

## Libertés fondamentales

1° LIBERTÉS FONDAMENTALES – Vie privée du salarié – Utilisation de la messagerie électronique professionnelle – Fouille par l'employeur – Secret des correspondances – Violation.

2° Clause de confidentialité – Distinction avec une clause de non-concurrence.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.)  
2 octobre 2001

**Société Nikon France SA contre O.**

Attendu que la société Nikon France a engagé M. O. le 22 avril 1991 en qualité d'ingénieur, chef du département topographie ; que le 7 septembre 1992, le salarié a conclu avec les sociétés Nikon Corporation et Nikon Europe BV un accord de confidentialité lui interdisant de divulguer certaines informations confidentielles communiquées par ces deux sociétés ; que le 29 juin 1995, il a été licencié pour faute grave, motif pris, notamment, d'un usage à des fins personnelles du matériel mis à sa disposition par la société à des fins professionnelles ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande tendant au paiement d'indemnités fondées sur un licenciement sans cause réelle et sérieuse ainsi que d'une somme à titre de contrepartie de la clause de non concurrence conventionnelle ;

Sur le moyen unique du pourvoi de la société Nikon France :

**Vu l'article 1134 du Code Civil ;**

Attendu que pour condamner la société Nikon France à payer l'indemnité prévue par la clause de non concurrence conventionnelle, la Cour d'Appel a énoncé que l'interdiction de divulguer des informations confidentielles revenait à interdire au salarié de s'engager en sa qualité d'ingénieur-géomètre chez un concurrent et que l'accord de confidentialité devait donc produire les effets de cette clause de non-concurrence ;

Attendu, cependant, que l'accord de confidentialité conclu le 7 septembre 1992 entre le salarié et les sociétés Nikon Corporation et Nikon BV interdisait seulement au salarié de divulguer des informations, portées à sa connaissance par ces deux sociétés, expressément identifiées comme confidentielles et de nature à permettre le développement d'un programme spécifique ; que, contrairement à la clause de non concurrence prévue par l'article 28 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie applicable en l'espèce, l'accord n'interdisait pas au salarié de s'engager au service d'une entreprise concurrente après avoir quitté la société ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'Appel, qui a donné à l'accord de confidentialité, dont les termes étaient clairs et précis, une portée qu'il n'avait pas, a dénaturé cet accord et ainsi violé le texte susvisé ;

Sur le pourvoi incident de M. O. :

**Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 9 du Code Civil, l'article 9 du Nouveau Code de Procédure Civile et l'article L. 120-2 du Code du Travail ;**

Attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret 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 ;

Attendu que pour décider que le licenciement de M. O. était justifié par une faute grave, la Cour d'Appel a notamment retenu que le salarié avait entretenu pendant ses heures de travail une activité parallèle ; qu'elle s'est fondée pour établir ce comportement sur le contenu de messages

émis et reçus par le salarié, que l'employeur avait découverts en consultant l'ordinateur mis à la disposition de M. O. par la société et comportant un fichier intitulé "personnel" ;

Qu'en statuant ainsi, la Cour d'Appel a violé les textes susvisés ;

#### PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions.

(M. Waquet, cons. doyen f.f. Prés. - Mme Lemoine Jeanjean, Cons. Rapp. - M. Kehrig, Av. gén. - SCP Gatineau, SCP Vier et Barthélémy, Av.)

NOTE. – 1. L'utilisation par un salarié de la messagerie électronique ("e-mail") professionnelle à des fins personnelles est un thème qui a fait couler beaucoup d'encre ces derniers temps et la décision ci-dessus est probablement appelée à faire date. Que viendrait-on dire si, en transposant les faits de l'affaire ci-dessus pour ôter les aspects de nouvelles technologies, "un employeur pénètre dans le bureau (l'ordinateur) d'un salarié, y ouvre un placard (le disque dur) prend possession d'un dossier revêtu d'une étiquette « personnel » (fichier intitulé « personnel ») et photocopie les correspondances qui s'y trouvent (copie sur disquette les messages émis et reçus)" (1)? Ce parallèle éclairant et justifié est malheureusement trop souvent remplacé par des considérations inadaptées relatives à la propriété des supports technologiques ou à un prétendu risque d'engagement de la responsabilité de l'entreprise. Quelle est la crédibilité d'un exemple, repris *ad nauseam*, du fonctionnement de réseau pédophile à partir des moyens informatiques de l'entreprise? Il est certain que l'utilisation à des fins personnelles ne peut s'envisager que sous la seule responsabilité du salarié, l'employeur ne pouvant voir ni sa responsabilité civile ni sa responsabilité pénale engagées en cas d'utilisation improbable de la messagerie à des fins délictueuses. Il faut relever à cet égard que la responsabilité pénale ne pourrait guère être appréhendée que sous l'angle de la complicité (2) mais ses exigences strictes cantonnent le cas à des situations où l'employeur aura eu un comportement délinquant. Quant à la responsabilité

civile, sur la base de la responsabilité du commettant du fait d'un préposé (art. 1384 al. 5 C. civ.), elle ne devrait pas pouvoir voir le jour pour des agissements, par hypothèse, effectué en dehors de tout lien de subordination (3).

2. Nous avons déjà abordé dans ces colonnes cette problématique : il est souhaitable et juridiquement possible de reconnaître le droit à un usage personnel raisonnable de la messagerie électronique par un salarié. Cette solution, dépourvue de coût pour l'entreprise, n'est que la matérialisation de la possibilité d'avoir des conversations étrangères au service sur le lieu de travail (4). La CNIL a exprimé sa position (5) en qualifiant "d'irréaliste" et de "disproportionnée", l'interdiction de principe d'utiliser la messagerie électronique à des fins non professionnelles (6).

3. L'appréciation de la portée de la décision ci-dessus nécessite un bref rappel préalable de la jurisprudence rendue sur des sujets voisins. La Cour de Cassation s'est, depuis plusieurs années, attachée à remettre en cause les moyens de preuve qualifiés de "déloyaux" à l'égard des salariés (essentiellement en raison de leur caractère de clandestinité); elle a écarté les arguments patronaux basés sur des éléments obtenus en violation de la procédure d'information individuelle (7) ou collective (8). Ainsi la preuve du vol commis par des salariés sur des distributeurs de sandwichs a été écartée au motif que le recours à une société de surveillance n'avait pas été préalablement soumis au CE (9). Bien qu'à notre connaissance non encore mobilisée dans un visa de cassation, la violation des dispositions de la loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978 peut également constituer un fondement au rejet d'un élément de preuve apporté par l'employeur. Ces textes et la jurisprudence déjà rendue, fondés sur le concept de loyauté des relations de travail – inauguré en la matière par l'arrêt Néocel (10) – sont assurément opportuns mais ne sont en aucun cas suffisants. En effet, cela peut-il signifier *a contrario*, que, moyennant prévenance, toute forme de contrôle est licite? En cas de réponse positive,

(1) Selon la pertinente image de deux avocats de Ernst & Young "Cybersurveillance des salariés : clarification du régime juridique" Les Petites Affiches 22/11/2001 p. 20.

(2) Art. 121-7 C. Pén : *Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre.*

(3) Voir en ce sens, TGI Lyon 20/02/01 RJS 2002 n° 11 où un salarié avait utilisé le matériel informatique de son employeur pour saturer le système de son ancienne entreprise (rendu en matière correctionnelle, le jugement s'est prononcé sur les intérêts civils). Il semble que la jurisprudence de la Cour de Cassation n'aille pas en ce sens (RJS prec.), ce qui nous paraît discutable.

(4) "Libres propos concernant l'usage de la messagerie électronique professionnelle par les salariés" Dr. Ouv. 2001 p. 65.

(5) "La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise" rapports d'étude mars 2001 et février 2002; également 21<sup>e</sup> rapport d'activité p. 121, documents sur [www.cnil.fr](http://www.cnil.fr).

(6) Voir également l'intéressante étude de M. Bourrié-Quenillet et F. Rhodain "L'utilisation de la messagerie électronique dans l'entreprise, aspects juridiques et managériaux en France et aux Etats-Unis" JCP 2002 G I 102.

(7) L. 121-8 C. Tr. : *Aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou du candidat à un emploi.*

(8) L. 432-2-1 3<sup>e</sup> al. C. Tr. : *Le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés.*

(9) Soc. 15 mai 2001 Liais. soc. Juris. n° 720 du 29/05/01, D. 2001 Somm. p. 3015 n. Aubert+Montpeyssen.

(10) Soc. 20 novembre 1991 Dr. Ouv. 1992 p. 253; voir également M. Richevaux "L'introduction d'Internet dans les entreprises" Dr. Ouv. 2000 p. 371. Voir, en revanche, la mise à l'écart très contestable de L. 432-2-1 lorsque la surveillance s'exerce dans des locaux où ne travaillent pas de salariés, Soc. 31 janvier 2001, RPDS 2001 p. 150n° 68.

le droit au respect de la vie privée du salarié, dont l'existence est affirmée haut et fort tant par la jurisprudence que par la doctrine (11), pourrait disparaître purement et simplement par le biais d'un effort (effet ?) d'annonce de l'employeur auprès du salarié et du CE.

4. La décision Nikon apporte une réponse sans équivoque à cette question (12) : la Cour de Cassation y énonce que *“le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret 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”*.

En visant simultanément des dispositions protectrices de la vie personnelle (13) et un texte relatif à la preuve (14), la Haute Cour manifeste son souci d'équilibrer les exigences des entreprises avec le respect minimal des droits de la personne. Ce point est illustré par les conclusions de l'Avocat général Kehrig dans la présente affaire : *“Toutefois, s'il est ainsi possible à l'employeur, sous ces réserves, de contrôler et surveiller l'activité de ses salariés il ne peut, pour autant, contrôler toute cette activité car la vie professionnelle n'absorbe pas la vie personnelle du salarié qui ne s'interrompt pas totalement une fois franchi le seuil du bureau ou de l'atelier. « L'identité intime » du salarié qui n'est pas seulement « être de travail » doit en effet être respectée. Même sur les lieux du travail, il a droit à une certaine autonomie car l'entreprise ne peut être un espace où l'arbitraire et le pouvoir discrétionnaire s'exercent sans frein, un « terrain d'espionnage » où seraient bafoués les droits fondamentaux.”* (15).

Les exigences de “transparence” posées par les articles L. 121-8 et L. 432-2-1 sont insuffisantes à garantir l'effectivité de la protection de la vie privée, domaine où justement l'opacité est un droit : certains moyens sont à proscrire par nature, et non seulement en fonction de leur contexte d'utilisation ! Si la référence à la licéité de la preuve est toujours présente, le visa ne fait aucunement référence aux textes prévoyant l'information du salarié et de sa collectivité d'appartenance. C'est directement à des

textes protecteurs de la vie privée qu'il est renvoyé. Il n'est alors plus question d'une quelconque information préalable comme condition de la licéité du mode de preuve mais de la violation d'une liberté fondamentale produisant cette illicéité. Au-delà des aspects de NTIC (intéressants mais qui finissent par polluer les débats juridiques par effet de mode), la Cour consolide l'édifice du respect de la protection de la vie privée du travailleur.

5. De même que la Cour de Cassation a confronté la loi de 1881 aux technologies de l'Internet dans un souci de respect de la liberté de la presse (*“lorsque des poursuites pour diffamation et injures publiques sont engagées à raison de la diffusion sur le réseau Internet, d'un message figurant sur un site, le point de départ du délai de prescription de l'action publique prévu par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 doit être fixé à la date du premier acte de publication ; que cette date est celle à laquelle le message a été mis pour la première fois à la disposition des utilisateurs du réseau”*) (16) contrairement à la thèse, accueillie par certaines juridictions du fond, d'un délai de prescription ne commençant à courir qu'à compter du retrait du texte mis en ligne, ce qui aboutissait, de fait, à une quasi-imprescriptibilité, il ne paraît aucunement choquant d'encadrer le recours aux nouvelles technologies afin qu'il ne soit pas un facteur supplémentaire d'asservissement des travailleurs (17).

6. Cette solution est-elle satisfaisante ? Oui, incontestablement. Est-elle suffisante ? Non. Les salariés savent désormais que leurs documents explicitement personnels ne peuvent être ouverts puis utilisés contre eux. Mais qu'en serait-il d'un employeur proscrivant toute présence de tels documents et sanctionnant un salarié ne respectant pas cette consigne, sans pour autant prendre connaissance des documents litigieux (concrètement, une sanction basée sur la transmission ou réception d'un e-mail identifié, comme c'est fréquemment le cas, par la mention “message personnel”) ? Bien entendu, la Cour de Cassation n'avait pas à répondre à une question qui ne lui était pas posée. Mais on peut avancer que tant la mobilisation des textes précités relatifs à la vie privée que le principe de proportionnalité affirmé par l'article L. 120-2 s'opposeraient à une telle solution.

**Arnaud de Senga.**

(11) On notera cependant que certaines réactions hostiles à l'arrêt Nikon constituent, de manière plus ou moins explicite, une négation pure et simple de l'existence même d'une vie privée du salarié dans l'entreprise. Voir par ex. Devèze et Vivant “Courrier électronique professionnel et secret” Communication, Commerce électronique 11/2001 ou encore P.-Y. Gauthier D. 2001 Jur. 3148.

(12) Précédemment traitée par F. Saramito au Dr. Ouv. 1995 p. 515 ; voir également sur cet arrêt M. Carles RPDS 2001 p. 363.

(13) Art. 8 CESDHLF : *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ; art. 9 C. Civ. : Chacun a droit au respect de sa vie privée ; L. 120-2 C. Tr. : 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.*

(14) Art. 9 NCPC : *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.*

(15) Disponible sur le site Internet [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

(16) Cass. Crim. 16 octobre 2001 p. n° 00-85.728 ; également Cass. Crim. 27 novembre 2001 D. 2002 IR 456.

(17) B. Bossu “Nouvelles technologies et surveillance du salarié” RJS 2001.663 ; F. Favennec-Héry “Vie privée dans l'entreprise et à domicile” RJS 2001.940.