

Smartphones : la présomption d'utilisation professionnelle des SMS

Par Yvan LOUFRANI, Professeur de droit social à l'ISC Paris et l'ENOES, Consultant associé Expertise & Management social, plateforme de veille juridique et sociale RH www.tripalium.com

Sur le fondement d'un arrêt de février 2015 permettant à l'employeur de contrôler les SMS de ses salariés, la présomption d'utilisation professionnelle des TIC est dorénavant admise par les chambres sociales et commerciales de la Cour de cassation. Il s'agit néanmoins d'une présomption simple. Dès lors, à moins qu'ils ne soient clairement identifiés comme personnels, l'employeur est en droit de les consulter, hors la présence du salarié.

L'irruption du smartphone (personnel ou professionnel) dans les entreprises, pose de plus en plus le problème des conséquences juridiques des messages adressés ou archivés, et plus généralement de son utilisation dans le milieu professionnel. Quoi de plus facile, en effet, que de prendre une photo d'un document confidentiel et de le transférer grâce à son smartphone à un concurrent ou de l'informer par SMS de l'avancée d'une réunion commerciale ?

Fortement encadrée pour préserver la vie personnelle du salarié face aux enjeux posés par l'intelligence économique, la cybersurveillance, est devenue un impératif de sécurité des entreprises.

Licéité de la cybersurveillance des salariés

Face à la multiplication des outils d'intelligence économique, la jurisprudence de la Cour de cassation a opéré un important virage en faveur du pouvoir de contrôle de l'employeur. Longtemps restreinte par la jurisprudence "Nikon", la cybersurveillance est aujourd'hui largement admise et pratiquée, et cela d'autant plus facilement que l'utilisation des nouvelles technologies mises à disposition par l'employeur est une utilisation professionnelle présumée.

■ Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt Nikon¹, un ingénieur a entretenu pendant ses heures de travail une activité parallèle, découverte dans son ordinateur par son employeur. Il gagne son procès car les documents compromettants figuraient dans un dossier identifié comme "personnel". Pour la Cour de cassation, le salarié a droit, même dans le temps et sur le lieu de travail, au respect de sa vie privée. Ce qui implique en particu-

lier, le secret des correspondances. En conséquence, l'employeur ne peut - 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 ».

■ La Cour de cassation a ensuite eu l'occasion de donner un mode d'emploi aux employeurs désirant fouiller le disque dur de l'ordinateur mis à disposition de leurs salariés², en précisant dans cette affaire : « Attendu, cependant, 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 ». Il n'est donc plus interdit de fouiller les fichiers personnels s'il existe un risque et que le salarié a été mis en mesure de se présenter.

■ Procédure suivie en 2007 par un employeur qui fait venir un huissier et ouvre les fichiers en présence du salarié, suspectant, avec raison, une concurrence

déloyale « Qu'en statuant ainsi, alors que l'employeur avait des motifs légitimes de suspecter des actes de concurrence déloyale et qu'il résultait de ses constatations que l'huissier avait rempli sa mission en présence du salarié »³.

■ Ce "mode d'emploi" connu, il est utilisé dans toutes les affaires suivantes jusque dans une affaire jugée en 2009 dans laquelle un salarié avait identifié l'ensemble de son disque dur comme "personnel". La Cour de cassation⁴ met alors un terme au "mode d'emploi" utilisé jusque-là et considère dorénavant que tout est professionnel sauf ce que le salarié a expressément stipulé comme personnel « Attendu cependant que les fichiers créés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé ».

Présomption d'utilisation professionnelle de l'outillage informatique mis à disposition du personnel

Tout devenant professionnel, la présence du salarié n'est plus nécessaire et l'employeur pourra alors :

- fouiller en l'absence du salarié, son historique internet : « Mais attendu que les connexions établies par un salarié sur des sites Internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence ; que le moyen n'est pas fondé »⁵ ;

- prendre connaissance des fichiers laissés sur sa clé USB connectée : « Attendu cependant qu'une clé USB, dès lors qu'elle est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail, étant présumée utilisée à des fins professionnelles, l'employeur peut avoir accès aux fichiers non identifiés comme personnels qu'elle contient, hors la présence du salarié »⁶ ;

1. Cass. Ch. Soc., 2 octobre 2001, n° 99-42942, Nikon.

2. Cass. Ch. Soc., 17 mai 2005, n° 03-40017.

3. Cass. Ch. Soc., 23 mai 2007, n° 05-17818.

4. Cass. Ch. Soc., 21 octobre 2009, n° 07-43877.

5. Cass. soc., 9 juillet 2008, n° 06-45800.

6. Cass. soc., 12 février 2013, n° 11-28649.

• contrôler un message envoyé par un salarié, aux temps et lieu du travail, sur le téléphone portable professionnel d'une de ses collègues, présentant un rapport avec son activité professionnelle : « *Qu'en statuant ainsi, alors que le message, envoyé par le salarié aux temps et lieu du travail, qui était en rapport avec son activité professionnelle, ne revêtait pas un caractère privé et pouvait être retenu au soutien d'une procédure disciplinaire à son encontre* »⁷.

Prise en compte des messages vocaux

Après avoir considéré les mails, la Cour de cassation ne pouvait ignorer les messages vocaux laissés sur les boîtes vocales et l'envoi des SMS. Après avoir hésité, la position de la Cour de cassation est dorénavant claire sur les messages laissés sur un répondeur téléphonique.

■ Dans un premier temps, elle refuse de prendre en considération les messages laissés sur un répondeur téléphonique à cassettes ; l'enregistrement et la reconstitution d'une conversation ainsi que la retranscription de messages, lorsqu'ils sont effectués à l'insu de leur auteur, constituent des procédés déloyaux rendant irrecevables en justice les preuves ainsi obtenues.

■ Dans un second temps, elle a distingué les messages laissés sur une boîte vocale des messages laissés sur un répondeur téléphonique. Un salarié pourra ainsi se servir du message laissé par son employeur pour s'estimer licencié verbalement : « *Mais attendu, d'abord, que si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages téléphoniques vocaux dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur* »⁸.

Prise en compte des SMS

Le raisonnement sera identique pour l'envoi de SMS. Dans une affaire de harcèlement, la chambre sociale accepte de prendre en compte la retranscription des SMS reçus par la victime d'un harcèlement en leur donnant une pleine valeur juridique : « *Mais attendu que si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve*

ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur »⁹.

En février 2015¹⁰, la chambre commerciale aligne sa jurisprudence sur celle de la chambre sociale en rappelant que les SMS envoyés ou reçus par un salarié au moyen de son téléphone portable professionnel, sont présumés avoir un caractère professionnel, ce qui autorise l'employeur à les consulter librement s'ils n'ont pas été identifiés comme personnels. Or, à la différence des e-mails, il n'y a pas systématiquement de champ "objet" dans un SMS, ce qui signifie que tous les SMS adressés sans objet, sont professionnels¹¹ !

Dans l'affaire jugée par la chambre commerciale, la société Newedge Group (courtage d'instruments financiers) reproche à la société GFI (courtage d'instruments financiers) d'avoir provoqué la désorganisation de son activité en débauchant¹² un grand nombre de ses salariés.

Newedge Group demande et obtient l'autorisation, par ordonnance sur requête, de faire procéder à un constat au siège de cette société ainsi que sur les outils de communication mis à la disposition de ses anciens salariés. Pour sa part, GFI estime que la réglementation de Newedge (règlement intérieur, charte d'utilisation des moyens de commu-

nication électronique) ne concernait pas les SMS. Le glossaire annexé à la charte précisant que les « *moyens de communication électroniques* » étaient « *la messagerie électronique, les services d'accès internet, et les outils de travail en commun sur intranet* », et que la messagerie électronique était le « *service de transmission de messages géré par ordinateur* ».

Rejetant l'argumentation de GFI, la chambre commerciale dans son arrêt de 2015 utilise un raisonnement en trois temps :

- les SMS échangés sur le matériel mis à disposition par l'employeur sont présumés avoir un caractère professionnel : la chambre commerciale reprend mot pour mot la solution dégagée par la chambre sociale « *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* » ;
- l'employeur n'est pas déloyal en consultant ce qui n'est pas identifié comme personnel : « *la production en justice des messages n'ayant pas été identifiés comme étant personnels par le salarié ne constitue pas un procédé déloyal au sens des articles 9 du code civil et 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales rendant irrecevable ce mode de preuve* ».
- les SMS non identifiés comme personnels étant professionnels, l'employeur est en droit de les consulter : « *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* ».

Dès lors, la présomption du caractère professionnel des outils mis à disposition du salarié pour les besoins de son travail est étendue à tout l'outillage informatique, sauf si :

- le salarié a identifié comme "personnel" ses fichiers, quelle qu'en soit la nature (SMS, E-mails, fichiers...) ;
- le règlement intérieur restreint le pouvoir de l'employeur en lui imposant de ne consulter les SMS qu'en présence du salarié même s'ils n'ont pas été identifiés comme personnels¹³. ■

7. Cass. Ch. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-16995.

8. Cass. Ch. Soc., 6 février 2013, n° 11-23738.

9. Cass. Ch. Soc., 23 mai 2007, n° 06-43209.

10. Cass.com., 10 février 2015, n° 13-14779.

11. *A moins que le salarié ait commencé son SMS par "personnel", la Cour de cassation le confirmera peut-être.*

12. *Pour être répréhensible, le débauchage, doit avoir été causé par des manœuvres ou des agissements frauduleux et être accompli dans un but déterminé, tel que l'utilisation de connaissances acquises, le détournement de clientèle ou la connaissance des secrets de fabrication du concurrent. Le débauchage est sanctionné civilement et pénalement.*

13. Cass. Ch. Soc., 26 juin 2012, n° 11-15310.