

## Les échanges via les messageries instantanées personnelles (MSN, Messenger, WhatsApp...) sont couverts par le secret des correspondances



Maître Jonathan  
Cadot  
Avocat associé,  
Cabinet Lepany  
& Associés

**Par un arrêt du 23 octobre 2019, la Chambre sociale de la Cour de cassation confirme que les messages échangés par des salariés via une messagerie personnelle, qu'elle soit ou non instantanée, sont couverts par le secret des correspondances.**

*Cass. soc., 23 oct. 2019, n° 17-28.448 D*



Maître Marie  
Bourgault  
Avocate, Cabinet  
Lepany & Associés

Dans l'affaire ici commentée, la salariée avait été licenciée pour faute grave en raison du transfert de documents appartenant à l'entreprise réalisé par l'intermédiaire d'une messagerie instantanée, « msn », depuis son ordinateur professionnel. La salariée avait donc saisi le Conseil de prud'hommes pour contester le licenciement dont elle avait fait l'objet et obtenir réparation du préjudice subi.

Pour débouter la salariée de ses demandes, le Conseil de prud'hommes retenait que cette dernière ne démontrait pas que « *les courriels et les indications qui étaient mentionnés sur la messagerie [msn] avaient une nature purement privée* ».

La salariée interjetait appel de la décision soutenant que la correspondance qu'elle avait échangée à partir de cette messagerie instantanée installée sur son ordinateur professionnel avait un caractère privé, ce qui interdisait à l'employeur d'y accéder et de l'exploiter à des fins disciplinaires.

La société quant à elle prétendait qu'il n'y avait pas d'atteinte à la vie privée et donc au secret des correspondances dans la mesure où la salariée avait elle-même donné le mot de passe d'accès à son ordinateur et que les recherches des informations professionnelles avaient été réalisées pour répondre à leur expert-comptable.

Dans un arrêt du 28 septembre 2017, la Cour d'appel infirmait le jugement rendu en 1<sup>ère</sup> instance considérant le licenciement de la salariée abusif, au visa notamment de l'article 9 du Code civil, ayant retenu la violation par l'employeur du secret des correspondances dès lors que :

- ce dernier avait été informé préalablement de l'existence de données personnelles sur l'ordinateur professionnel de la salariée ;
- cette messagerie instantanée, « msn », distincte de la messagerie professionnelle était personnelle sans qu'il soit be-

soin d'une mention « personnel » ou encore « conversation personnelle ».

Saisie d'un pourvoi par la société, la Cour de cassation valide le raisonnement des juges du fond considérant que « les messages électroniques litigieux, échangés au moyen d'une messagerie instantanée, provenaient d'une boîte à lettre électronique personnelle distincte de la messagerie professionnelle dont la salariée disposait pour les besoins de son activité, la cour d'appel en a exactement déduit qu'ils étaient couverts par le secret des correspondances ».

La Haute juridiction **réaffirme le principe de protection du secret des correspondances des salariés dans le cadre de l'utilisation de leur messagerie personnelle en prenant en compte l'évolution des technologies de communication.**

---

## Une confirmation de la protection du secret des correspondances dans le cadre de l'utilisation d'une messagerie personnelle

La Cour de cassation confirme par cet arrêt que sont couverts par le secret des correspondances les messages échangés par les salariés depuis une messagerie personnelle.

Pour rappel, la jurisprudence de la Cour de cassation considère de manière constante que les correspondances des salariés reçues, envoyées ou stockées sur un outil mis à la disposition du salarié par l'employeur pour les besoins de son activité, non identifiés comme personnels, sont présumés avoir un caractère professionnel, laissant la possibilité pour l'employeur d'en prendre connaissance.

Ainsi, elle a pu considérer que :

- les messages contenus dans un fichier « personnel » sur l'ordinateur professionnel du salarié étaient couverts par le secret des correspondances (Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942) ;
- les messages issus de la messagerie professionnelle du salarié ne portant aucune mention les identifiant comme personnels pouvaient être régulièrement ouverts par l'employeur (Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.486) ;
- les SMS envoyés ou reçus par le salarié au moyen de son téléphone professionnel, non identifiés comme personnels, peuvent être consultés par l'employeur (Cass. com. 10 févr. 2015, n° 13-14.779).

**Se posait donc la question des messages issus d'une messagerie personnelle consultée depuis l'ordinateur professionnel du salarié.**

Dans ce cadre, la Cour de cassation répondait par deux arrêts du 26 janvier et 7 avril 2016 que la « messagerie personnelle des salariés, distincte de leur messagerie professionnelle dont ils disposent pour les besoins de leur activité, [ ] sont couverts par le secret des correspondances » (notamment, Cass. soc., 26 janv. 2016, n° 14-15.360 ; Cass. soc., 7 avr. 2016, n° 14-27.949). Elle semblait donc opérer une distinction selon l'origine des messages litigieux (messagerie personnelle ou professionnelle), pour déterminer la possibilité pour l'employeur de les consulter et de les utiliser à des fins disciplinaires.

La Cour confirme dans cet arrêt du 23 octobre 2019 cette distinction en reprenant le même attendu de principe, s'agissant d'une messagerie instantanée personnelle, « msn ». Il est intéressant d'observer que, par cet intermédiaire, la Cour de cassation rejette la présomption du caractère professionnel sur laquelle se fondait l'employeur faisant prévaloir le caractère personnel de la messagerie instantanée utilisée pour envoyer les messages litigieux, sur la nature professionnelle de l'outil sur lequel cette messagerie était utilisée. Il conviendra par ailleurs de noter que la Cour d'appel de Paris avait relevé, dans son arrêt du 28 septembre 2017, que l'employeur avait été informé préalablement à la consultation desdits messages, de l'existence d'éléments personnels sur ledit ordinateur. Cette décision semble concilier le respect de la vie privée du salarié, et notamment le secret des correspondances avec les pouvoirs de l'employeur en matière de contrôle, décidant qu'il ne pouvait avoir un accès légitime aux messages litigieux.

---

## Vers une prise en compte de l'évolution des technologies en matière de communication ?

Pour la 1<sup>ère</sup> fois la Cour de cassation se prononce sur la question du secret des correspondances issues d'une messagerie instantanée personnelle par un salarié, et plus particulièrement sur les messages qui en sont issus. Si la messagerie instantanée concernée, msn, est moins utilisée aujourd'hui, elle a été remplacée par d'autres messageries instantanées tels que messenger (facebook), whatsapp, skype ou encore teams (outlook) ou hangouts (gmail).

Dans cet arrêt la Cour prend en compte l'évolution des technologies et notamment la multiplication des moyens d'échanges pour considérer que dans la mesure où il s'agit de messageries personnelles, les messages qui en découlent le sont aussi sans exiger une identification particulière. **Elle atténue donc la présomption du caractère professionnel des éléments se trouvant sur l'ordinateur professionnel du salarié** dès lors que l'application utilisée n'est pas mise à la disposition du salarié pour les besoins de son activité.

La jurisprudence de la Cour de cassation pourrait donc se rapprocher de la jurisprudence européenne et notamment de celle de la Cour européenne des droits de l'homme en finissant par abandonner la présomption du caractère professionnel des messages échangés par l'intermédiaire des outils mis à la disposition des salariés, et ce, compte tenu de l'évolution des emplois.

Dans sa décision du 5 septembre 2017, la CEDH considérait que :

- les communications des salariés sont potentiellement privées et donc protégées par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;
- le contrôle de l'employeur de ces correspondances devait être relativisé par le principe de proportionnalité et les garanties procédurales contre l'arbitraire (*CEDH, gr. ch., 5 septembre 2017, Bărbulescu c/ Roumanie, n° 61496/08*).

Toutefois, afin de permettre une réelle prise en compte des évolutions technologiques et de la frontière de plus en

plus poreuse entre vie personnelle et vie professionnelle, il reste à espérer un infléchissement de la position de la Cour de cassation s'agissant de l'utilisation des outils professionnels à des fins personnelles, notamment en supprimant l'exigence d'une identification parfois impossible des messages personnels (sms ou messages instantanés par exemples).

On peut, par ailleurs, s'interroger sur l'issue d'une telle affaire dans une situation où la salariée aurait eu interdiction d'installer des logiciels et/ou applications sur les outils professionnels mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son activité (téléphone et ordinateur portable par exemple). Dans cette hypothèse, le débat juridique risquerait de se déplacer sur la question du respect des règles internes à l'entreprise, l'employeur sanctionnant le salarié concerné au regard de ce manquement sans référence aux communications dont il aurait pu prendre connaissance. En la matière, il conviendrait de se référer au règlement intérieur ou à la charte informatique qui pourraient prévoir cette interdiction, notamment, sur les ordinateurs et téléphones portables professionnels.

## Fusion d'entreprises : la BDES doit comporter des informations relatives aux sociétés absorbées



Rémy Favre  
Avocat, Capstan  
avocats

La mise en place de la base de données économiques et sociales (BDES) par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi était destinée à améliorer les conditions d'informations du comité d'entreprise. Bien que modifié et complété par différents textes, quelques questions sur le dispositif sont restées en suspens. Un arrêt de la Cour de cassation permet de répondre à l'une d'elle et de faire le point sur le contenu de la BDES depuis la mise en place du CSE.

*Cass. soc., 27 nov. 2019, n° 18-22.532 P+B*

La BDES doit comporter des informations relatives aux sociétés absorbées

### Informations portant sur les sociétés absorbées

Dans l'espèce ayant donné lieu au litige, une société issue de la fusion de deux autres

procède, en 2016, à la consultation de son CCE sur la politique sociale, les conditions de travail et de l'emploi, au titre de l'année 2015. Conformément aux articles L. 2323-8 et R. 2323-1-5 du Code du travail alors applicables (avant les ordonnances Macron de septembre 2017), l'entreprise devait mettre à disposition de son CCE des informations dans la BDES ; celles-ci devant porter sur l'année en cours, les deux années