

LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX Vie privée du salarié – Compte Facebook –

1/ Accès limité aux « amis » – Image et propos menaçants à l'encontre du personnel – « Ami », salarié de l'entreprise – Communication d'une image écran à l'employeur – Plainte pour menaces de mort – Plainte sans suite – Licenciement pour faute grave – Licenciement sans cause réelle et sérieuse (1^{ère} espèce). 2/ Constat d'huissier – Informations provenant d'un téléphone portable professionnel – Non identifié « personnel » – Informations réservées aux personnes autorisées – Illicéité de la preuve – Dommages et intérêts (2^e espèce).

Première espèce :

COUR D'APPEL DE VERSAILLES (17^{ème} ch.) 7 février 2018
EPIC OPH GENNEVILLIERS c. Mme G. (RG n° 15/05739)

Par jugement du 3 novembre 2015, le Conseil de prud'hommes de Nanterre (section Commerce) a :

- dit que le licenciement pour faute grave de Mme G. est requalifié en licenciement pour cause réelle et sérieuse,

- condamné l'OPH de Gennevilliers à payer à Mme G. les sommes suivantes :

* 3.847,96 euros à titre d'indemnité de préavis,

* 384,80 euros à titre de congés payés sur préavis,

* 751,93 euros à titre d'indemnité de licenciement,

* 1.000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile,

- dit que ces sommes porteront intérêt au taux légal à compter de la date de saisine du Conseil pour les salaires et de la notification du jugement pour le reste,

- rappelé que l'exécution est de droit à titre provisoire pour les salaires au titre de l'article R.1454-28 du Code du travail,

- fixé la moyenne mensuelle des salaires de Mme G. à hauteur de 1.923,98 euros,

- ordonné la remise à Mme G. d'un bulletin de salaire afférent aux sommes accordées par la décision, du certificat de travail et de l'attestation Pôle Emploi rectifiés en conséquence de la décision, sans qu'il y ait lieu de prononcer une astreinte,

- débouté Mme G. de ses autres demandes,

- débouté l'OPH de Gennevilliers de sa demande d'indemnité sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile,

- condamné l'OPH de Gennevilliers aux dépens y compris les frais éventuels d'exécution.

Par déclaration adressée au greffe le 16 décembre 2015, Mme G. a interjeté appel de ce jugement et, par conclusions déposées et soutenues oralement à l'audience par son conseil, demande à la cour de :

- déclarer son appel recevable et bien fondé,

- infirmer le jugement du Conseil de prud'hommes de Nanterre du 3 novembre 2015 en ce qu'il a requalifié le licenciement pour faute grave en licenciement pour cause réelle et sérieuse,

- dire que les faits invoquées par l'OPH de Gennevilliers au soutien du licenciement du 16 octobre 2012 ne caractérisent pas une faute grave, ni une cause réelle et sérieuse,

- constater son absence de faute ;

en conséquence,

- requalifier son licenciement en licenciement abusif,

- constater le caractère vexatoire du licenciement,

- constater l'atteinte au droit au respect de sa vie privée,

- constater la violation par l'employeur de son obligation de sécurité de résultat ;

en conséquence,

- condamner l'OPH de Gennevilliers à lui verser, avec intérêt légal, les sommes suivantes :

* 37.596,78 euros au titre de l'indemnité en réparation du préjudice né du fait du caractère abusif du licenciement,

* 4.171,43 euros au titre de l'indemnité compensatrice de préavis,

* 417,43 euros au titre des congé-payé afférents au délai de préavis,

* 751,93 euros au titre de l'indemnité légale de licenciement,

* 10.000 euros en réparation du préjudice né du caractère vexatoire du licenciement,

* 10.000 euros en réparation du préjudice né de l'atteinte à la vie privée,

* 10.000 euros en réparation du préjudice né de l'atteinte à la liberté d'expression,

* 10.000 euros en réparation du préjudice né du non-respect par l'employeur de son obligation de sécurité de résultat ;

en tout état de cause,

- condamner l'OPH de Gennevilliers à lui remettre une attestation Pôle Emploi, un certificat de travail et un bulletin de paie régularisés, sous astreinte de 150 euros par jour de retard,

- prononcer l'exécution provisoire de la décision à intervenir,

- condamner l'OPH de Gennevilliers au paiement de la somme de 3.500 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,

- condamner l'OPH de Gennevilliers aux entiers dépens de l'instance.

Par conclusions déposées et soutenues oralement à l'audience par son conseil, l'OPH de Gennevilliers demande à la cour de :

à titre principal,

- infirmer le jugement déferé en ce qu'il a requalifié le licenciement de Mme G. en licenciement pour cause réelle et sérieuse,

- dire que le licenciement de Mme G. est justifié par une faute grave ;

en conséquence,

- débouter Mme G. de l'ensemble de ses demandes,

- condamner Mme G. à lui verser la somme de 3.000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile,

à titre subsidiaire,

- confirmer le jugement déferé en toutes ses dispositions,

à titre infiniment subsidiaire,

- réduire à minima le montant des dommages et intérêts pour rupture abusive qui pourraient être alloués à Mme G.

SUR CE LA COUR,

L'Office Public de l'Habitat (OPH) de Gennevilliers est un établissement public à caractère industriel et commercial qui remplit la fonction de bailleur social et emploie plus de 10 salariés.

Mme G. a été engagée par l'OPH de Gennevilliers, en qualité de chargée de gestion au service relations

publiques, catégorie 2, niveau 1, par contrat à durée indéterminée en date du 21 mars 2011.

A compter du 1^{er} mai 2012, Mme G. a été promue catégorie 2, niveau 2.

La supérieure hiérarchique de Mme G. a été remplacée par Mme K. le 2 avril 2012 et les relations de travail se sont dégradées.

Par lettre du 24 septembre 2012, Mme G. a été mise à pied à titre conservatoire et convoquée à un entretien préalable fixé au 8 octobre 2012 et a été licenciée pour faute grave par lettre recommandée avec accusé de réception du 16 octobre 2012 ainsi libellée : « (...)

Les faits qui vous sont reprochés sont les suivants :

- le 18 septembre dernier, vous avez publié sur votre profil Facebook l'image d'un revolver pointé accompagné de menaces de mort réitérées à l'encontre du personnel de l'OPH. Ce profil accessible par certains de vos collègues enregistrés comme « amis » a profondément choqué une partie du personnel de l'Office. C'est d'ailleurs l'un des agents de l'OPH qui m'a fourni l'impression écran de votre page Facebook.

Ce comportement est d'autant plus inquiétant qu'il confirme des propos similaires tenus à l'un de vos collègues quelque temps auparavant.

Il est inenvisageable d'accepter qu'un agent de l'Office profère des menaces de mort à l'encontre de ses propres collègues.

Incidemment, vous ne semblez ni appréhender l'impact psychologique sur vos collègues d'une telle publication accessible à une large partie d'entre eux, ni la façon dont cela affectera vos relations de travail et, par voie de conséquence, le trouble généré quant au bon fonctionnement de l'OPH.

- dans un échange de mails avec votre responsable intervenu entre les 17 et 19 septembre dernier, vous faites preuve d'insubordination, contestant violemment et hors de propos un simple rappel du positionnement hiérarchique au sein de votre service. Celui-ci s'avérait pourtant indispensable suite à une initiative prise par vos soins en dehors de toute information préalable de votre responsable.

Ces faits révèlent votre difficulté à appréhender votre comportement et votre positionnement au sein d'un groupe.

Vous ne respectez pas votre hiérarchie et créez un climat incompatible avec des conditions sereines de travail. (...) »

L'OPH de Gennevilliers a déposé une plainte pour des faits de menace de mort contre Mme G., plainte qui n'a pas donné lieu à des poursuites pénales.

Sur la cause du licenciement :

La faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise. La charge de la preuve incombe à l'employeur qui l'invoque.

Le juge saisi de la contestation d'un licenciement doit apprécier les éléments de fait et de preuve qui lui sont

soumis conformément aux règles applicables audit licenciement, sans être lié par la qualification pénale que l'employeur a donnée aux faits énoncés dans la lettre de licenciement.

Le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression à laquelle il ne peut être apporté que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Cependant, il ne peut abuser de cette liberté par des propos injurieux, diffamatoires ou excessifs.

L'employeur reproche à Mme G. la publication, sur son profil Facebook, le 18 septembre 2012, de l'image d'une femme pointant un revolver en direction de l'objectif accompagné de la légende « *sentiment du jour* », accompagnée de menaces de mort réitérées à l'encontre du personnel de l'OPH. Il fait valoir que Mme G. n'ignore pas l'article L.433-3 du Code pénal qui réprime la menace de commettre un crime ou un délit contre un agent assermenté, texte qu'elle utilise dans le cadre de ses fonctions, et qu'elle ne pouvait pas plus ignorer la portée de ses publications sur Facebook, ouvert à certains de ses collègues de travail, alors qu'elle devait adopter un comportement exemplaire en fonction des fonctions qu'elle exerçait et qu'elle a commis un abus de sa liberté d'expression, notamment du fait du caractère excessif et injurieux des propos tenus par la salariée.

Mme G., qui conteste que les propos qui lui sont reprochés constituent des menaces de mort à l'encontre du personnel de l'OPH, soutient que l'employeur ne pouvait pas invoquer ces propos au soutien de son licenciement, au motif que la preuve de leur caractère public n'est pas rapportée et qu'elle avait privatisé son espace Facebook à ses seuls amis, parmi lesquels se trouvait un collègue de travail également son ami.

Sur la matérialité des faits reprochés :

Il est constant que la photographie publiée par Mme G. et qu'elle a partagé avec ses « amis » sur son profil Facebook n'est que la reproduction de la photographie prise par une artiste se dénommant Izanami Izanagi.

Les propos reprochés à Mme G. figurant sur son profil Facebook à la suite de cette photographie sont les suivants :

« [Mme G. Mme R.] *On fait une équipe. À nous 2, on les massacre tous (...)* »

Samoss Mch Pas mal aussi (...) J'espère juste que c'est pas après moi

Mme G. : tu es bien l'un des rares à l'OPH que j'ai pas envie de flinguer actuellement Issam, rassure-toi...

Samoss Mch Ça me rassure (...)

Mme G. Y'en a d'autres en revanche... je ne me gênerais pas si j'allais pas en taule après ! (...)

Va falloir éviter de me mettre ce genre de joujou entre mes mains cette semaine... je pourrai faire des ravages.

Samos Mch Heureusement que tu es en vacances vendredi alors... lol

Mme G. t'as tout compris... ».

Ces propos ne désignent aucune personne précisément et, dès lors, ne constituent pas des menaces de mort au sens de la qualification pénale, qui exige qu'elles soient proférées à l'encontre d'une personne désignée. Il est établi qu'il n'a pas été donné suite à la plainte de l'OPH pour menaces de morts réitérées.

Il s'agit cependant de propos extrêmes, dans lesquels Mme G. mentionne précisément un passage à l'acte violent contre une partie du personnel de l'OPH, le fait qu'elle évoque la peur de la sanction pénale éventuelle ne suffisant pas à ôter toute crédibilité à ses propos.

La gravité de ces propos est donc établie.

S'agissant de la possibilité pour l'employeur de se fonder sur les propos tenus par la salariée sur son espace Facebook, il ne peut être soutenu qu'il s'agit d'un espace public, dès lors qu'il n'est pas discuté qu'il était paramétré pour être limité aux « amis » de Mme G. qui formaient une communauté d'intérêts et qu'il n'était donc accessible qu'aux seules personnes, en nombre restreint, agréées par la salariée. Le fait que figurait parmi les « amis » sur Facebook de Mme G. un salarié de la société, M. Issam M., qui se prénomme « Samoss Mch » dans les échanges Facebook, n'a pas eu pour effet de conférer un caractère public à cet espace. Au surplus, l'employeur ne démontre pas que, comme il le soutient dans la lettre de licenciement, ce site était accessible à une large partie du personnel de l'Office.

Dès lors que les propos reprochés à Mme G. ont été tenus sur un profil Facebook limité aux amis, ces propos émis dans une sphère privée, quand bien même ils seraient très excessifs, ne peuvent être retenus comme constituant un motif de licenciement.

Ce grief n'est donc pas établi.

Sur le grief d'insubordination, il est reproché à Mme G. un échange de mails avec sa responsable, intervenu entre les 17 et 19 septembre dernier, dans lequel elle aurait contesté violemment et hors de propos un simple rappel du positionnement hiérarchique au sein de son service.

À l'appui de ce grief, l'employeur produit le mail de Mme G. à Mme K. du 19 septembre 2012, en réponse au mail de cette dernière du 18 septembre lui demandant à l'avenir de ne plus fixer de rendez-vous avec les partenaires de l'Office sans l'en informer au préalable, dans lequel elle précise qu'elle suivra ses directives à la lettre, mais n'apprécie pas la tournure des choses au sein du service et lui annonce qu'elle va chercher un nouvel emploi.

Ce simple mail ne peut constituer le grief d'insubordination, dès lors que Mme G. indique expressément qu'elle suivra les directives de sa supérieure à la lettre et que l'employeur ne se prévaut

d'aucun manquement de la salariée à cet égard, cette dernière étant en droit d'indiquer à sa supérieure qu'elle envisage la recherche d'un autre emploi.

Ce grief n'est pas établi.

Il convient en conséquence de dire que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse et d'infirmier le jugement de ce chef.

Sur les conséquences du licenciement :

Mme G. qui, à la date du licenciement, comptait moins deux ans d'ancienneté a droit, en application de l'article L. 1235-5 du Code du travail dans sa version applicable à l'espèce, à une indemnité réparant son préjudice.

Au regard de son âge au moment du licenciement, 26 ans, de son ancienneté d'environ 18 mois dans l'entreprise, du montant de la rémunération qui lui était versée, de son aptitude à retrouver un emploi eu égard à son expérience professionnelle et de ce qu'elle précise avoir repris ses études depuis la rupture, il convient de lui allouer, en réparation du préjudice matériel et moral subi, la somme de 2.000 euros.

Mme G. sollicite un quantum de 4.177,43 euros au titre de l'indemnité de préavis et de 417,74 euros au titre des congés payés afférents, établi sur la moyenne des trois derniers mois de salaire. Cette moyenne, qui s'élève à 2.088,71 euros, plus favorable à la salariée que celle des douze derniers mois et qui n'est pas critiqué par l'employeur, sera retenue. Il convient en conséquence, infirmant le jugement de ce chef, de faire droit à la demande de Mme G. au titre de l'indemnité de préavis et des congés payés afférents.

Le jugement sera confirmé en ce qu'il a alloué à Mme G. une indemnité de licenciement de 751,93 euros.

Sur la violation de l'obligation de sécurité :

Mme G., qui se prévaut d'un arrêt de travail en juin 2012 en raison de la dégradation de la relation de travail, ne soutient pas avoir alerté l'employeur sur des difficultés particulières relatives à cette dégradation et se contente de produire des mails adressés à son ancienne supérieure hiérarchique qui n'était plus en poste.

En conséquence, le manquement allégué n'est pas établi et il convient, confirmant le jugement, de la débouter à ce titre.

Sur les circonstances vexatoires du licenciement :

Mme G. se prévaut du ton employé dans la lettre de licenciement, d'une mise à pied injustifiée et du fait que l'employeur a porté plainte contre elle.

Le caractère brutal du licenciement n'est pas établi par le contenu de la lettre de licenciement, qui se borne à commenter les propos tenus et reprochés à Mme G.

Par ailleurs, la salariée n'établit par aucun élément les circonstances vexatoires de son départ de nature à fonder l'existence d'un préjudice, la plainte pénale étant distincte du licenciement.

La demande sera rejetée et le jugement confirmé de ce chef.

Sur l'atteinte à la vie privée :

Les faits invoqués au soutien de la lettre de licenciement ayant été révélés à l'employeur par un collègue de travail de Mme G., il n'est pas établi que l'employeur ait porté atteinte à la vie privée de Mme G. en évoquant, dans la lettre de licenciement, des faits qui avaient été ainsi portés à sa connaissance.

La demande sera rejetée et le jugement confirmé de ce chef.

Sur l'atteinte à la liberté d'expression :

Mme G. soutient que l'employeur a porté atteinte à sa liberté d'expression en la sanctionnant tant pour ses propos sur Facebook que pour le contenu de son mail du 19 septembre 2012.

Le fait pour l'employeur de reprocher à Mme G., au soutien d'un licenciement pour faute grave, son insubordination du fait du mail adressé à sa supérieure hiérarchique le 19 septembre 2012, alors que le caractère excessif des propos tenus dans ce mail n'est pas établi, et d'avoir reproché à la salariée des propos tenus sur son espace Facebook privé constitue une atteinte à la liberté d'expression de la salariée non justifiée.

Ces faits ayant été à l'origine du licenciement, Mme G. ne rapporte pas la preuve d'un préjudice distinct de celui réparé par les dommages et intérêts pour licenciement abusif. Elle sera déboutée de sa demande et le jugement confirmé de ce chef.

Il convient, sans qu'il soit besoin d'assortir cette mesure d'une astreinte, d'ordonner à l'employeur de remettre à Mme G. une attestation Pôle Emploi, des bulletins de salaire et du certificat de travail rectifiés.

PAR CES MOTIFS :

La Cour statuant publiquement, contradictoirement, en dernier ressort et par mise à disposition au greffe, Infirme partiellement le jugement,

Statuant à nouveau,

Dit que le licenciement de Mme G. est dépourvu de cause réelle et sérieuse,

Condamne l'OPH de Gennevilliers à payer à Mme G. les sommes suivantes :

- 2.000 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- 4.177,43 euros à titre d'indemnité de préavis,
- 417,74 euros à titre de congés payés sur préavis,

Ordonne à l'OPH de Gennevilliers de remettre à Mme G. une attestation Pôle Emploi, des bulletins de salaire et du certificat de travail rectifiés,

Confirme pour le surplus le jugement,

Déboute les parties de leurs demandes autres, plus amples ou contraires,

Condamne l'OPH de Gennevilliers à payer à Mme G. la somme de 1.500 euros sur le fondement de l'article

700 du Code de procédure civile au titre des frais irrépétibles exposés en cause d'appel,

Condamne l'OPH de Gennevilliers aux dépens.

(Mme Maugendre, prés. - Me Assous substitué par M^e Sibertin-Blanc, M^e Peru substitué par M^e Teboul, av.)

Deuxième espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 20 décembre 2017

Société Jesana c. Mme X (p. n° 16-19.609)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 28 avril 2016), que Mme X. a été engagée le 5 janvier 2010 par la société Jesana, exploitant un établissement de restauration, en qualité d'équipier, puis d'assistante manager ; qu'elle a pris acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur le 20 mars 2012 ;

Sur les sept premiers moyens :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les moyens annexés, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Sur le huitième moyen :

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 ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les sociétés Jesana et Sicaelle aux dépens ;

Vu l'article 700 du Code de procédure civile, condamne les sociétés Jesana et Sicaelle à payer à Mme X. la somme de 3.000 euros ;

(Mme Guyot, prés. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, av.)

Note.

Point d'affaire Cambridge Analytica dans ces deux décisions et pas davantage de mise en cause de la société Facebook elle-même. C'est, plus simplement, l'utilisation de Facebook qui est à l'origine de deux affaires ici commentées. Si les deux situations sont différentes, elles relèvent toutefois d'une même interrogation : quand peut-on retenir, pour sanctionner un salarié, ses propos tenus sur Facebook ?

1. Arrêt de la Cour d'appel de Versailles

Une salariée avait, sur son profil Facebook, publié l'image d'un revolver pointé accompagné de menaces de mort réitérées à l'encontre du personnel de l'entreprise. L'employeur, informé de l'image et des propos l'accompagnant, dépose une plainte à l'encontre de la salariée pour menaces de mort ; cette plainte n'a pas donné lieu à des poursuites pénales. Concernant la relation de travail, l'employeur use de son pouvoir disciplinaire et licencie la salariée pour faute grave.

Le juge prud'homal, saisi, écarte la faute grave, mais retient le caractère réel et sérieux de la rupture ; il condamne en conséquence l'employeur à payer certaines sommes au titre de préavis et d'indemnités de licenciement. La salariée fait appel de ce jugement et la Cour d'appel, le réformant, retient que la rupture est sans cause réelle et sérieuse.

Au motif de la rupture, l'employeur reproche à la salariée la publication sur son profil Facebook d'une « image d'un revolver pointé accompagné de menaces de mort réitérées à l'encontre du personnel de l'OPH » ; il précise dans la lettre que l'impression d'écran de la publication lui a été remise par un salarié de l'entreprise, salarié par ailleurs enregistré comme « ami » sur

le profil Facebook de la salariée licenciée. L'employeur ajoute que cette publication, accessible à une large partie des collègues, pourrait affecter les relations de travail et, par voie de conséquence, générer un trouble quant au bon fonctionnement de l'entreprise (1).

La cour rappelle une règle trop souvent ignorée (méconnue ?) devant le conseil de prud'hommes, à savoir que la charge de la preuve de la faute grave incombe à l'employeur qui l'invoque ; elle ajoute que le juge saisi de la contestation d'un licenciement doit apprécier les éléments de fait et de preuve qui lui sont soumis, conformément aux règles applicables audit licenciement, sans être lié par la qualification pénale que l'employeur a donnée aux faits énoncés dans la lettre de rupture.

La cour observe que l'image de l'arme est la reproduction d'une photographie prise par une artiste ; elle note que les propos tenus, qui sont reproduits dans l'arrêt, ne désignent aucune personne précisément et, dès lors, ne constituent pas des menaces de mort au sens de la qualification pénale, qui exige qu'elles soient proférées à l'encontre d'une personne désignée ; d'ailleurs il n'y a pas eu de poursuite pénale engagée suite à la plainte déposée par l'employeur.

L'employeur pouvait-il alors se fonder sur ces propos à l'appui du licenciement ? La cour répond par la négative, dès lors que le profil Facebook de la salariée était paramétré pour être limité aux « amis » et accessible aux seules personnes, en nombre restreint, agréées par la salariée. En outre, la cour précise que le fait que parmi les « amis » figurent des salariés de l'entreprise n'a pas pour effet de conférer un caractère public à cet espace.

Au final, la cour retient le grief de l'employeur comme non établi, dès lors que les propos reprochés à la salariée ont été tenus sur un profil Facebook limité aux amis ; ces propos émis dans une sphère privée, quand bien même ils seraient très excessifs, ne peuvent être retenus comme constituant un motif de licenciement.

On peut toutefois s'interroger sur une observation annexe de la cour d'appel, lorsqu'elle énonce que « *Au surplus, l'employeur ne démontre pas que, comme il le soutient dans la lettre de licenciement, ce site était accessible à une large partie du personnel de l'Office* » ; est-ce alors à dire que, si cette démonstration avait été faite, c'est-à-dire que si la salariée avait eu de nombreux « amis » salariés au sein de l'entreprise, le caractère privé de la page Facebook se serait effacé derrière le nombre et que le licenciement aurait alors

pu être validé ? Il faut, nous semble-t-il, écarter un tel raisonnement *a contrario*. Soit la page est privée et l'employeur ne peut l'invoquer ; soit la page est publique et il peut, le cas échéant, tirer argument de la nature des propos tenus. Il ne peut y avoir une solution intermédiaire qui viendrait effacer la nature privée du seul fait du nombre d'amis au premier rang...

2. Arrêt de la Cour de cassation

L'arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 2017 met également au centre du débat des informations contenues sur le compte Facebook d'une salariée.

Une salariée ayant pris acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur, lui reprochant divers manquements, la cour d'appel, après examen du litige, qualifie la prise d'acte en licenciement sans cause réelle et sérieuse et condamne l'employeur au paiement de certaines indemnités, dont une pour atteinte à la vie privée.

En effet, pour organiser sa défense devant la juridiction prud'homale, l'employeur avait fait procéder, par un constat d'huissier de justice, au relevé de certaines informations extraites du compte Facebook de la salariée, l'accès à ce compte Facebook ayant été rendu possible par l'intermédiaire du téléphone portable d'un salarié de l'entreprise.

Observant que les informations tirées de Facebook proviennent d'un « *téléphone portable d'un autre salarié de la société* », la cour d'appel relève que ces informations étaient réservées aux personnes autorisées et en conclut que l'employeur ne pouvait y accéder sans porter une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée. En conséquence, les preuves découlant de ces informations sont illicites et le constat d'huissier est écarté des débats.

Les formulations de la cour d'appel renseignent plus avant sur l'affaire. Dès lors qu'elle relève que les informations « *étaient réservées aux personnes autorisées* », il faut en déduire que le salarié titulaire du téléphone professionnel mis à disposition de l'huissier est un ami Facebook de la salariée incriminée et que le compte Facebook était paramétré pour laisser aux seuls amis l'accès aux informations.

Du pourvoi fleuve de l'employeur, la Cour de cassation ne porte intérêt qu'au huitième moyen, moyen qui porte précisément sur la condamnation à des dommages et intérêts pour atteinte à la vie privée. L'argument soutenu par l'employeur est que les informations sont tirées d'un téléphone professionnel et

(1) La lettre de licenciement évoque un autre motif d'insubordination, qui sera écarté par la cour d'appel et dont il n'y a pas lieu de discuter ici.

que, de ce fait, elles étaient présumées professionnelles ; l'employeur ajoutant que ces informations produites n'étaient pas signalées comme personnelles.

Fallait-il alors s'engager sur ce terrain des outils professionnels mis à la disposition des salariés par l'employeur, et se préoccuper d'une identification « personnel » (2) ? Implicitement, la Cour de cassation a décidé que non. En effet, elle écarte la critique de l'employeur en reprenant l'argumentation de la cour d'appel : « *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* ».

L'argumentation de la cour d'appel, reprise par la Cour de cassation, vise le « *téléphone portable d'un autre salarié de la société* », sans se préoccuper de savoir si ce téléphone est personnel ou professionnel. Effectivement, cette précision est sans importance, dès lors que la seule question qui importe est celle de savoir si le compte Facebook a un caractère privé ou public.

En conclusion

Dans ces deux affaires commentées, il est acquis que chaque compte Facebook était paramétré pour

un accès aux seuls amis. Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles, la connaissance par l'employeur d'informations retenues à l'encontre du salarié provient d'une copie de capture d'écran remise par un salarié collègue et ami ; dans l'arrêt de la Cour de cassation, la connaissance des informations transcrites, à la demande de l'employeur, par un huissier de justice, via un téléphone d'un salarié collègue et ami du salarié, a été rendue possible par le déverrouillage de Facebook par ce salarié.

Dès lors que le compte Facebook est paramétré pour réserver les informations aux seuls amis, toute méthode ou moyen informant l'employeur (copie d'écran) ou permettant à l'employeur de s'informer (déverrouillage du compte pour lecture directe à l'écran, quel qu'il soit) est prohibé et constitue une atteinte à la vie privée (3). Tout élément tiré de ces informations et produit par l'employeur à titre de preuve est illicite.

Bien évidemment, lorsque les paramétrages de confidentialité sont totalement ignorés par un salarié, les propos deviennent publics et l'employeur peut les invoquer à l'encontre de leurs auteurs (4). Il en va de même lorsque le paramétrage du profil permet d'accueillir les amis des amis, extension donnant alors un caractère public à la page Facebook (5).

Daniel Boulmier,

Maître de conférences,
Institut Régional du Travail,
Université de Lorraine

(2) Lorsqu'il s'agit d'informations contenues dans des dossiers et fichiers stockés sur un outil professionnel mis à disposition d'un salarié par son employeur, ces dossiers et fichiers créés par ce salarié sont présumés, sauf s'il les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence ; (Cass. Soc. 18 oct. 2006, n°04-48.025) ; s'ils sont identifiés « personnels », le salarié doit être présent ou dûment appelé (Cass. Soc. 17 mai 2005, n°03-40.017). V. également une autre affaire dans laquelle la Cour de cassation n'admet cependant pas l'identification « personnel » pour tout le disque dur de l'ordinateur professionnel (Cass. Soc. 4 juill. 2012, n°11-12.502, approuvée par CEDH, 22 févr. 2018, req., n°588/13, *Libert c. France*) ; à noter que, dans cette affaire, la charte informatique préconisait l'identification « privé » et non « personnel ».

(3) Dans le même esprit, les propos diffusés sur un compte paramétré, et donc accessibles aux seules personnes habilitées, ne peuvent constituer des injures publiques (Cass. Civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, n°11-19.530, Bull. civ. 1^{ère}, n°70). Dans cet arrêt, la Cour exige toutefois que le juge recherche si les propos ne peuvent, en application de l'article R.621-2 du Code pénal, être qualifiés d'injures non publiques.

(4) CA Lyon 24 mars 2014, n°13-03.463 ; CA Reims, 16 nov. 2016, n°15/03.197.

(5) CPH Boulogne Billancourt, 19 nov. 2010, dép. n°09/00.316 et n°09/00.343 ; RDT 2011, p.39, n. M. Kocher.

ASSOCIATION FRANÇAISE DE DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE (AFDT)

Séminaires, colloques, prix de thèse, etc.

www.afdt-asso.fr