourrait venir de la mauvaise compréhension de dispositions pénales. En effet, l'incrimination d'atteinte à l'intimité de la vie privée par fixation non autorisée de l'image d'une personne qui figure à l'article 226-1 du code pénal exige que l'image soit celle d'une personne « dans un lieu privé ». Cette précision ne doit pas être récupérée comme un élément d'interprétation de la notion de la vie privée. Celle-ci ne peut être définie par référence à l'espace, dans l'idée, trop simple et trompeuse, que le contenu-vie privée coïnciderait avec le contenant-lieu privé(...) Dès lors, si le lieu privé est souvent le théâtre de la vie privée – c'est le cas du domicile –, il peut aussi, tel un bureau, être l'endroit où se déroule la vie professionnelle. Inversement, la vie privée peut se dérouler dans un lieu public. Si le droit pénal n'incrimine, à l'article 226-1 du code pénal, que l'atteinte à l'intimité de la vie privée commise par la fixation de l'image d'une personne dans un lieu privé, c'est parce que le droit pénal joue ici son rôle de sélection des actes les plus graves érigés en infractions. »⁶

⁴ Cf Répertoire de droit civil - Droits de la personnalité (Agate Lepage)- contenu du droit au respect de la vie privé - sphère de la vie privée : propositions doctrinales n°62 et suivants

⁵ Cf Répertoire de droit civil - Droits de la personnalité (Agate Lepage)- contenu du droit au respect de la vie privé - sphère de la vie privée n°63

⁶ Cf Répertoire de droit civil - Droits de la personnalité (Agate Lepage)- contenu du droit au respect de la vie privé - sphère de la vie privée : n°69

*Dans l'appréhension du contenu du droit au respect de la vie privée, les concepts européens ont été un facteur d'influence ;

Absent de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le droit au respect de la vie privée s'est trouvé progressivement consacré dans tous les instruments internationaux et européens de protection des droits de l'homme.

C'est ainsi d'abord que l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme précise : "Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur ou à sa considération". Le pacte international pour les droits civils et politiques du 16 décembre 1966 reprend quasiment la même formule.

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme stipule que "Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance". Cette formule a inspiré la rédaction de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 indiquant que "Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications".

En droit interne français, la proximité entre la vie privée et les droits de l'homme a été suggéré par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés qui, en son article premier, déclare :

"L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques".

La consécration constitutionnelle est plus récente (sous réserve du principe de l'inviolabilité du domicile) et s'est réalisée indirectement à travers d'autres principes : "la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle" (CC, 18 janvier. 1995, n° 94-352 DC) ; la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme implique le respect de la vie privée (CC., 23 juillet 1999, n° 99-416 DC).

Originellement envisagé comme un droit à l'intimité ou un droit au secret, le respect de la vie privée s'entend aujourd'hui beaucoup plus largement sous l'influence des concepts européens. D'un côté, le contenu juridique du droit au respect de la vie privée vise non seulement le secret, mais également la liberté de la vie privée. D'un autre côté, le concept de vie privée s'étend plus seulement de l'intimité, mais également de l'identité, chacun disposant d'un pouvoir de contrôle des éléments de son identification, c'est à dire un droit à l'anonymat.

Il est intéressant de relever la « définition » qui est donnée de la « vie privée » par la CEDH dans son arrêt *Barbulescu c. Roumanie* du 5 septembre 2017 n°61496/08 points 70 et suivants à propos d'un litige concernant un salarié surveillé par son employeur sur son compte de messagerie instantanée Yahoo Messenger :

70. (...) La notion de « vie privée » est une notion large, qui ne se prête pas à une définition exhaustive (*Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, nos 55480/00 et 59330/00, § 43, CEDH 2004-VIII). L'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel (*K.A. et A.D. c. Belgique*, nos 42758/98 et 45558/99, § 83, 17 février 2005), que ce soit sous la forme du développement personnel (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC]*, no 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI) ou sous celle de l'autonomie personnelle, qui reflète un principe important sous-jacent dans l'interprétation des garanties de l'article 8 (*Pretty c. Royaume-Uni*, no 2346/02, § 61, CEDH 2002-III). La Cour reconnaît que chacun a le droit de vivre en privé, loin de toute attention non voulue (*Smirnova c. Russie*, nos 46133/99 et 48183/99, § 95, CEDH 2003-IX (extraits)). Elle considère par ailleurs qu'il serait trop restrictif de limiter la notion de « vie privée » à un « cercle intime » où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle (*Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29, série A no 251-B). Ainsi, l'article 8 garantit un droit à la « vie privée » au sens large, qui comprend le droit de mener une « vie privée sociale », à savoir la possibilité pour l'individu de développer son identité sociale. Sous cet aspect, ledit droit consacre la possibilité d'aller vers les autres afin de nouer et de développer des relations avec ses semblables (*Bigaeva c. Grèce*, no 26713/05, § 22, 28 mai 2009, et *Özpynar c. Turquie*, no 20999/04, § 45 in fine, 19 octobre 2010).

71. La Cour considère que la notion de « vie privée » peut inclure les activités professionnelles (*Fernández Martínez c. Espagne [GC]*, no 56030/07, § 110, CEDH 2014 (extraits), et *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, no 21722/11, §§ 165-166, CEDH 2013) ou les activités qui ont lieu dans un contexte public (*Von Hannover c. Allemagne (no 2) [GC]*, nos 40660/08 et 60641/08, § 95, CEDH 2012). Des restrictions apportées à la vie professionnelle peuvent tomber sous le coup de l'article 8 lorsqu'elles se répercutent sur la façon dont l'individu forge son identité sociale par le développement de relations avec autrui. Il convient sur ce point de noter que c'est dans le cadre de leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum, d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur (*Niemietz*, précité, § 29).

72. Par ailleurs, pour ce qui est de la notion de « correspondance », il est à noter que, dans la rédaction de l'article 8 de la Convention, ce mot ne s'accompagne d'aucun adjectif, contrairement au terme « vie ». La Cour a du reste déjà constaté qu'il n'y avait pas lieu de qualifier cette notion dans le cas de la correspondance téléphonique. Dans plusieurs affaires relatives à la correspondance avec un avocat, elle n'a pas même envisagé la possibilité que l'article 8 soit inapplicable du fait du caractère professionnel de la correspondance (voir en ce sens *Niemietz*, précité, § 32, avec les références citées). Elle a d'ailleurs conclu que les communications téléphoniques relèvent des notions de « vie privée » et de « correspondance » au sens de l'article 8 (*Roman Zakharov c. Russie [GC]*, no 47143/06, § 173, CEDH 2015). En principe, cela est également vrai lorsque ces communications émanent de locaux professionnels ou sont reçues dans de tels

locaux (Halford, précité, § 44, et Amann c. Suisse [GC], no 27798/95, § 44, CEDH 2000-II). Il en va de même pour les messages électroniques envoyés depuis le lieu de travail : ils relèvent aussi de la protection de l'article 8, tout comme les éléments recueillis au moyen d'une surveillance de l'usage qu'une personne fait d'internet (Copland, précité, § 41 in fine).

73. Il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour que les communications émanant de locaux professionnels, tout comme celles provenant du domicile, peuvent se trouver comprises dans les notions de « vie privée » et de « correspondance » visées à l'article 8 de la Convention (Halford, précité, § 44 et Copland, précité, § 41). Afin de déterminer si les notions de « vie privée » et de « correspondance » sont applicables, la Cour a en plusieurs occasions recherché si l'individu pouvait raisonnablement s'attendre à ce que sa vie privée soit protégée et respectée (ibidem ; en ce qui concerne la « vie privée », voir Köpke c. Allemagne (déc.), no 420/07, 5 octobre 2010). Dans ce contexte, elle a indiqué que l'attente raisonnable en matière de protection et de respect de la vie privée était un critère important, mais pas nécessairement décisif (Köpke, décision précitée).

74. Faisant application de ces principes en l'espèce, la Cour relève d'emblée que le type de messagerie instantanée sur internet en question n'est autre qu'une forme de communications faisant partie de l'exercice d'une vie privée sociale. Par ailleurs, la notion de « correspondance » s'applique à l'envoi et à la réception de messages, même depuis l'ordinateur de l'employeur.

Des conceptions « enrichie » du droit au respect de la vie privée se sont développées :

- Jurisclasseur article 9 fascicule 17 n°1 (Jean-Christophe de Saint-Pau) : Le droit au respect de la vie privée peut être défini, en tant que concept général, comme le pouvoir reconnu à chacun d'exiger de l'État comme des particuliers, le respect de la liberté d'action personnelle et du secret des informations personnelles (sur cette définition conceptuelle, JCl. Communication, fasc. 34 ou JCl. Civil Code, Art. 9, fasc. 10 ou JCl. Notarial Répertoire, V° Vie privée, fasc. 10, 2016, par J.-Ch. Saint-Pau). Supposant ainsi à titre préalable que chacun dispose d'une liberté, c'est-à-dire d'un pouvoir d'autodétermination individuel et social, le droit subjectif se manifeste essentiellement comme une prérogative défensive permettant d'exiger le « respect ». C'est d'abord le respect de la liberté de la vie privée que chacun est en droit d'exiger, c'est-à-dire le respect d'un ensemble d'actions personnelles, relatives à l'identité ou à l'intimité : respect de la liberté du mode de vie, de la liberté familiale ou encore de la liberté de choix des moyens de la vie privée (liberté du domicile par exemple, V. JCl. préc., spéc. n° 54 s.). C'est ensuite le respect du secret de la vie privée que le droit positif consacre en conférant à chacun un pouvoir de contrôle des informations personnelles qui peut conduire son titulaire à rechercher la publicité ou l'anonymat en acceptant ou en refusant l'investigation ou la publication d'informations relatives à l'identité et à l'intimité (JCl. préc. spéc. n° 93 s.).

En définitive, l'article 9 du Code civil (de même que l'article 8 de la CEDH) consacre une double prérogative (respect de la liberté et du secret) dont l'objet – la vie privée – s'analyse comme un ensemble d'actions et d'informations personnelles, donc relatives à l'identité et à l'intimité de la personne. Cette construction doctrinale, induite de l'observation de la jurisprudence, permet alors de comprendre que, contrairement à une opinion commune, « la vie privée », au sens juridique du terme, n'est pas une notion aléatoire, mais constitue un objet juridique clairement identifié.

- Répertoire de droit civil - droit de la personnalité (Agathe Lepage) n° 94 : une fois qu'a été délimitée la sphère de la vie privée (V. supra, nos 61 et s.), il reste à déterminer en quoi consistent les prérogatives du droit au respect de la vie privée. À cet égard, une précision s'impose d'emblée relativement à la différence entre le droit au respect de la vie privée, droit subjectif, et la liberté de la vie privée. Le droit au respect de la vie privée est un droit de contrôle sur les informations relatives à la vie privée (V. supra, no 21) qui permet à l'individu de s'abriter derrière le secret de sa vie privée. La liberté de la vie privée, elle, se ramène à des « possibilités d'actions [...] infinies », qui « constituent des phénomènes de non-droit » (J.-Ch. SAINT-PAU, La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile, art. préc., no 9). Il est révélateur que la doctrine qui s'est intéressée dans un premier temps à la protection de la vie privée l'ait envisagée sous l'angle du secret de cette dernière, sans évoquer alors les enjeux relatifs à la liberté (par ex. : L. MARTIN, Le secret de la vie privée, RTD civ. 1959. 227). À vrai dire, le lien entre secret et liberté de la vie privée se présente sous divers aspects. Dans une certaine mesure, en effet, la liberté de la vie privée constitue un enjeu naturel du secret de la vie privée. C'est parce que la personne se sait protégée par le secret de sa vie privée qu'elle peut donner libre cours à sa fantaisie, exprimer ce qu'elle est ou ce qu'elle ressent, au plus profond d'elle-même, bref, permettre à sa personnalité de s'épanouir. C'est une banalité de rappeler que l'on révèle souvent sa vraie personnalité dans le privé et que c'est dans cette sphère que l'on agit plus librement. Toutefois, plus large que l'agir, c'est l'être qui, au premier chef, est l'objet de la protection de la vie privée (D. GUTMANN, Le sentiment d'identité, 1990, LGDJ, no 258). Ainsi, l'état de santé d'une personne est protégé par le secret de la vie privée indépendamment de tout enjeu de liberté. Il faut donc convenir de ce que « si la liberté est une des finalités poursuivies par la protection de la vie privée, elle ne peut se confondre, ni avec l'étendue de la vie privée elle-même, ni avec la nature du droit au respect de la vie privée » (D. GUTMANN, op. et loc. cit.).

Pourtant, bien souvent, le secret de la vie privée n'est plus un objectif en soi, il devient un moyen, un simple argument, au service de la liberté individuelle. Autrement dit, le respect de la vie privée ne se conçoit plus simplement comme le respect d'une sphère – informations privées, domicile – dont les tiers peuvent être tenus à distance par la personne concernée ; le respect de la vie privée débouche sur la reconnaissance de la volonté individuelle, et le secret devient alors un moyen d'autonomie. Se trouve ainsi franchi « d'un jet le chemin qui sépare le « droit d'être laissé seul » au droit à l'autodétermination (droit-liberté), pour parvenir à l'épanouissement personnel, c'est-à-dire au bonheur (droit-créance) » (M.-T. MEULDERS-KLEIN, Vie privée, vie familiale et droits de l'homme, RIDC 1992-4/767, p. 771). L'individu entend devenir maître, et seul maître, de lui-même. Invoquant la vie privée, il revendique son autodétermination. Le droit au respect de la vie privée est alors invoqué au soutien de la liberté individuelle. Cette évolution n'est pas étrangère à l'influence de la privacy, laquelle, étroitement liée à l'individualité, implique une autonomie (F. RIGAUX, L'élaboration d'un right of privacy par la jurisprudence américaine, RIDC 1980. 701). De même, le droit de la personnalité est tenu par le tribunal constitutionnel fédéral allemand pour un droit à l'autodétermination (F. RIGAUX, La liberté de la vie privée, RIDC 1991/3. 539, spéc. p. 541).

98. L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme est également significative en ce domaine. De l'article 8 de la Convention européenne interprété de façon très dynamique, est issue l'autodétermination, en vertu de quoi la personne entend imposer et faire respecter ses choix de vie par la société. La vie privée s'entend en effet, selon la Cour européenne, comme « le droit pour une personne d'être libre de mener sa propre existence comme elle l'entend avec le minimum d'ingérences extérieures » (CEDH 29 avr. 2002, Pretty c/ Royaume-Uni, § 61, JCP 2003. II. 10062, note C. Girault, RSC 2002. 645, obs. F. Massias).

Avec cette acceptation large de la notion de « vie privée », l'exercice du droit au respect de la vie privée va davantage se heurter à des intérêts légitimes ou droits concurrents, obligeant à la technique de la balance des intérêts aujourd'hui largement consacrée par le droit européen et relevant de l'office du juge.

* Civ 1^{ère} 9 juillet 2003, n°00-20.289, Bull I n°172 : Les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, revêtant, eux égard aux articles 8 et 10 de la Convention européenne et 9 du code civil, une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime.

• Dans ce processus de règlement de conflits d'intérêts, il importe de bien distinguer de ce qui relève d'abord de la caractérisation d'une atteinte à la vie privée et de ce qui pourrait ensuite être une justification à cette atteinte dans la protection d'intérêts légitime ou de droits concurrents.

*En droit du travail, le conflit de droits peut survenir à plusieurs niveaux.

Le droit au respect de la vie privée peut d'abord venir en conflit avec le pouvoir de direction de l'employeur qui imbriqué dans un droit fondamental (propriété, créance, liberté d'entreprendre) est doté d'une valeur normative équivalente, et plus généralement avec le droit de la preuve.

Pouvoir de direction de l'employeur et respect de la vie privée

* C'est ainsi que s'est posée la question de savoir si l'employeur peut justifier un licenciement en se fondant sur une activité ou une information relative à la vie privée d'un salarié, ce qui relèverait de la vie personnelle à distinguer de la vie professionnelle. (cf jurisprudence citée au § 4-2 manquements contractuels et vie personnelle du salarié).

A ce stade, il peut être relevé que selon la doctrine, la jurisprudence ne distingue pas suffisamment ces deux notions de vie privée et vie personnelle du salarié :

Exemple : Répertoire de droit civil - droit de la personnalité n° 94. Distinction vie privée et vie personnelle du salarié : La notion de vie privée n'est évidemment en rien propre au droit du travail, et celui-ci doit la recevoir telle qu'elle est déterminée par le droit civil (sur le contenu de la notion de vie privée, V. supra, no 61). Chacun ayant droit au respect de sa vie privée, selon l'article 9 du code civil, un salarié peut être victime d'une atteinte à son droit au respect de la vie privée dans le contexte de la relation de travail (par ex. sur la filature d'un salarié, V. Soc. 26 nov. 2002, no 00-42.401, Bull. civ. V, no 352, RTD civ. 2003. 58, obs. J. Hauser, Dr. soc. 2003. 225, note J. Savatier, D. 2003. 1858, note J.-M. Bruguière, D. 2003. 394, obs. A. Fabre, et D. 2003. 1536, obs. A. Lepage, JCP 2003. I. 150, no 1, obs. B. Teyssié). En revanche, la notion de vie personnelle est propre au droit du travail et doit donc en toute rigueur se démarquer de celle de vie privée, même si elles peuvent parfois se recouper. La notion de vie personnelle permet de prendre la mesure de l'autonomie du salarié vis-à-vis

de l'employeur ; précisément, elle « permet d'envisager quelle résistance les droits et libertés du salarié offrent aux effets du contrat de travail, et plus précisément du lien de subordination, que l'intéressé soit au travail ou qu'il soit hors de l'entreprise » (Ph. WAQUET, La vie personnelle du salarié, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, 2001, Dalloz, p. 513). La notion de vie personnelle, qui n'est donc pas à mettre sur le même plan que celle de vie privée, peut englober au-delà de cette dernière (par ex., le fait pour un salarié d'être un élu local ne relève pas de sa vie privée, mais s'inscrit dans sa vie personnelle par rapport à sa vie professionnelle). Il faut regretter que la jurisprudence ne distingue pas suffisamment ces deux notions, ce qui contribue à brouiller la notion de vie privée, déjà parfois délicate à cerner.

* La problématique s'est également posée de savoir si un salarié peut invoquer le droit au respect de la vie privée dans l'entreprise.

Notre chambre a consacré le principe d'une protection de la vie privée du salarié dans l'entreprise, et plus particulièrement de celle relative au secret des correspondances. Dans l'arrêt Nikon Soc. 2 octobre 2001, n°99-42.942, Bull V n°291 au visa des articles 8 de la CEDH, 9 du code civil, 9 du code de procédure civile et L.120-2 du code du travail (devenu article L1121-1) la chambre sociale a jugé que « le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le respect des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ».

De même, l'employeur ne peut, sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié, se fonder sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner son destinataire (Ch. mixte., 18 mai 2007, pourvoi n° 05-40.803, Bull. 2007, Ch. mixte, n° 3).

Une décision ultérieure a toutefois précisé et atténué la portée de cette règle en énonçant 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 (Soc., 17 mai 2005, n°03-40.017).

En revanche, le secret ne vise pas les correspondances professionnelles dont l'employeur peut librement prendre connaissance. D'une manière générale, il est désormais acquis que les courriels adressés ou reçus par le salarié ou les fichiers créés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors de la présence de l'intéressé, sauf si le salarié les a identifiés comme étant personnels (Soc. 8 octobre 2011, n°10-26.782 ; Soc., 10 mai 2012, n°11-3.884, Bull n°135). La même solution est adoptée pour les documents détenus par le salarié dans le bureau de l'entreprise mis à sa disposition pour les besoins de son travail (Soc., 18 octobre 2006, n°04-47.400).

- Com., 10 février 2015, pourvoi n° 13-14.779, Bull. 2015, IV, n° 20

Mais attendu 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, 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 ; qu'il en résulte 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, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales rendant irrecevable ce mode de preuve ; qu'ayant retenu que les SMS à caractère non marqué "personnel" émis et reçus sur du matériel appartenant à la société Newedge étaient susceptibles de faire l'objet de recherches pour des motifs légitimes et que l'utilisation de tels messages par l'employeur ne pouvait être assimilée à l'enregistrement d'une communication téléphonique privée effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la recherche inopérante invoquée à la deuxième branche, et abstraction faite des motifs surabondants critiqués par la première branche, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

A l'inverse notre chambre a jugé que constitue une atteinte au secret des correspondances la production en justice des messages électroniques provenant de la messagerie personnelle du salarié distincte de sa messagerie professionnelle dont il dispose pour les besoins de son activité (Soc., 26 janvier 2016, pourvoi n° 14-15.360, Bull. 2016, V, n° 12 ; Soc.23 octobre 2019, n°17-28.448).

Cette position de principe d'une vie privée du salarié est admise par la Cour européenne des droits de l'homme qui déclare « que , dans certaines circonstances, des données non professionnelles, par exemple des données clairement identifiées, comme étant privées et stockées par un employé sur un ordinateur mis à sa disposition par son employeur pour l'accomplissement de ses fonctions, sont susceptibles de relever de sa vie privée » (CEDH, 22 février 2018, n°588/13 Liber c/ France, point 25).

La confrontation entre respect de la vie privée et le droit à la preuve

Traditionnellement, la jurisprudence refuse d'admettre, à titre de preuve, des éléments contenant des informations relevant de la vie privée ou qui avaient été obtenus par un procédé y portant atteinte. C'est ainsi, par exemple, que notre chambre a jugé qu' "une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier" (Soc., 26 novembre 2002, pourvoi n° 00-42.401, Bull. n° 352 ; voir, également, sur la filature du salarié par un détective privé :Soc., 22 mai 1995, pourvoi n°93-44.078, Bull. n°164 ; Soc., 4 février 1998, pourvoi n° 95-43.421, Bull. n°64).

La question de l'articulation entre les nécessités de la preuve et le respect dû à la vie privée a cependant récemment été réévaluée, à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci a en effet reconnu, sur le fondement de l'article 6, §1, de la Convention, "le droit d'une partie à un procès de se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves -" (CEDH, 27 octobre 1993, Bombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas, série A, n° 274, § 33 ; CEDH, 13 mai 2008, N.N. et T.A. c/ Belgique, n° 65097/01, §42), ou, autrement dit, un "droit à la preuve" (CEDH, 10 octobre 2006, L.L. c/ France, n° 7508/02, § 40).

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, le droit d'une partie à un procès de faire valoir l'ensemble des arguments et moyens de preuve à l'appui de sa cause au regard de son droit à un procès équitable et le droit à l'intimité de l'autre partie « méritent a priori un égal respect » (CEDH, 10 octobre 2006, L.L. c. France, n° 7508/02 ; CEDH, 13 mai 2008, N. N. et T. A. c. Belgique, n° 65097/01).

Rattaché au droit à un procès équitable, le droit à la preuve peut ainsi autoriser une ingérence dans le droit au respect de la vie privée ou le droit au secret dès lors qu'elle est prévue par la loi, qu'elle poursuit un but légitime et est nécessaire dans une société démocratique.

*Notons le raisonnement de la CEDH dans son arrêt du 10 octobre 2006 précité : dans le cadre d'une procédure de divorce, une épouse avait produit certaines pièces du dossier médical de son mari, établissant l'alcoolisme pathologique de ce dernier à l'origine des violents conjugales qu'elle subissait. Or, la Cour souligne que les certificats médicaux de l'épouse ainsi que plusieurs témoignages avaient suffi aux juges français pour prononcer le divorce aux torts exclusifs du mari. L'atteinte à la vie privée de celui-ci n'était donc pas nécessaire à la preuve du bien-fondé de la demande : « l'ingérence dénoncée dans le droit du requérant au respect de sa vie privée, au vu du rôle fondamental que joue la protection des données à caractère personnel, n'était pas proportionnée au but recherché et n'était donc pas « nécessaire », « dans une société démocratique », « à la protection des droits et libertés d'autrui » (point 46).

*Relevons également le raisonnement de la CEDH dans l'arrêt du 13 mai 2008 précité où était contesté la production dans une procédure de divorce de lettres à caractère amoureux échangés entre les requérants qui se plaignirent d'une violation de leur vie privée et plus particulièrement du secret des lettres :

1. Sur l'existence de l'ingérence

36. La Cour rappelle qu'il est de jurisprudence constante que « la disposition de l'article 8 § 1 de la Convention a essentiellement pour objet de protéger l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics dans sa vie privée ou familiale » (cf. Marckx c. Belgique, arrêt du 13 juin 1979, série A no 31, § 31). Elle estime que la production et le dépôt sans leur accord, dans le cadre d'une procédure judiciaire, de lettres échangées entre deux personnes par une tierce personne qui n'en est ni

l'expéditrice, ni la destinataire, peut s'analyser en une ingérence dans la vie privée de ces personnes. Ce point n'est d'ailleurs pas contesté par le Gouvernement.

Selon la Cour, sont sans incidence sur ce qui précède la circonstance que cette tierce personne soit mariée à l'un des correspondants, le lieu et la manière dont celle-ci a pris possession desdites lettres, ou le fait qu'un tel dépôt s'inscrive dans le cadre d'une procédure en divorce ou d'une demande de mesures provisoires.

2. Sur la justification de l'ingérence

37. La Cour rappelle qu'une atteinte au droit d'une personne au respect de sa vie privée et de sa correspondance viole l'article 8 si elle n'est pas « prévue par la loi », ne poursuit pas un but ou des buts légitimes visés par le paragraphe 2 et n'est pas « nécessaire dans une société démocratique » en ce sens qu'elle n'est pas proportionnée aux objectifs poursuivis. La question qui se pose en l'espèce est de savoir si l'ingérence litigieuse se justifie au regard du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention.

a) L'ingérence était-elle « prévue par la loi » ?
(...)

b) L'ingérence visait-elle un « but légitime » ?

42. La Cour relève que le but poursuivi par l'ingérence était la protection des droits d'autrui, à savoir le droit d'une personne mariée de mettre fin au lien matrimonial existant lorsque la poursuite de la vie commune n'est plus possible. Dans la mesure où l'épouse du second requérant faisait valoir que pareille impossibilité était due au comportement fautif de celui-ci, il devait raisonnablement s'attendre à ce que les preuves du comportement mis en cause soient apportées par la partie demanderesse. Relevant également du droit d'une partie à un procès de se voir offrir une possibilité raisonnable la présenter sa cause – y compris ses preuves (Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas, arrêt du 27 octobre 1993, série A no 274, § 33), un tel motif est un but légitime au sens du paragraphe second de l'article 8 de la Convention.

c) L'ingérence était-elle « nécessaire dans une société démocratique » ?

43. Il reste à examiner si l'ingérence était « nécessaire dans une société démocratique », c'est-à-dire proportionnée au but légitime poursuivi. Pour ce faire, la Cour est amenée à trancher le conflit existant en l'espèce entre, d'une part, le droit d'une partie à un procès, de surcroît demanderesse (en l'espèce B.V., alors l'épouse de T.A.), de faire valoir l'ensemble des arguments et moyens de preuve à l'appui de sa cause au regard de son droit à un procès équitable et, d'autre part, le droit à l'intimité de l'autre partie qui peut imposer à l'Etat l'obligation positive de faire obstacle à l'utilisation d'éléments de preuve susceptibles de porter atteinte à son droit à la vie privée. De part et d'autre, il s'agit de droits qui méritent a priori un égal respect, ce qui amène la Cour à examiner l'ensemble de la situation.

44. La Cour a déjà relevé qu'en droit belge la procédure civile est régie par le principe dispositif et que c'est au demandeur que revient l'obligation d'apporter la preuve de ses allégations (voir ci-dessus, paragraphe 37). Selon la jurisprudence de la Cour, les exigences découlant du droit à une procédure contradictoire sont en principe les mêmes au civil comme au pénal (Werner c. Autriche, arrêt du 24 novembre 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-VII, § 66) et l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir, dans les différends opposant des intérêts de caractère privé, à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire (arrêts Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce et Papageorgiou c. Grèce du 9 décembre 1994, série A no 301-B, § 46, et Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas du 27 octobre 1993, série A no 274, § 33). L'article 6 implique notamment, à la charge du « tribunal », l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des

parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre (Perez c. France [GC], no 47287/99, § 80, CEDH 2004-I, et Van de Hurk c. Pays-Bas, arrêt du 19 avril 1994, série A no 288, p. 19, § 59).

45. Par ailleurs, la Cour rappelle que le choix des mesures propres à garantir l'observation de l'article 8 de la Convention dans les rapports interindividuels relève en principe de la marge d'appréciation des Etats contractants (voir, parmi de nombreux précédents, Leempoel et S.A. Ed. Cine revue c. Belgique, no 64772/01, 9 novembre 2006 ; Keegan c. Irlande, arrêt du 26 mai 1994, série A no 290, p. 19, § 49, et Botta c. Italie, arrêt du 24 février 1998, Recueil 1998-I, § 33). Il existe à cet égard différentes manières d'assurer le « respect de la vie privée » et « la nature de l'obligation de l'Etat dépend de l'aspect de la vie privée qui se trouve en cause » (X et Y c. Pays-Bas, arrêt du 26 mars 1985, série A no 91, p. 12, § 24).

46. La Cour note d'emblée que l'affaire s'inscrit dans le cadre d'une procédure en divorce, qui est par nature une procédure au cours de laquelle des éléments de l'intimité de la vie privée et familiale des parties sont susceptibles d'être révélés (L.L. c. France, no 7508/02, § 45, CEDH 2006-...). Le fait que l'instance en cause soit spécifiquement relative aux mesures provisoires ne saurait obvier ce constat, la distinction entre la procédure en référé et celle au fond étant assez formelle et le magistrat statuant en référé amené à envisager l'ensemble de la situation conflictuelle, y compris les éléments susceptibles d'être considérés au fond (voir ci-dessus, paragraphe 35).

47. Toutefois, aux yeux de la Cour, les ingérences qui en découlent inévitablement doivent se limiter autant que faire se peut à celles qui sont rendues strictement nécessaires par les spécificités de la procédure, d'une part, et par les données du litige d'autre part (ibid.).

48. La Cour relève tout d'abord que la production de la correspondance dans le cadre d'une procédure en divorce est soumise à deux conditions qui ont été précisées par la jurisprudence et qui ont été jugées, par les juridictions internes, comme remplies en l'espèce : que la personne qui la produit ne soit pas entrée irrégulièrement en possession des pièces qu'elle produit et que ces pièces ne soient pas couvertes par le secret professionnel. On peut donc en déduire que la législation interne assortit de garanties suffisantes l'utilisation de données relevant de la vie privée des parties dans ce type de procédure (a contrario, L.L. c. France, précité, § 47).

49. La Cour relève ensuite que le second requérant ne soutient pas que la preuve de sa relation hors-mariage par sa femme aurait dicté l'adoption de mesures provisoires et il ne se plaint pas de celles qui ont été ordonnées. Il se plaint seulement de la révélation de sa liaison avec le premier requérant et de la publicité qui y fut donnée.

50. Il est vrai que ce requérant n'a jamais, que ce soit au cours de la procédure des mesures provisoires ni au fond, contesté la réalité de sa relation. Dans la mesure où les faits n'étaient pas contestés et n'étaient, en outre, pas pertinents puisque la question de la faute éventuelle d'un époux ne se posait pas à ce moment de la procédure, on pourrait soutenir qu'il était dépourvu de toute nécessité de laisser les lettres litigieuses dans le dossier. Toutefois, on ne saurait déterminer, a posteriori, des faits de l'espèce l'attitude que le second requérant aurait adoptée si les pièces n'avaient pas été produites ou avaient été écartées. On ne saurait donc tirer de cette circonstance que les juridictions se devaient d'écarter ces lettres des débats en retirant ainsi à l'épouse du second requérant la possibilité de les produire à l'appui de ses prétentions. La publicité finalement donnée à la liaison des requérants résulte essentiellement de leur action visant à l'interdiction de la production des pièces litigieuses. La Cour relève aussi que le seul fait que les pièces litigieuses ont été jointes au dossier de procédure de cette affaire et y figurent encore ne leur confère pas un caractère public, vu le caractère restreint de l'accès aux dossiers de ce type.

51. Dans ces conditions, le refus des juridictions internes d'écarter en l'espèce les lettres litigieuses, s'il peut faire l'objet de critiques, ne saurait passer pour être disproportionné aux buts poursuivis.

52. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention

*A la suite de la Cour européenne des droits de l'homme, c'est par un arrêt de principe du 5 avril 2012 que la première chambre civile de la Cour de cassation a, reconnu le droit à la preuve et en a précisé les conditions de conciliation avec le respect dû à la vie privée :

- 1re Civ., 5 avril 2012, pourvoi n° 11-14.177, Bull. 2012, I, n° 85

Vu les articles 9 du code civil et du code de procédure civile, ensemble, les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Attendu que pour retirer des débats une lettre écrite par M. J... aux époux L..., ses beaux-parents, trouvée après leurs décès dans leurs papiers par M. L..., leur fils, gérant de l'indivision successorale, et par laquelle ce dernier prétendait établir une donation immobilière rapportable faite en faveur de Mme L..épouse J..., l'arrêt retient qu'il produit cette missive sans les autorisations de ses deux soeurs ni de son rédacteur, violant ainsi l'intimité de sa vie privée et le secret de ses correspondances ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Puis confirmé avec une formule comparable :

- 1re Civ., 25 février 2016, pourvoi n° 15-12.403, Bull. 2016, I, n° 48

Vu l'article 9 du code civil, ensemble les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du code de procédure civile ;

Attendu que le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X.. a été victime, le 23 septembre 2001, d'un accident corporel, la charpente surplombant le puits qu'il réparait au domicile de Mme P.. s'étant effondrée sur lui ; qu'il a invoqué, au cours des opérations d'expertise judiciaire diligentées à sa demande, des troubles de la locomotion ; que, contestant la réalité de ces troubles, Mme P et son assureur, la société Mutuelles du Mans assurances, ont, à l'occasion de l'instance en indemnisation du préjudice en résultant, produit quatre rapports d'enquête privée ;

Attendu que, pour rejeter la demande tendant à voir écarter des débats ces rapports, après avoir considéré comme irrecevables ou non probants certains des éléments d'information recueillis par l'enquêteur auprès de tiers, l'arrêt relève que chacune des quatre enquêtes privées a été de courte durée et que les opérations de surveillance et de filature n'ont pas, au total, dépassé quelques jours, de sorte qu'il ne saurait en résulter une atteinte disproportionnée au respect dû à la vie privée de M. X.. ;

Qu'en statuant ainsi, tout en relevant que les investigations, qui s'étaient déroulées sur plusieurs années, avaient eu une durée allant de quelques jours à près de deux mois et avaient consisté

en des vérifications administratives, un recueil d'informations auprès de nombreux tiers, ainsi qu'en la mise en place d'opérations de filature et de surveillance à proximité du domicile de l'intéressé et lors de ses déplacements, ce dont il résultait que, par leur durée et leur ampleur, les enquêtes litigieuses, considérées dans leur ensemble, portaient une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de M. L..., la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé les textes susvisés ;

- 1^{ère} Civ., 22 septembre 2016, pourvoi n° 15-24.015, Bull. 2016, I, n° 178

Mais attendu qu'après avoir décidé, à bon droit, que les opérations de surveillance et de filature menées par les enquêteurs mandatés par l'assureur étaient, par elles-mêmes, de nature à porter atteinte à la vie privée de M. M et de Mme L, la cour d'appel a, par motifs propres et adoptés, énoncé qu'il convenait d'apprécier si une telle atteinte était proportionnée au regard des intérêts en présence, l'assureur ayant l'obligation d'agir dans l'intérêt de la collectivité des assurés et, pour ce faire, de vérifier si la demande en réparation de la victime était fondée ; qu'ayant constaté que les opérations de surveillance avaient concerné l'intérieur du domicile de M. M. et de sa mère, que les enquêteurs avaient procédé à la description physique et à une tentative d'identification des personnes s'y présentant et que les déplacements de Mme L... avaient été précisément rapportés, elle a pu en déduire que cette immixtion dans leur vie privée excédait les nécessités de l'enquête privée et que, dès lors, les atteintes en résultant étaient disproportionnées au regard du but poursuivi ; que, par ces seuls motifs, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

- 1^{ère} Civ., 20 septembre 2017, pourvoi n° 16-13.082 (dans le cadre de l'application de l'article 145 du code de procédure civile)

Mais attendu que la cour d'appel a énoncé, à bon droit, que le respect de la vie privée ne constituait pas, en lui-même, un obstacle à l'application de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que la mesure ordonnée reposait sur un motif légitime et était nécessaire et proportionnée à la protection des droits du requérant ; qu'ayant relevé que la mission confiée à l'huissier de justice visait à constater la présence, sur la messagerie personnelle de M. P..., de courriels en rapport avec l'activité de concurrence déloyale dénoncée et que la recherche avait été limitée aux fichiers, documents, et correspondances en rapport avec les faits litigieux et comportant des mots-clés précisément énumérés, elle en a exactement déduit que la mesure ordonnée, circonscrite dans son objet, était légalement admissible au sens de l'article 145 du code de procédure civile ; que le moyen n'est pas fondé

Il ressort de ces arrêts que l'atteinte à la vie privée se trouve justifiée à la double condition que la production de la preuve litigieuse soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi. Il est intéressant de noter dans le raisonnement de la CEDH dans ses arrêts précités qu'en réalité le caractère proportionné ou non au but poursuivi procède du caractère nécessaire ou non de la preuve litigieuse.

Dans des arrêts ultérieurs de la Cour de cassation, il ressort que l'intérêt défendu (particulier, collectif ou général) peut être un élément déterminant pour apprécier la proportionnalité :

- 1^{ère} Civ., 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-17.476, Bull. 2012, I, n° 224

Mais attendu que, par motifs propres et adoptés, la cour d'appel a retenu que les atteintes portées à la vie privée de M. A..., sur la voie publique ou dans des lieux ouverts au public, sans provocation aucune à s'y rendre, et relatives aux seules mobilité et autonomie de l'intéressé, n'étaient pas disproportionnées au regard de la nécessaire et légitime préservation des droits de l'assureur et des intérêts de la collectivité des assurés ; que, par ces seuls motifs, l'arrêt est légalement justifié ;

- Crim., 6 janvier 2015, pourvoi n° 14-84.822, Bull. Crim. 2015, n° 4

Est proportionnée, au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'ingérence dans la vie privée constituée par la géolocalisation d'une personne, notamment par son téléphone portable, mise en œuvre antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 28 mars 2014, sous le contrôle du procureur de la République, dès lors que cette mesure était justifiée par l'importance des infractions en cause et que sa durée n'a pas excédé celle au terme de laquelle le respect des dispositions conventionnelles imposait qu'elle fût exécutée sous le contrôle d'un juge en raison de sa gravité.

Justifie sa décision la chambre de l'instruction qui, pour déclarer régulières des géolocalisations, relève que ces mesures, réalisées dans le cadre d'une enquête préliminaire concernant un important trafic international de stupéfiants, n'ont été placées hors du contrôle d'un juge que sur une période très limitée de quelques jours.

cf également en matière commerciale le contrôle de proportionnalité entre le droit de la preuve et le respect du secret bancaire :

- Com., 4 juillet 2018, pourvoi n° 1710158

Attendu que, pour écarter des débats les relevés du compte de Mme Z... pour la période du 11 janvier 2012 au 28 novembre 2013 produits par la banque et condamner cette dernière à payer à Mme M... la somme de 4 442,60 euros au titre du remboursement des retraits effectués avec sa carte de paiement, l'arrêt retient que la banque, en produisant lesdits relevés quand aucun élément ne lui permettait de lever le secret bancaire, a violé celui-ci ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice par la banque de son droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

- Com., 15 mai 2019, n°18-10.491 publié

Vu l'article L. 511-33 du code monétaire et financier, l'article 10 du code civil et les articles 9 et 11 du code de procédure civile ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu en matière de référé, que M. et Mme L..., titulaires d'un compte dans les livres de la société Caisse régionale de crédit agricole mutuel d'Aquitaine (la banque), ont émis quatre chèques à l'ordre de la société Batibox pour un montant global de 14 194 euros ; qu'ayant fait valoir que la banque leur avait refusé la communication de la copie de

l'endossement des chèques ainsi que les informations concernant le bénéficiaire effectif du compte crédité, M. et Mme L... ont saisi le juge des référés, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, pour qu'il ordonne à la banque de produire le verso des chèques ; que la banque leur a opposé, notamment, le secret bancaire ;

Attendu que pour rejeter la demande, l'arrêt retient qu'en produisant les pièces demandées, la banque divulguerait les informations figurant au verso des chèques et porterait ainsi atteinte au secret dont sont titulaires les bénéficiaires desdits chèques ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la communication à M. et Mme L... des informations figurant au verso des chèques qu'ils avaient émis n'était pas indispensable à l'exercice de leur droit à la preuve, pour rechercher l'éventuelle responsabilité de la banque lors de l'encaissement desdits chèques, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, incluant la protection du secret dû aux bénéficiaires de ces chèques, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

*En droit du travail l'article L.1121-1 du code du travail dispose que « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché »

La chambre sociale a également reconnu dans un arrêt de principe le droit à la preuve en droit du travail :Soc., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-10.203, Bull. 2016, V, n° 209 :

Sommaire : L'article L. 3171-2 du code du travail, qui autorise les délégués du personnel à consulter les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, n'interdit pas à un syndicat de produire ces documents en justice.

Le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.

Encourt la cassation l'arrêt qui retient que constitue un mode de preuve illicite la copie de documents que les délégués du personnel ont pu consulter en application de l'article L. 3171-2 du code du travail et qui ont été reproduits sans qu'il soit justifié de l'accord des salariés concernés, alors que la cour d'appel a constaté qu'un délégué du personnel avait recueilli les documents litigieux dans l'exercice de ses fonctions de représentation afin de vérifier si la société respectait la règle du repos dominical et se conformait aux dispositions d'une décision de justice lui faisant interdiction de faire travailler ses salariés le dimanche, ce dont il résultait que la production de ces documents ne portait pas

une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés au regard du but poursuivi.

Certains auteurs relèvent une différence entre cette décision de la chambre sociale, qui impose une production nécessaire, avec celles des autres chambres de la Cour de la cassation et notamment celles de la première chambre civile, qui exigent une production indispensable⁷. Il est soutenu que ce faisant la chambre sociale « minimise sensiblement le contrôle effectué sur ce critère et autorise plus facilement le recours à des modes de preuve éventuellement attentatoires à la vie personnelle des salariés. Ainsi, il ne serait pas exigé devant le juge prud'homal que le procédé probatoire litigieux soit le seul moyen de parvenir à la démonstration du bien-fondé des allégations du demandeur. Il doit être déterminant, décisif, mais pas exclusif et peut être complété par d'autres éléments concourant à la manifestation de la vérité. Cette différence de terminologie et de niveau d'exigence a pu être expliquée par le fait que « la vie personnelle menée par les salariés au temps et sur leur lieu de travail ne peut être de la même intensité que la vie privée proprement dite [et] que le respect qui lui est dû ne peut être un obstacle à la preuve aussi puissant que dans un contexte extra-professionnel »⁸

Cet arrêt a été critiqué par B. Géniaut, « Droit à la preuve, vie personnelle et principe de proportionnalité », RDT 2017, p. 134, qui estime que l'exercice par la Cour de cassation d'un contrôle de proportionnalité paraît légitime, mais il aurait préféré une motivation plus riche :

(...) II. - Proportionnalité de l'atteinte à la « vie personnelle »

Après avoir affirmé la licéité, en soi, du mode de preuve, la haute juridiction estime que « le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ». La Cour de cassation entend donc trancher un conflit de droits fondamentaux, en exerçant un contrôle de la proportionnalité de l'atteinte que subit l'un au nom de l'autre.

A. - Un conflit de droits fondamentaux

De manière inédite, la chambre sociale de la Cour de cassation érige un conflit entre « droit à la preuve » et « droit à la vie personnelle ». La première référence ne surprend pas. Déjà, en 2012, la première chambre civile avait pu évoquer pareil « droit à la preuve » dans un contentieux successoral (5), puis dans une affaire de fraude à l'assurance (6). Aucune raison ne militant pour un cantonnement de cette référence, il était attendu que la Cour la généralise à d'autres champs du droit privé. L'opposabilité dans les rapports privés d'un tel droit à la preuve se confirme donc, ainsi que son fondement : l'article 6 de la

⁷Répertoire de droit civil sur la preuve ; C. Blanquart, « De l'accès à la preuve au sein de l'entreprise », JCPS 2019, n° 36, 1244 ; G. Lardeux, « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », RTD Civ. 2017, p. 1

⁸C. Blanquart, « De l'accès à la preuve au sein de l'entreprise », JCPS 2019, n° 36, 1244

Convention européenne des droits de l'homme. Si le texte de la Convention ne dit mot de ce droit fondamental, la Cour de Strasbourg n'a pas hésité à le déduire du droit à un procès équitable (7).

La référence au « droit à la vie personnelle » est plus fâcheuse. Traditionnellement, la notion de vie personnelle est utilisée pour fixer les limites du pouvoir patronal, en opposition à la vie professionnelle. La vie personnelle désigne ainsi la sphère d'autonomie dévolue à la personne du salarié qui échappe à l'employeur et qu'elle peut, parfois, lui opposer (8). La vie personnelle relève donc du régime du pouvoir. Or, ici, elle est utilisée sans aucun rapport à la subordination, puisqu'il est question d'une atteinte portée par le syndicat qui n'exerce pas de pouvoir à l'endroit des salariés. On peut certes considérer que les bulletins de paie, contrats de travail et autres plannings horaires contiennent des « données personnelles », mais on comprend mal pourquoi la notion de « droit à la vie personnelle » est préférée à celle de « droit à la vie privée ». Le visa de l'article 8 de la Convention européenne le confirme : c'est bien de « vie privée et familiale » dont il est question, plutôt que de « vie personnelle ». Peut-être les magistrats de la Cour de cassation se sont-ils sentis gênés d'évoquer la vie privée des salariés en raison du fait que le travail de ces derniers le dimanche présente bien un caractère public ? Il reste que la Cour aurait pu considérer que certaines données contenues par exemple dans les bulletins de paie, comme le montant du salaire, relèvent bien de cette sphère privée que toute personne a le droit de tenir secrète.

B. - Le contrôle de proportionnalité

L'exercice d'un contrôle de proportionnalité de l'atteinte portée au « droit à la vie personnelle » par la Cour de cassation présente un premier intérêt : il atteste de l'émergence du principe de proportionnalité dans les rapports privés. À juste titre, la Cour n'a pas estimé nécessaire de viser l'article L. 1121-1 du Code du travail, même si elle lui emprunte la référence au « but poursuivi ». Indexant à la « nature de la tâche à accomplir » la justification des restrictions que peuvent subir les droits et libertés dans les relations du travail, ce texte ne concerne que les actes ou agissements de celui qui maîtrise l'activité des travailleurs, c'est-à-dire l'employeur ou le chef d'entreprise. Quant aux paragraphes seconds des articles 6 et 8 de la Convention européenne, ces dispositions ne visent que les ingérences de l'autorité publique dans l'exercice des droits protégés. C'est donc en dehors de tout fondement textuel que le principe de proportionnalité trouve à s'appliquer. La Cour de cassation aurait pu l'inclure en tant que tel dans son visa, même si l'on sait que, par souci légaliste, elle évite de faire figurer aux visas de ses arrêts une norme dépourvue d'énoncé textuel. Mais il n'en demeure pas moins que le principe de proportionnalité trouve ici un ancrage certain, comme il en a été dans les arrêts rendus par la première chambre civile à propos d'atteinte à la vie privée, et comme dans toute autre affaire où des droits fondamentaux viennent à entrer en conflit sans qu'un texte ne porte l'exigence de proportionnalité (9). Le principe de proportionnalité s'impose comme la norme vouée à la résolution de ces conflits (10).

La diffusion du principe de proportionnalité dans les rapports privés ne va pas sans susciter des débats, en raison de l'incertitude qui entoure sa mise en oeuvre. La manière dont la Cour de cassation opère son contrôle de proportionnalité constitue le second intérêt de l'arrêt. Il a été souligné qu'en s'engageant elle-même dans un contrôle de proportionnalité, alors qu'elle pourrait s'en remettre à l'appréciation des juges du fond (11), la Cour de cassation risquait de ne pas être à la hauteur de ses ambitions. Mme Gwendoline Lardeux relève ainsi une « certaine incohérence de la Cour de cassation qui, souhaitant se saisir de l'appréciation in concreto du principe de proportionnalité, reste en partie enfermée dans ses réflexes « légalistes » qui fondent depuis longtemps le caractère lapidaire de ses motivations_ » (12).

Mais d'un autre côté, on connaît les critiques que suscitent les décisions dont la motivation se trouve dénuée de toute abstraction et généralisation : « restauration voilée du jugement en équité », dénonce-t-on (13). En réalité, la Cour de cassation s'efforce de trouver un équilibre entre un jugement purement contextuel, ancré dans les seules circonstances de l'espèce, et une appréciation formelle qui prétendrait trouver inscrite dans la norme la solution du cas d'espèce. La posture pragmatique qu'elle adopte l'a conduit ainsi à ménager l'autorité qu'elle exerce en tant que cour supérieure avec la raison pratique que le contrôle de proportionnalité requiert.

En soi, l'exercice par la Cour d'un contrôle de proportionnalité paraît donc légitime. Il est vrai toutefois qu'il supposerait une motivation plus riche. Pour affirmer que l'atteinte portée à la « vie personnelle » n'est pas disproportionnée, la haute juridiction se contente ainsi de relever que « le délégué du personnel avait recueilli les documents litigieux dans l'exercice de ses fonctions de représentation afin de vérifier si la société respectait la règle du repos dominical et se conformait aux dispositions de l'ordonnance de référé ». On peine ici à voir quel lien unit ce constat et l'absence de disproportion relevée. La Cour de cassation fait prévaloir son autorité, réduisant pour l'avenir l'incertitude du contrôle de proportionnalité. Dès lors que la preuve se trouve obtenue sur le fondement de l'article L. 3171-2, elle semble pouvoir être produite en justice malgré l'atteinte portée au droit à la vie personnelle - ou plutôt à la vie privée - des salariés concernés. Mais là où prévaut l'autorité, s'abîme la raison...

*Rappelons enfin qu'au visa de l'article 145 du code de procédure civile notre chambre juge que « le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi »

- Soc., 16 novembre 2016, pourvoi n° 15-17.163

Vu l'article 145 du code de procédure civile, ensemble les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, statuant en référé, que Mme B... a été engagée le 4 mars 2002 en qualité de voyageur représentant placier, par la société Val, aux droits de laquelle se trouve la société Europ Ecrins ; qu'invoquant une atteinte au principe d'égalité de traitement, elle a saisi en référé la juridiction prud'homale aux fins de voir ordonner la communication par son employeur de divers documents relatifs à la rémunération des autres VRP de la société sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ;

Attendu que pour débouter la salariée de cette demande, l'arrêt retient que la demande de communication de pièces est trop étendue et trop imprécise pour qu'il puisse en être apprécié en référé la pertinence, notamment au regard du principe de protection de la vie privée des autres salariés, considération d'équilibre des droits que le juge du fond est mieux à même d'apprécier au cas d'espèce et qu'il n'existe pas de risque de dépérissement des preuves, de sorte qu'en l'état, la salariée ne justifie pas d'un intérêt légitime conduisant à ce qu'il soit fait droit à sa demande en référé ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants, alors qu'il lui appartenait de vérifier si les mesures demandées étaient nécessaires à l'exercice du droit à la preuve de la partie qui les sollicitait et ne portaient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés, la cour d'appel, qui a méconnu ses pouvoirs, a violé les textes susvisés ;

- Soc. 11 décembre 2019, n°18-16.516

Vu l'article 145 du code de procédure civile ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, statuant en référé, que M. L..., salarié de la société Candriam France en qualité de directeur commercial France, a été licencié le 7 février 2017 ; qu'il a saisi la formation de référé du conseil de prud'hommes de demandes tendant à la communication par son employeur de documents, en vue d'établir une inégalité de traitement dont il aurait été victime ;

Attendu que, pour ordonner la production sous astreinte de divers documents, l'arrêt retient que M. L..., qui n'a perçu aucun bonus au titre de l'année 2016 contrairement à d'autres cadres et non-cadres de l'entreprise, justifie d'un intérêt légitime à obtenir des éléments de comparaison concernant le montant de la part variable de la rémunération des salariés auxquels il est susceptible de se comparer ;

Attendu cependant que le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ;

Qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la mesure demandée ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

4-2 Manquements contractuels et vie personnelle du salarié

Dans cette partie seront développés les points suivants :

- articulation entre pouvoir de direction et vie personnelle du salarié
- l'obligation de loyauté, discrétion ou confidentialité du salarié
- les récents développement de la jurisprudence en matière de liberté d'expression du salarié sur les réseaux sociaux

4-2-1 Pouvoir de direction et vie personnelle du salarié

Comme évoqué précédemment, le salarié ayant droit au respect de la vie privée, le pouvoir de l'employeur à son égard ne peut être absolu, aussi bien sur le lieu et le temps de travail qu'en dehors du temps de travail, lorsque la vie personnelle du salarié a une incidence sur sa vie professionnelle.

Dans cet équilibre à trouver entre la nécessaire protection de la vie personnelle du salarié et l'intérêt de l'entreprise, notre chambre juge qu'un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut, en principe, justifier un licenciement disciplinaire (Soc., 16 décembre 1997, n°95-41.326, Bull. 1997, V, n° 441; Soc., 14 mai 1997, pourvoi n° 94-45.473, Bull n° 175 : Ne peut constituer une faute du salarié un fait relevant de sa vie personnelle.), sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail. (Soc., 3 mai 2011, pourvoi n° 09-67.464, Bull. 2011, V, n° 105).

Ainsi un fait tiré de la vie personnelle a pu justifier une faute grave dans les circonstances suivantes :

- Soc., 27 mars 2012, pourvoi n° 10-19.915, Bull. 2012, V, n° 106

Mais attendu qu'un motif tiré de la vie personnelle du salarié peut justifier un licenciement disciplinaire s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail ;

Et attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que le salarié, qui appartenait au "personnel critique pour la sécurité", avait consommé des drogues dures pendant des escales entre deux vols et retenu que se trouvant sous l'influence de produits stupéfiants pendant l'exercice de ses fonctions, il n'avait pas respecté les obligations prévues par son contrat de travail et avait ainsi fait courir un risque aux passagers, la cour d'appel a pu en déduire qu'il avait commis une faute grave justifiant la rupture immédiate du contrat de travail ;

- Soc., 1 décembre 2015, pourvoi n° 14-17.701

Mais attendu que la cour d'appel, sans dénaturer les pièces soumises à son appréciation, après avoir estimé que les échanges entre le salarié et une employée placée sous son autorité hiérarchique dénotaient de la part de celui-là une confusion entretenue entre les sphères privée et professionnelle, quand bien même ils avaient lieu sur une messagerie privée en dehors des horaires de travail, et un rapport de domination culpabilisant et humiliant envers une salariée présentant un état psychologique fragile, a pu retenir qu'ils étaient constitutifs d'une faute grave rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ; que le moyen n'est pas fondé ;

- Soc., 16 janvier 2019, n°17-15.002

Mais attendu que la cour d'appel a relevé que les faits reprochés avaient été commis auprès de l'assureur complémentaire de santé avec lequel la société Santéclair avait contracté en application d'un accord collectif d'entreprise mettant en place une couverture complémentaire de santé et auquel l'employeur versait une part patronale de cotisations pour permettre à ses salariés de bénéficier de ces prestations complémentaires, qu'ils avaient eu lieu au détriment de l'un des principaux clients de l'employeur et de l'un des praticiens de son réseau professionnel et que les falsifications avaient été établies à partir de factures similaires à celle que chacun des salariés, chargés de traiter des courriers et appels téléphoniques d'assurés pour le compte des organismes d'assurances complémentaires portant notamment sur des devis de soins établis par des professionnels de santé du réseau Santéclair et des demandes de remboursement de soins sur justificatifs, manipulaient dans le cadre de leurs fonctions et manifestement grâce à la connaissance de ces documents acquise dans ce cadre ; que la cour d'appel a pu en déduire, sans encourir le grief de la seconde branche, qu'ils se rattachaient à la vie de l'entreprise et constituaient, compte tenu des fonctions assumées par les salariés, un manquement manifeste à l'obligation de loyauté et pouvaient justifier un licenciement disciplinaire ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et pour des circonstances où un manquement du salarié à ses obligations contractuelles n'a pas été retenu :

-Soc., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-10.249

Et attendu qu'ayant relevé que l'unique opération d'achat-revente d'un tracteur de la marque commercialisée par son employeur reprochée au salarié avait été réalisée dans le cadre de sa vie personnelle, sans utilisation de la dénomination sociale de l'entreprise et n'avait eu aucune répercussion sur celle-ci, la cour d'appel a retenu que le salarié n'avait manqué à aucune de ses obligations contractuelles ; qu'elle a pu en déduire que la faute grave n'était pas

caractérisée et, exerçant les pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 1235-1 du code du travail, a décidé que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse ; que le moyen, qui critique un motif surabondant en ses troisième et quatrième branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

- Soc., 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-16.878

Attendu cependant qu'un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut, en principe, justifier un licenciement disciplinaire sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail ; que le fait pour un salarié qui utilise un véhicule dans l'exercice de ses fonctions de commettre, dans le cadre de sa vie personnelle, une infraction entraînant la suspension de son permis de conduire ne saurait être regardé comme une méconnaissance par l'intéressé de ses obligations découlant de son contrat de travail ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait relevé que le salarié s'était vu retirer son permis de conduire à la suite d'une infraction au code de la route commise en dehors de l'exécution de son contrat de travail, de sorte que son licenciement, dès lors qu'il avait été prononcé pour motif disciplinaire, était dépourvu de cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

La chambre admet une autre exception au principe si le fait tiré de la vie personnelle se rattache à la vie de l'entreprise ou à la vie professionnelle :

- Soc., 6 février 2002, pourvoi no 99-45.418

Attendu, cependant, que la lettre de licenciement reprochait au salarié des coups et blessures envers un subordonné ; qu'en écartant ce grief au seul motif que les faits avaient été commis à l'extérieur des locaux de l'entreprise en dehors des heures de travail, alors que l'employeur faisait valoir que M. A... avait agressé un de ses subordonnés chargé de récupérer un véhicule de l'entreprise à son domicile, ce dont il résultait que les faits se rattachaient à la vie professionnelle du salarié, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

- Soc., 10 décembre 2008, n°07-41.820, Bull V n°245

Sommaire : Pour fonder un licenciement, l'acte commis par un salarié durant la suspension de son contrat de travail doit mettre en cause l'employeur ou l'entreprise et se rattacher à l'exécution du contrat.

Dès lors, doit être approuvée la cour d'appel qui, ayant relevé que les propos injurieux tenus par le salarié, durant un arrêt pour cause de maladie, concernait sa supérieure hiérarchique et avaient été prononcés devant trois adultes qu'il était chargé d'encadrer, a pu en déduire que le fait litigieux se rattachait à la vie de l'entreprise.

- Soc., 18 mai 2011, pourvoi n°10-11.907

Mais attendu que la cour d'appel a constaté, que contrairement à ce que soutenait le salarié, aucune autorisation d'enlever les matériaux n'avait été donnée par le gérant de la société victime qui avait porté plainte pour vol, et que les auteurs avaient pu être identifiés grâce aux inscriptions figurant sur le camion de l'entreprise que l'employeur avait laissé à la disposition du salarié pour le week-end ; qu'ayant ainsi fait ressortir que le salarié ne s'était pas assuré

de l'accord du propriétaire avant de s'approprier les matériaux et relevé qu'en utilisant pour ce faire le véhicule de son employeur, il risquait de porter atteinte à la réputation et à l'image de la société, elle a pu en déduire que ce fait se rattachait à sa vie professionnelle et justifiait la rupture immédiate du contrat de travail ; que le moyen n'est pas fondé ;

- Soc., 26 juin 2013, pourvoi n°12-16.564

Attendu ensuite qu'ayant relevé que M. D..., qui venait de quitter son poste encore revêtu de sa tenue de travail, s'était emparé du téléphone qu'une cliente avait oublié au guichet billetterie du magasin, la cour d'appel a pu décider que ce comportement, qui affectait l'obligation de l'employeur d'assurer la sécurité des clients et de leurs biens, se rattachait à la vie de l'entreprise et, étant de nature à y rendre impossible le maintien de l'intéressé, constituait une faute grave ;

4-2-2/ L'obligation de loyauté, de discrétion ou de confidentialité

Nous savons qu'en application de l'article L.1222-1 le salarié est tenu d'exécuter son contrat de travail de bonne foi, ce qui suppose une obligation générale de loyauté de la part du salarié dans l'exécution du contrat (ex : Soc., 21 novembre 2007, n° 06-44.229).

Participe également de cette obligation de loyauté, qui subsiste pendant les périodes de suspension du contrat de travail (Soc., 25 juin 2002, n°00-44.001 et Soc., n°18 mars 2003, n°01-41.343), l'obligation de confidentialité ou de discrétion qui varie selon la place du salarié dans l'entreprise (Soc., 30 juin 1982, pourvoi n° 80-41.114, Bul n°425 : Commet une faute grave le cadre supérieur qui, tenu en raison de ses fonctions à une obligation de discrétion à l'égard de la société à la direction de laquelle il participe, divulgue des renseignements dont il a connaissance en raison desdites fonctions, sur les difficultés financières de cette entreprise, portant ainsi atteinte à sa réputation et à son crédit, tant auprès de ses employés que des tiers).

Ainsi indépendamment d'une obligation spécifique de secret professionnel (profession médicales, avocats...), le salarié est tenu à une obligation de discrétion qui, même en l'absence de clause contractuelle de confidentialité, lui interdit de divulguer les informations auxquelles ses responsabilités lui donnent accès.

- Soc., 5 février 2014, pourvoi n° 12-28.255

Attendu que, pour dire le licenciement dénué de cause réelle et sérieuse et condamner l'employeur à indemniser le salarié à ce titre, l'arrêt retient que l'employeur n'établissait pas que les faits litigieux se soient déroulés pendant le temps de travail, ni qu'il aurait diffusé des notes de service sur le comportement à adopter à l'endroit des clients, ni encore qu'une clause de réserve aurait été mentionnée dans le contrat de travail ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si le fait de menacer un client de l'entreprise de révéler publiquement des données professionnelles et

confidentielles recueillies au cours de l'exécution du contrat de travail ne constituait pas, à le supposer établi, un manquement du salarié à son obligation de loyauté envers son employeur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

Notons que cette obligation s'applique en premier lieu aux secrets de fabrication dont l'inobservation est sanctionnée pénalement (article L.1227-1 du code du travail).

Cette obligation de discrétion a néanmoins des limites. Elle ne s'oppose pas par exemple au salarié qui porte à la connaissance de l'inspecteur du travail des faits concernant l'entreprise qui lui paraissent anormaux (Soc., 14 mars 2000, n°97-43.268) ni au salarié « lanceur d'alerte » qui bénéficie de dispositifs de protection particuliers (L. n°16-1691, 9 décembre 2016 et L n°2013-907 du 11 octobre 2013)..

Le Conseil d'Etat a reconnu la liceité d'une disposition du règlement intérieure rappelant « l'obligation de discrétion professionnelle qui s'oppose à la divulgation de renseignements confidentiels » (CE, 26 novembre 1990, n°96564). De même a-t-il considéré que le règlement intérieur pouvait édicter la confidentialité des documents de toute nature, détenus par les salariés et nécessaires à leur activité (CE, 26 septembre 1990, n°108279).

Pour se prémunir contre le risque de communication à autrui de son savoir-faire, ce qui pourrait avoir des conséquences plus ou moins préjudiciables pour l'entreprise qu'il exploite, l'employeur peut aussi avoir intérêt, selon la nature des tâches qu'il entend confier au salarié nouvellement recruté à son service, d'insérer dans le contrat de travail, lors de sa conclusion par écrit, une clause dite de confidentialité (ou clause de réserve ou de discrétion).

Les clauses de confidentialité ou de discrétion restreignent nécessairement les droits et libertés des salariés, ne serait-ce que parce qu'elles limitent la liberté d'expression dont chaque salarié peut user, sauf abus, dans l'entreprise ou à l'extérieur de celle-ci. Dès lors, conformément à l'article L. 1121-1 du Code du travail, l'insertion d'une telle clause dans un contrat de travail doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché⁹.

Notre chambre a précisé qu'une telle clause n'implique pas de prévoir une contrepartie financière (Soc. 15 octobre 2014, n°13-11.524, Bull n°240 : La clause de discrétion qui ne porte pas atteinte au libre exercice par le salarié d'une activité professionnelle mais se borne à lui imposer la confidentialité des informations détenues par lui concernant la société n'ouvre pas droit à une contrepartie financière) et peut s'appliquer après la fin du contrat de travail (Soc., 19 mars 2008, n°06-45.322 ; Soc., 3 mai 2018, n°16-25.067 publié).

⁹ Cf Juris classeur Travail traité fascicule n°17-12 point n°82

La violation d'une obligation de confidentialité est passible d'une sanction pouvant aller jusqu'au licenciement pour faute grave :

- Soc., 17 mars 2010, pourvoi n° 08-45.519

Mais attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, que la cour d'appel, sans encourir le grief de la quatrième branche du moyen, a retenu que M. .. avait, en violation de ses obligations contractuelles, volontairement transmis à des personnes extérieures à l'entreprise, en utilisant le réseau professionnel interne et une liste de diffusion personnelle, une succession de courriers électroniques contenant des informations confidentielles, concernant les relations de la société avec l'un de ses clients, susceptibles de nuire à la réputation de celle-ci ; qu'elle a pu décider que ce manquement, qui rendait impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, constituait une faute grave et a ainsi écarté, sans être tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties, les conclusions par lesquelles le salarié soutenait que le licenciement reposait sur un autre motif que celui énoncé dans la lettre de licenciement ;

- Soc., 16 mai 2013, pourvoi n° 12-13.372

Mais attendu qu'appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel, qui a retenu que le courriel adressé par la salariée à une personne extérieure à l'entreprise à partir de la messagerie professionnelle du président-directeur général et qui ne pouvait à ce titre revêtir un caractère privé, contenait des informations confidentielles et des remarques de nature à déconsidérer les personnes de l'entreprise évoquées, a pu en déduire que la salariée avait manqué à l'obligation de loyauté compte tenu de ses fonctions auprès du président directeur général dont elle était l'assistante ; que le moyen n'est pas fondé ;

-Soc., 22 novembre 2017, pourvoi n° 16-24.069

Mais attendu que la cour d'appel qui a constaté que la salariée avait divulgué à un salarié le montant des salaires perçus par certains de ses collègues, manquant ainsi aux règles de confidentialité lui incombant au regard des fonctions exercées et étant de nature à créer des difficultés au sein de l'entreprise, a pu en déduire que ce manquement constituait une faute grave rendant impossible son maintien dans l'entreprise ; que le moyen n'est pas fondé ;

4-2- 3/ Liberté d'expression du salarié sur les réseaux sociaux

Récemment notre chambre a été amenée à se prononcer sur le respect de la liberté d'expression des salariés à l'égard de propos tenus par ceux-ci sur internet et les réseaux sociaux en lien avec leur entreprise,

Nous savons que la limite de la liberté d'expression dont jouit le salarié (article L1121-1 du code du travail) tient dans son abus constitué notamment par la tenue de propos injurieux, diffamatoires ou excessifs (Soc. 2 février 2006, n° 04-47.786, Soc 21 mai 2014 n°12-29.230, Soc 11 février 2015 n°13-24.200).

Pour apprécier le manquement, la chambre sociale prend en considération notamment le caractère public ou non des propos, la qualité et les fonctions du salarié, le contenu des propos, le contexte dans lequel les propos sont tenus .

S'agissant plus spécifiquement des propos tenus par les salariés sur internet et les réseaux sociaux :

* c'est la chambre criminelle qui a souvent été amenée à se prononcer sur le caractère public ou non des injures via les réseaux sociaux.

A cet égard , elle considère que si la seule utilisation d'internet ne suffit pas à caractériser la publicité, il y a, selon elle , publicité lorsque les destinataires ne sont pas liés entre eux par une communauté d'intérêts (Crim., 26 février 2008, pourvoi n°07-84.846 ; 28 avril 2009, n°08-85.249 ; Crim., 6 janvier 2015, pourvoi n° 13-87.885). Tel est le cas, notamment, lorsque les propos incriminés sont diffusés sur un site internet accessible au public (Crim., 26 mars 2008, pourvoi n°07-83.672). Il en est de même de l'envoi d'un courrier électronique à des destinataires qui font partie de groupements qui constituent des entités distinctes, ne partageant pas nécessairement les mêmes objectifs et ayant des domaines d'action différents (Crim., 28 avril 2009, précité).

La communauté d'intérêts est ainsi définie comme un groupe de personnes liées par une appartenance commune, des aspirations et des objectifs partagés. Ainsi, l'existence d'une communauté d'intérêts a été reconnue entre salariés d'une même entreprise (Crim., 12 sept.2000, Bull. n°267), entre membres d'une association (Crim. du 15 juillet 1981, n°232 et Crim., 21 février 1995, Bull.n°76) d'un parti politique (Crim., 27 mai 1999, Bull. n°112)

* La première chambre civile de la Cour de cassation a récemment retenu cette notion de communauté d'intérêts dans une affaire où, statuant sur un litige opposant un employeur, à l'une de ses salariées à l'encontre de laquelle , estimant avoir été victime d'injures publiques sur internet de sa part, il avait saisi la juridiction civile pour obtenir des dommages et intérêts, elle a jugé ainsi:

- 1ère civ. 10 avril 2013 n°11-19530 Bull 70 :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Agence du Palais qui avait employé Mme X..., et sa gérante, Mme Y..., ont assigné leur ancienne salariée en paiement de dommages-intérêts et prescription de diverses mesures d'interdiction et de publicité, pour avoir publié sur divers réseaux sociaux accessibles sur internet, les propos suivants, qu'elles qualifiaient d'injures publiques :

- " D... devrait voter une loi pour exterminer les directrices chieuses comme la mienne ! !
- " extermination des directrices chieuses " (Facebook)
- " éliminons nos patrons et surtout nos patronnes (mal baisées) qui nous pourrissent la vie ! !
- " (Facebook)

- " Z... motivée plus que jamais à ne pas me laisser faire. Y'en a marre des connes " ;

(..)

Mais attendu qu'après avoir constaté que les propos litigieux avaient été diffusés sur les comptes ouverts par Mme X... tant sur le site Facebook que sur le site MSN, lesquels n'étaient en l'espèce accessibles qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée, en nombre très restreint, la cour d'appel a retenu, par un motif adopté exempt de caractère hypothétique, que celles-ci formaient une communauté d'intérêts ; qu'elle en a exactement déduit que ces propos ne constituaient pas des injures publiques ;

La chambre civile a ainsi décidé que ne constituaient pas des injures publiques celles diffusées sur un compte de réseau social "accessible aux seules personnes agréées, en nombre très restreint" par l'auteur des propos injurieux, et qui formaient entre elles une communauté d'intérêts .

* Postérieurement , la chambre sociale a approuvé une cour d'appel d'avoir jugé qu'il n'y avait pas d'abus de la part d'un salarié qui s'interrogeait par la voie d'un site internet "quasi confidentiel" sur le licenciement d'un collègue;

- Soc., 6 mai 2015 n°14-10781 :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 20 novembre 2013), que M. X... a été engagé, en qualité d'électricien, le 3 novembre 2008, par la société SNEF, qu'il a été licencié pour faute grave le 9 mars 2011, son employeur lui reprochant des propos tenus dans deux articles parus sur un site internet, « miroir social » ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de dire que le licenciement ne reposait ni sur une faute grave ni sur une cause réelle et sérieuse et de le condamner à payer diverses indemnités à ce titre, alors, selon le moyen :

1°/ que constitue un abus de la liberté d'expression le fait pour un salarié de mettre en ligne, sur un site Internet accessible à des personnes étrangères à l'entreprise, un article imputant à l'employeur des faits graves, non établis, en usant de termes excessifs ; que dans l'article mis en ligne le 14 février 2011, sur le site internet Miroir social, accessible à des personnes étrangères à l'entreprise, M. X... affirmait que l'un de ses collègues de travail avait été « sanctionné pour avoir soi-disant mal répondu à son chef d'équipe, motif monté de toutes pièces », celui-ci résidant dans la circonstance que ce « jeune salarié avait osé revendiquer l'application du code du travail », et précisait qu'en participant à une réunion de négociation qui s'était tenue avec le directeur régional, lui et ses collègues avaient subi « chantage et menaces déguisés » ; qu'en déclarant le licenciement de M. X... sans cause réelle et sérieuse, motif pris « que le fait pour un salarié de s'interroger, dans le cadre d'une situation de conflit, sur le licenciement d'un de ses collègues n'exécède pas la liberté d'expression dont il doit jouir », quand l'article litigieux, qui imputait à la société SNEF des faits graves non étayés en usant de propos excessifs, caractérisait un abus de la liberté d'expression du salarié, la cour d'appel a violé les articles L. 1221-1, L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail ;

2°/ que le salarié est tenu à une obligation de loyauté envers son employeur ; qu'en jugeant que le licenciement de M. X... était sans cause réelle et sérieuse sur le fondement de la liberté d'expression du salarié, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la teneur de l'article mis en ligne par M. X... le 14 février 2011 ne caractérisait pas un manquement de ce dernier à son obligation contractuelle de loyauté envers la société SNEF, justifiant la sanction prise, la cour

d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1234-1 et L. 1234-9 du code du travail ;

Mais attendu que l'exercice de la liberté d' expression des salariés en dehors de l'entreprise ne peut justifier un licenciement que s'il dégénère en abus ;

Et attendu qu'ayant retenu à bon droit, par motifs propres et adoptés, que le fait pour un salarié de s'interroger, dans le cadre d'une situation de conflit et par la voie d'un site internet revêtant un caractère quasiment confidentiel, sur le licenciement de l'un de ses collègues, sans que les propos incriminés soient injurieux ou vexatoires, n'excédait pas les limites de la liberté d'expression, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Puis, dans le prolongement de la décision de la 1^{ère} chambre civile du 10 avril 2013 précité, la chambre sociale a considéré que Ne sont pas constitutifs d'une faute grave les propos injurieux diffusés par un salarié sur un compte de réseau social "facebook" accessibles aux seules personnes agréées par lui et composant un groupe fermé de quatorze personnes, de tels propos relevant d'une conversation de nature privée.

- Soc., 12 septembre 2018, n°16-11.690 publié

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme I..., salariée de l'Agence du Palais, gérée par Mme D..., a été engagée le 6 janvier 2004 en qualité de négociatrice immobilier par la société Dupain ; que le 3 mars 2009, elle a été licenciée pour faute grave par cette dernière et a saisi la juridiction prud'homale ; que Mme W... a été désignée en qualité de liquidateur amiable de la société Dupain ;

Sur le premier moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de dire le licenciement pour faute grave dépourvu de cause réelle et sérieuse et de le condamner à verser des sommes à la salariée, alors, selon le moyen :

1°/ que caractérise une faute grave, la seule diffusion, publique ou privée, par le salarié sur le réseau social Facebook de propos injurieux et humiliants à l'encontre de son employeur ; qu'ayant relevé que Mme I...avait proféré des propos injurieux et offensants à l'égard de Mme D..., son employeur, et en décidant cependant que ce grief n'est pas constitutif d'une faute grave au motif inopérant que l'employeur n'en démontre pas le caractère public dès lors que les termes litigieux n'étaient accessibles qu'à un groupe fermé de quatorze personnes et étaient donc d'ordre privé, la cour d'appel a violé les articles L. 1232-1, L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail ;

2°/ qu'en écartant la faute grave sans rechercher, comme elle était invitée à le faire, si ce grief tiré de la diffusion de propos injurieux et offensants à l'égard de l'employeur n'était pas au moins constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1232-1 du code du travail ;

Mais attendu qu'après avoir constaté que les propos litigieux avaient été diffusés sur le compte ouvert par la salariée sur le site facebook et qu'ils n'avaient été accessibles qu'à des personnes agréées par cette dernière et peu nombreuses, à savoir un groupe fermé composé de quatorze personnes, de sorte qu'ils relevaient d'une conversation de nature

privée, la cour d'appel a pu retenir que ces propos ne caractérisaient pas une faute grave ; qu'exerçant le pouvoir qu'elle tient de l'article L. 1235-1 du code du travail, elle a décidé que le grief ne constituait pas une cause réelle et sérieuse de licenciement ; que le moyen n'est pas fondé ;

Dans le même temps, la chambre sociale a en revanche retenu un abus dans la liberté d'expression des propos excessifs, déloyaux et malveillants à l'égard de l'employeur tenu sur un site accessible à tout public :

- Soc., 11 avril 2018, n°16-18.590

Mais attendu, d'abord, qu'appréciant souverainement la valeur et la portée des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a retenu, sans dénaturation, que le salarié était l'auteur du message publié le 21 juin 2011 sur le site internet "www.notetonentreprise.com" ;

Attendu, ensuite, qu'ayant relevé le caractère excessif du message qui était publié sur un site accessible à tout public, et dont les termes étaient tant déloyaux que malveillants à l'égard de l'employeur, elle a pu en déduire que l'intéressé, directeur artistique de l'entreprise, avait abusé de sa liberté d'expression et, ayant fait ressortir que l'employeur avait agi dans un délai restreint, que ce manquement rendait impossible le maintien du salarié dans l'entreprise et constituait une faute grave, excluant par là même toute autre cause de licenciement ;

Il peut être relevé les commentaires suivants de ces décisions :

G. Loiseau, JCP Social N° 41. 16 octobre 2018 n°1328, « Réseaux sociaux et abus de la liberté d'expression : l'exception de cercle privé »

(...) Qu'apporte, dans ce contexte, l'arrêt rendu le 12 septembre 2018 ?

Sans lier formellement le caractère privé ou public de propos injurieux ou excessifs publiés sur un réseau social aux paramètres du compte à partir duquel ils sont diffusés, il pose des critères qui s'inspirent de la volonté que le choix de ces paramètres manifeste. Les propos ont le caractère d'une conversation privée, dit l'arrêt, lorsqu'ils n'ont été rendus accessibles par la salariée sur son compte Facebook qu'à des personnes agréées par celle-ci et peu nombreuses, constituant un groupe fermé. On peut en inférer, de manière générale, que les propos ne sont pas protégeables au titre du secret des communications, parce que publics, lorsque les personnes susceptibles d'en prendre connaissance ne sont pas uniquement des personnes individuellement agréées par le titulaire du compte qui a posté les propos indécents. Cela correspond à la situation dans laquelle le compte est paramétré pour en permettre l'accès au public, voire seulement aux amis et à leurs amis, c'est-à-dire à des personnes étrangères ou potentiellement étrangères au cercle privé. À l'inverse, cependant, le paramétrage du compte en réservant l'accès aux personnes agréées n'implique pas forcément que les propos qui y sont diffusés ont une nature confidentielle et vocation à demeurer privés.

Spécialement, si l'auteur des messages les rend volontairement visibles par d'autres personnes que celles agréées pour accéder au compte, ils cessent d'être privés. Il n'y a donc pas de stricte correspondance entre le paramétrage fermé du compte et la qualification de communication privée des propos qui y sont publiés. C'est probablement d'ailleurs ce qu'il faut également retenir lorsque les personnes agréées auxquelles l'accès au compte est réservé sont trop nombreuses pour constituer un cercle privé. Mais c'est alors s'interroger sur la notion de cercle privé.

2. La notion de cercle privé

La Cour de cassation l'a elle-même signalé : « le terme d'« ami » employé pour désigner les personnes qui acceptent d'entrer en contact par les réseaux sociaux ne renvoie pas à des relations d'amitié au sens traditionnel du terme » (Cass. 2e civ., 5 janv. 2017, n° 16-12.394 : JurisData n° 2017-000028 ; D. 2017, p. 208, obs. P.-Y. Gautier).

Le cercle privé ne se confond pas en conséquence nécessairement avec un réseau « d'amis numériques » avec lesquels le titulaire du compte partage toutes espèces d'informations et dont le nombre est bien souvent inversement proportionnel à la force du lien d'affection ou de sympathie qui les unit. La première chambre civile a parlé, pour désigner un cercle plus restreint au sein duquel les communications présentent un caractère privé, de « communauté d'intérêts » (Cass. 1re civ., 10 avr. 2013, préc.). Mais l'expression est elle-même beaucoup trop large car elle renvoie à un groupe ou à un groupement dont les intérêts communs peuvent être de nature très diverse (V. S. Prétot, *Les communautés d'intérêts : essai sur des ensembles de personnes dépourvus de personnalité juridique*, th. Paris 1, 2016). On préférera alors les termes de cercle privé qui évoquent la notion un peu vieillotte, en droit d'auteur, de cercle de famille qui fonde une exception au droit d'auteur en permettant une représentation privée et gratuite de l'oeuvre lorsqu'elle se déroule dans ce cadre (CPI, art. L. 122-5). Sans doute, la conception qu'en retient la jurisprudence est plutôt stricte mais la notion s'étend, au-delà de la famille au sens propre, aux personnes qui entretiennent habituellement des rapports d'intimité. L'esprit, dans ces conditions, est voisin de prendre en considération, pour apprécier le caractère privé d'un échange ou d'un partage (d'une information, d'une oeuvre de l'esprit...), le caractère fermé de la communauté ou du réseau limité à des familiers qui ont entre eux, ou du moins avec l'un d'entre eux, des relations de proximité.

De ce point de vue, il se comprend que, pour la Cour de cassation, le fait de réserver l'accès au cercle privé aux seules personnes agréées par le titulaire du compte ne suffit pas à donner aux propos qui sont tenus dans ce cadre le caractère d'une conversation privée. Il faut encore que ce cercle réunisse un nombre restreint de personnes, ce qui fait sens dans la mesure où des amis numériques en grand nombre, même sélectionnés ou en tout cas acceptés par l'intéressé, ont plus l'allure d'une collection de connaissances plus ou moins proches que le profil de familiers avec qui on doit pouvoir échanger en toute impunité une conversation privée. Les deux exigences sont donc, pour la Cour de cassation, cumulatives. L'arrêt du 10 avril 2013 le soulignait le premier : pour écarter la qualification d'injures publiques, il relevait que les propos diffusés sur les comptes Facebook et MSN n'étaient « accessibles qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée, en nombre très restreint ». L'arrêt du 12 septembre 2018 le reprend à son tour : il note que les propos injurieux diffusés par la salariée sur son compte Facebook « n'avaient été accessibles qu'à des personnes agréées par cette dernière et peu nombreuses, à savoir un groupe fermé composé de quatorze personnes » pour décider « qu'ils relevaient d'une conversation de nature privée ».

Reste la question factuelle de savoir à partir de quelle taille environ le groupe de personnes agréées pour accéder au compte peut être jugé trop important pour être compatible avec la notion de cercle privé, notion dont le sens est de réunir un nombre réduit de familiers. La cour d'appel d'Aix-en-Provence a estimé à ce sujet, s'agissant d'un employeur qui avait sanctionné les propos excessifs d'un salarié, que le profil de celui-ci, comportant cent soixante-dix-neuf « amis », ne pouvait caractériser en raison de son importance une sphère privée d'échanges (CA Aix-en-Provence, 5 févr. 2016, n° 14/13717). Il ne saurait toutefois être question de procéder à une quantification chiffrée précise. L'appréciation est en fait et doit relever en tant que telle du pouvoir des juges du fond.

5-Éléments d'appréciation

Pour dire le licenciement de Mme X... fondé sur une faute grave, la cour d'appel a retenu que :

Madame X... ne conteste ni l'obligation de confidentialité incluse à l'article 12 de son contrat de travail rappelée dans la lettre de licenciement, ni avoir reçu un courriel de Monsieur V... le 25 octobre 2013, dont elle était destinataire, rappelant l'interdiction de diffusion de photographies de futures collections, la société produisant aussi le message du 25 octobre 2012 de la directrice internet de la société sur la maîtrise de l'image Petit Bateau et l'interdiction de toute page sur les réseaux sociaux émanant de salariés, partenaires et clients, message adressé notamment à Monsieur V... pour diffusion à ses équipes, ni avoir reçu le 3 février 2014 la charte informatique dont elle a pris connaissance qui prévoit notamment en son article 7.2 l'interdiction de diffuser des informations sur le groupe via des sites internet, des forums, des groupe d'information ou des conversations en ligne en dehors des cas limitativement autorisés par le service communication prévu à l'article 7.3.

Nul ne peut ignorer que Facebook, qui est un réseau accessible par connexion internet, ne garantit pas toujours la confidentialité nécessaire.

Et c'est vainement que Madame X... prétend que l'interdiction ne concernerait que le compte Instagram ou tout autre site internet accessible au public et que la photographie diffusée par elle n'aurait été mise en ligne que sur son compte Facebook et uniquement auprès de ses amis, arguant d'un procédé déloyal pour accéder à sa page personnelle, d'une intrusion abusive et illicite dans sa vie privée et de l'absence de trouble au sein de l'entreprise, alors que :

- ses « amis » sont plus de 200 et sont des professionnels de la mode travaillant pour Petit Bateau sans avoir eu accès au défilé du 22 avril 2014 confidentiel et destiné aux commerciaux, ou travaillant auprès d'entreprises concurrentes tels que ceci ressort des pièces produites sur les profils professionnels de certains « amis » de Mme X..., ce qui dépasse la sphère privée ;

- la salariée ne peut garantir l'absence de diffusion dans un cercle encore plus large par ces « amis » dans un secteur très concurrentiel où l'employeur justifie d'agissements de contrefaçon ; - il n'est nullement justifié d'une pratique admise au sein de la société, le mail d'octobre 2013 démontrant l'inverse ;

- l'employeur n'a commis aucun fait illicite ou procédé déloyal d'atteinte à la vie privée, ayant été informé de cette diffusion par un des « amis » de Madame X... travaillant au sein de la société tel que ceci résulte du courriel de Madame U... du 24 avril 2014 à la direction qui a joint la photographie litigieuse représentant une prise de vue du défilé adulte en « avant 1ère » avec six tenues différentes sur la mode de l'été suivant, celle-ci s'étonnant à juste titre de trouver sur Facebook une photographie de la future collection ;

- l'employeur a fait procéder à un constat d'huissier pour contrecarrer la contestation initiale de Madame X... sur le fait que le compte Facebook ne serait pas peut être pas le sien et il est sans intérêt que ce constat ait été effectué après le licenciement, l'employeur ayant dès la sanction des éléments suffisamment probants sur l'auteur et les conséquences de cette diffusion ;

- il importe peu que les modèles en cause dans lesquels apparaissaient un imprimé inédit n'aient pas été copiés ou que la société ait choisi de diffuser quelques articles de la nouvelle collection dès juillet 2014 dans le salon mode Who's Next avec d'autres professionnels, la société Petit Bateau étant maître de son image et de sa communication ;

d'une négligence et non d'une intention frauduleuse, le non-respect de l'obligation de confidentialité par Madame X... est établi et ce malgré un rappel en octobre 2013.

Au regard de l'interdiction de la société sur une communication extérieure rappelée en 2012 et 2013 et ciblant les réseaux sociaux, Madame X... a commis une faute grave en violant l'obligation de confidentialité imposée par l'employeur particulièrement justifiée par le secteur de la société dans laquelle la salariée travaillait depuis quatre ans à un poste important ; la mise à pied à titre conservatoire était justifiée compte tenu des circonstances, et il n'est nullement justifié de conditions brutales et vexatoires ; en conséquence le jugement sera infirmé et Madame X... déboutée de ses demandes au titre de la rupture sans qu'il soit besoin d'examiner le second grief.

A l'appui du moyen, il est notamment fait valoir dans le mémoire ampliatif que

La possibilité pour l'employeur de se prévaloir d'éléments figurant sur ce réseau à l'encontre de son salarié dépend du point de savoir si le compte Facebook de l'intéressé est librement accessible. Autrement dit, tout dépend de savoir si ledit compte s'analyse en un compte public ou privé, au regard des paramètres de confidentialité que le salarié a définis. A partir du moment où un employeur ne peut pas accéder aux informations extraites d'un compte Facebook de l'un de ses salariés sans y avoir été autorisé, la preuve issue des publications faites par un salarié sur son compte Facebook privé, apportée par un autre salarié de l'entreprise autorisé à accéder audit compte en sa qualité d'«ami », est irrecevable. Il est ajouté que l'identité et l'activité professionnelle de ses amis ne pouvaient être prises en considération sans violer le droit au respect de la vie privée.(1^{ère} et 3^{ème} branches)

Il est également soutenu que les publications faites sur un compte Facebook, y compris en lien avec l'activité de l'entreprise, dès lors qu'elles sont réalisées sur un compte privé accessible uniquement à des personnes préalablement approuvées et en nombre limité, sont de nature privée et ne peuvent justifier un licenciement. Aussi, le fait qu'un salarié, sans passif disciplinaire, poste une photographie en lien avec l'activité de l'entreprise, sur un compte Facebook paramétré en mode privé, accessible à un nombre restreint de personnes dont il a préalablement validé l'accès, ne constitue pas une faute grave, pas plus qu'une cause de licenciement. (2^{ème}, 4^{ème} et 5^{ème} branches).

La critique de la 4^{ème} branche pourrait porter sur un motif surabondant de l'arrêt et celle de la 6^{ème} pourrait être inopérante.

Le mémoire en défense_soutient principalement que :

La question de l'accès de l'employeur aux données figurant sur les comptes Facebook de ses salariés et de l'utilisation des données de ce compte comme moyen de preuve ne peut être résolue que par une double analyse :

- celle de l'obligation de loyauté de la part de l'employeur vis-à-vis du salarié ;

- et celle de l'atteinte apportée à la vie privée, sa finalité légitime ou non et son caractère proportionné ou non à la fin recherchée.

Il importe de souligner que l'employeur ne commet pas de faute en prenant connaissance des publications opérées sur un compte Facebook d'une manière qui n'est pas déloyale -notamment si des captures d'écran ont été réalisées par une personne habilitée à consulter un compte assez largement accessible et qui en a informé librement l'employeur- et en utilisant à bon escient la preuve qui lui est ainsi offerte pour défendre un intérêt légitime, sans porter une atteinte disproportionnée à la vie privée du salarié.

Par ailleurs, une publication sur les réseaux sociaux est susceptible de constituer une violation de l'obligation de confidentialité, qu'elle soit inhérente aux fonctions du salarié ou qu'elle ait été renforcée par une clause de confidentialité insérée dans le contrat de travail ou tout autre acte juridique ayant force obligatoire. La violation d'une pareille obligation de confidentialité est susceptible de constituer une faute grave, comme celle-ci a été reconnue dans la présente affaire.

La chambre devra dire si l'arrêt encourt les griefs du moyen.